

Teil 4. Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Weko (§§ 13–20)

§ 13. Verfahrensbeteiligte im Kartellverwaltungsverfahren

Dieses Kapitel setzt den 2. Prüfschritt hinsichtlich der schweizerischen Ausgangslage fort – begonnen wird mit der Verfahrensbeteiligung am Kartellverwaltungsverfahren der Weko. Bevor die Akteneinsicht der Verfahrensbeteiligten⁷⁷³ und die Verwertung der dadurch gewonnenen Informationen untersucht wird⁷⁷⁴, zeigt dieses Kapitel den Kreis der möglichen Verfahrensbeteiligten auf. Hierbei gilt zu berücksichtigen: Das Kartellverwaltungsverfahren ist im KG nur punktuell geregelt, wobei kartellrechtliche Verfahrensbestimmungen eher die Ausnahme als die Regel sind.⁷⁷⁵ Die parallele Anwendung von KG und VwVG führt zu einem verfahrensrechtlichen Dualismus, der zu Abgrenzungs- und Kollisionsfragen und somit zu einem komplexen Verfahrensrecht führt.⁷⁷⁶ Dies lässt sich anhand der Kategorien von Verfahrensbeteiligten nach KG und VwVG verdeutlichen. Das KG enthält keine eigene Parteidefinition, weshalb auf die dem VwVG inhärente Parteidefinition zurückzugreifen ist.⁷⁷⁷ Die übrigen Verfahrensbeteiligten bestimmen sich hingegen nicht nach dem VwVG, sondern nach dem KG, das mehrere Kategorien von Verfahrensbeteiligten ohne Parteistellung kennt.⁷⁷⁸

773 Siehe *unten* § 14.

774 Siehe *unten* § 15.

775 RENFER, Fragestellungen, S. 691.

776 BSK KG-BILGER, Vor. Art. 39 N 15; BILGER, *Verwaltungsverfahren*, S. 205 f.; GIRARD, *Enquête*, S. 350; LUCAS et al., in: von Büren/David (Hrsg.), *SIWR I/2*, S. 459.

777 BGE 139 II 328, E. 3.1; BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.1; BGer 08.03.2021, 2C_383/2020, E. 4.5.

778 Das Kartellgesetz kennt «Adressaten der Untersuchung» (Art. 28 Abs. 2 KG), «Beteiligte» (Art. 26 Abs. 1 KG, Art. 29 Abs. 1 KG, Art. 31 Abs. 1 KG, Art. 40 KG), «am Verfahren Beteiligte» (Art. 30 Abs. 2 KG, Art. 43 Abs. 2 KG), «beteiligte Unternehmen» (Art. 9 Abs. 1 KG, Art. 32 Abs. 2 KG, Art. 33 Abs. 3 KG), «Betroffene» (Art. 30 Abs. 3 KG, Art. 42 KG) sowie «Dritte» bzw. «betroffene Dritte» (Art. 26 Abs. 1 KG, Art. 28 Abs. 2 KG, Art. 33 Abs. 1 KG, Art. 40 KG, Art. 42 KG), die Aufzählung findet sich bei BSK KG-BILGER, Art. 39 N 2; vgl. für eine ähnliche Übersicht, GIRARD, *Enquête*, S. 349 f.

Die am Kartellverwaltungsverfahren Beteiligten werden in der vorliegenden Untersuchung in zwei Gruppen aufgeteilt. Die erste Gruppe bilden die Verfahrensbeteiligten mit Parteistellung. Nur Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung verfügen über entsprechende Parteirechte.⁷⁷⁹ Diese Gruppe ist wiederum aufzuteilen in die Hauptbeteiligten nach Art. 6 VwVG, die mutmasslichen Verursacher des Wettbewerbsverstosses und die beteiligungsberechtigten Dritten mit Parteistellung nach Art. 6 i. V. m. Art. 48 VwVG. Die zweite Gruppe bilden die Verfahrensbeteiligten ohne Parteistellung. Hierzu zählen die beteiligungsberechtigten Dritten nach Art. 43 KG und die übrigen verfahrensbeteiligten Dritten.⁷⁸⁰ Hiervon zu unterscheiden sind weiter die «Nichtverfahrensbeteiligten» – Dritte, die in keiner Form mit dem Verfahren in einem Zusammenhang stehen.

Der folgenden Darstellung ist vor auszuschicken, dass die Parteistellung der Verfahrensbeteiligten im Verwaltungsverfahren und in der Verwaltungsrechtspflege, also vor dem Bundesverwaltungsgericht und vor dem Bundesgericht, jeweils einzeln zu prüfen ist. Bei den Hauptparteien des erstinstanzlichen Verfahrens steht die Parteistellung ausser Frage. Dies ändert sich jedoch in Bezug auf Dritte mit Parteistellung, weshalb deren Parteistellung in der jeweiligen Verfahrenssequenz (erneut) zu prüfen ist.⁷⁸¹ Demzufolge kann nicht zwingend von einer Parteistellung im erstinstanzlichen Kartellverwaltungsverfahren auf eine Parteistellung im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren geschlossen werden.⁷⁸² Die folgenden Ausführungen beziehen sich primär auf die Frage, wem im erstinstanzlichen Verfahren – also vor der Weko – Parteistellung zukommt.

779 MARTENET, *Droit d'être entendu*, S. 554; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 5; BSK KG-BILGER, Art. 39 N 48.

780 In der Rechtsprechung wie in der Literatur hat sich die Bezeichnung von beteiligungsberechtigten Dritten mit und ohne Parteistellung durchgesetzt, vgl. BGE 139 II 328, E. 4.2; BVGer 19.12.2013, B-463/2010, E. 4.3.3; BSK KG-BILGER, Art. 43 N 21 ff.; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 5; BORENS, *Rechtsstellung*, S. 109; JOST S., *Parteien*, S. 316.

781 Auf Bundesebene richten sich die allgemeinen Voraussetzungen über die Beschwerdelegitimation nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und Art. 89 Abs. 1 BGG; vgl. BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3.

782 Siehe dazu exemplarisch BVGer 19.09.2012, B-446/2012, E. 3.9.

1. Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung im Kartellverwaltungsverfahren

I. Hauptbeteiligte nach Art. 6 VwVG

Die Verfügungsadressaten sind nach Art. 6 VwVG die Parteien des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens. Sie sind die (materiellen) Verfügungsadressaten⁷⁸³ und werden durch das Verfügungsdispositiv zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet.⁷⁸⁴ Konsequenterweise verfügen sie über Parteistellung und somit über die vollen Parteirechte und Parteipflichten. Allerdings wird der Kreis der Verfahrensbeteiligten mit Parteistellung durch Art. 6 VwVG nicht abschliessend umschrieben.⁷⁸⁵

II. Beteiligungsberechtigte Dritte mit Parteistellung

Neben den materiellen Verfügungsadressaten können auch Dritte als Partei am erstinstanzlichen Verfahren teilnehmen, wenn sie nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde gegen den erstinstanzlichen Entscheid legitimiert sind. Ist dies der Fall, können sie als verfahrensbeteiligte bzw. beteiligungsberechtigte Dritte mit Parteistellung («Dritte mit Parteistellung») am erstinstanzlichen Verfahren teilnehmen und verfügen grundsätzlich über die vollen Parteirechte und Parteipflichten.⁷⁸⁶ Im Gegensatz zu den materiellen Adressaten sind sie zur Teilnahme berechtigt, aber nicht verpflichtet.⁷⁸⁷ Somit liegt es in ihrem Ermessen, ob sie am Kartellverwaltungsverfahren teilnehmen. Werden sie als Partei zugelassen, sind sie formelle

783 BVerG 27.04.2010, B-2977/2007, E. 4.5; Weko, RPW 2016/1, Online-Buchungsplattformen für Hotels, S. 67 ff., N 107; siehe zur Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Adressaten HEINEMANN, *Konzerne als Adressaten*, S. 61 ff., der diese Unterscheidung in Bezug auf abhängige Konzerngesellschaften als unzweckmässig bezeichnet; vgl. auch BREMER/STEBLER, *Verfügungsantrag*, S. 353 f.; LUCAS et al., in: von Büren/David (Hrsg.), *SIWR I/2*, S. 459.

784 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 N 113.

785 BGE 139 II 328, E. 4.1; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 6 N 16.

786 Vgl. Botschaft KG 1994, S. 616; BGE 139 II 328, E. 4.3; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 16.

787 MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 48 N 22.

Verfügungsadressaten⁷⁸⁸ und erhalten eine Verfügung, ohne jedoch durch die Verfügung im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens unmittelbar betroffen zu sein.⁷⁸⁹

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist derjenige zur Beschwerde legitimiert – und somit nach Art. 6 VwVG als Verfahrenspartei qualifiziert –, der kumulativ

- am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG),
- durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und
- ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).⁷⁹⁰

a. Verfahrensteilnahme

Nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG verfügt derjenige über ein Rechtsmittel, der am erstinstanzlichen Verfahren teilgenommen oder trotz Berechtigung keine Teilnahmemöglichkeit erhalten hat. Trifft dies zu, gilt er als formell beschwert. Da während des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens noch keine Verfügung ergangen ist, kann das Kriterium der formellen Beschwerde keine Anwendung finden.⁷⁹¹ Daher kann einzig auf die Kriterien des besonderen Berührtseins und des schutzwürdigen Interesses abgestellt werden.

Bevor diese Kriterien näher beleuchtet werden, ist Folgendes anzufügen: Die Behörde muss bereits während des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens festlegen, wer zur Beschwerde legitimiert sein könnte. Die Beschwerdelegitimation Dritter, die deren Parteieigenschaft begründet, hängt von der verfahrensgegenständlichen Verhaltensweise ab, über die allerdings noch nicht abschliessend verfügt wurde. Erschwerend kommt hinzu, dass die Einzelheiten und die möglichen Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung häufig erst während eines Kartellverwaltungsverfahrens

788 BVerfGE 27.04.2010, B-2977/2007, E. 4.5; Weko, RPW 2016/1, Online-Buchungsplattformen für Hotels, S. 67 ff., N 107; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 N 113.

789 MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 48 N 7 Fn. 14.

790 Vgl. BSK KG-HÄNNI, Nach Art. 43 N 19.

791 DIKE KG-HÄNER Art. 39 N 52.

rens ersichtlich werden.⁷⁹² Die Behörde muss daher bereits während des Untersuchungsverfahrens eruieren, wer durch die verfahrensabschliessende Verfügung besonders berührt sein und ein schutzwürdiges Interesse besitzen könnte.⁷⁹³

Die Behörde hat die entsprechenden Personen rechtzeitig ausfindig zu machen und deren Interesse an einer Verfahrensteilnahme abzuklären.⁷⁹⁴ Die Parteistellung ist einzuräumen, sobald sich abzeichnet, dass die Verfügung für einen Betroffenen nachteilig ausfällt und dieser in seinen rechtlichen oder tatsächlichen Interessen berührt sein könnte.⁷⁹⁵ Bis zum Erlass der Verfügung handelt es sich um ein «potenzielles Interesse», das sich erst mit dem Erlass der Verfügung realisiert.⁷⁹⁶ Der Kreis der Parteien kann somit im erstinstanzlichen Verfahren grösser ausfallen als der Kreis derjenigen, die schliesslich beschwerdelegitimiert sind.⁷⁹⁷ Zudem kann eine einmal eingeräumte Parteistellung in demselben Verfahren auch wieder entzogen werden.⁷⁹⁸

b. Besonderes Berührtsein und schutzwürdiges Interesse

Das Kriterium des besonderen Berührtseins und das des schutzwürdigen Interesses lassen sich nur schwer voneinander unterscheiden und werden regelmässig gemeinsam geprüft.⁷⁹⁹ Nach Art. 48 VwVG muss die angefochtene Verfügung den Beschwerdeführer stärker in seinen Interessen berühren als einen beliebigen Dritten. Ferner hat er in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache zu stehen. Darüber hinaus muss eine allfällige Änderung oder Aufhebung der Verfügung dem Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen bringen. Seine persönliche oder wirtschaftliche Stellung müssen somit durch den Ausgang des Verfahrens

792 Vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 6 N 17.

793 BGE 139 II 279, E. 2.2; DIKE KG-HÄNER Art. 39 N 52.

794 BGE 129 II 286, E. 4.3.3; BGer 17.02.2006, 1A.253/2005, E. 2.1.1.

795 HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 6 N 6.

796 HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 6 N 6.

797 Vgl. BVerfGE 19.09.2012, B-446/2012, E. 3.9; GIRARD, Enquête, S. 349 f.; HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 6 N 6.

798 DIKE KG-HÄNER Art. 39 N 54; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 6 N 17.

799 Exemplarisch BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.

in relevanter Weise beeinflusst werden.⁸⁰⁰ Das schutzwürdige Element, der Grund also, weshalb einem Dritten Parteistellung eingeräumt wird, besteht darin, ihn vor materiellen oder ideellen Nachteilen zu schützen, die durch die angefochtene Verfügung drohen. Konsequenterweise entfällt die Schutzwürdigkeit, wenn das Interesse nur mittelbar ist oder ausschliesslich in der Geltendmachung allgemeiner öffentlicher Interessen besteht – dieses Interesse begründet keine Parteistellung.⁸⁰¹

Wo die Grenze zwischen einem schutzwürdigen und einem nicht schutzwürdigen Interesse verläuft, ist fallweise zu entscheiden – eine rechtslogisch stringente Abgrenzung fehlt.⁸⁰² Somit hängt die Abgrenzung der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 VwVG von der Popularbeschwerde oder der Aufsichtsbeschwerde, die dem Anzeiger keine Parteistellung verschafft (vgl. Art. 71 Abs. 2 VwVG), vom jeweiligen Rechtsgebiet ab. Im Einzelfall muss eine Lösung gefunden werden, die die Interessen der jeweiligen Rechtsmaterie ausreichend berücksichtigt.⁸⁰³ Dabei ist stets zu berücksichtigen, ob der angestrebte Erfolg auch auf anderen Rechtswegen – etwa in einem Zivil- oder Strafprozess – erzielt werden kann und dass die Verwaltungstätigkeit durch die Beteiligung nicht übermässig erschwert wird.⁸⁰⁴ Diese vagen Vorgaben wurden mittlerweile durch die kartellverwaltungsrechtliche Praxis für gewisse Gruppen von Dritten konkretisiert.

(1) Beschwerdelegitimation von Konkurrenten im Kartellverwaltungsverfahren

Konkurrenten können sich mittels Beschwerde gegen Einstellungsverfügungen der Weko zur Wehr setzen.⁸⁰⁵ Allerdings begründet die Befürchtung, verstärkter Konkurrenz ausgesetzt zu sein, keine Beschwerdebefugnis, da wirtschaftliche Konkurrenz ein Charakteristikum der freien Marktwirtschaft ist.⁸⁰⁶ Es bedarf einer schutzwürdigen, besonderen Beziehungs-

800 BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3.

801 Siehe anstelle vieler zur Beteiligung Dritter als Partei im Verwaltungsverfahren BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3 m. w. N.

802 BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3.

803 BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3.

804 BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3 m. w. N.

805 Siehe hierzu BGer 08.03.2021, 2C_383/2020, E. 4.5; BALDI, GABA-Urteil, S. 615; auch bei KNEUBÜHLER, Beschwerdebefugnis, S. 30 Fn. 28.

806 BGE 139 II 328, E. 3.3; siehe zum Grundentscheid für eine freie Marktwirtschaft oben § 4.

nähe zur verfahrensgegenständlichen Verhaltensweise. Wann es sich um eine derartige Beziehungsnähe im Kartellverwaltungsverfahren handelt, ergibt sich aus der gesetzlichen Ordnung,⁸⁰⁷ der im Einzelfall durch eine verfassungskonforme Auslegung der Kriterien des Art. 48 VwVG näherzukommen ist. Bei dieser Auslegung ist der folgende Leitgedanke zu berücksichtigen: Im Bereich des KG schützt die Konkurrentenbeschwerde die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Konkurrenten (Art. 27 i. V. m. Art. 35 Abs. 3 BV) und damit den wirksamen Wettbewerb nach Art. 96 BV. Das KG schützt nicht nur den Wettbewerb als Institution, sondern auch die Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer.⁸⁰⁸ Die Konkurrenten werden somit durch das KG in eine «besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung» gebracht.⁸⁰⁹

Unter Rückgriff auf dieses Leitprinzip hat das Bundesgericht festgestellt, dass ein Wettbewerbsverstoss einen Konkurrenten direkt und unmittelbar betreffe, wenn er einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleide. Vorausgesetzt wird eine konkrete und individuelle Betroffenheit, die namentlich vorliege, wenn der Konkurrent Umsatzeinbussen erleide. Eine besondere Schwere bzw. ein besonders gravierendes Ausmass der Einbussen ist nicht erforderlich. Das Interesse, die Beeinträchtigung abzuwenden, ist schutzwürdig und begründet eine Beschwerdelegitimation. Sofern sich der Nachteil nicht aus den Akten ergibt, obliegt es dem Beschwerdeführer, den deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil zu substantiieren.⁸¹⁰ Über dieses Kriterium hinaus können die Behörde oder das Instanzgericht keine weiteren Schranken für die Beschwerdebefugnis nach Art. 48 VwVG setzen.⁸¹¹ Nicht verlangt werden kann somit, dass der wirksame Wettbewerb nicht mehr funktioniert oder das wirtschaftliche Fortkommen erheblich behindert wird.⁸¹² Im gegenteiligen Fall würde die eigentliche Beurteilung der Verhaltensweise auf der Stufe der Beschwerdebefugnis vorweggenommen und der Rechtsschutz ausgeschlossen – sofern die Weko eine Einstellungsverfügung trifft.⁸¹³

807 BGE 139 II 328, E. 3.3.

808 BGE 139 II 328, E. 3.4; BGE 139 I 72, E. 10.1.2; BGE 129 II 18, E. 5.2.1; BGE 129 II 497, E. 6.4.2.

809 BGE 139 II 328, E. 3.4.

810 BGE 139 II 328, E. 4.5; vgl. auch Tschudin, Strafe, S. 1026 Fn. 58; DIKE KG-Wyssling/Bickel, Art. 43 N 4.

811 BGE 139 II 328, E. 4.6.

812 Vgl. Wiederkehr/Eggenschwiler, Beschwerdebefugnis, N 141.

813 BGE 139 II 328, E. 4.6; so auch BVerfGE 08.10.2019, A-5315/2018, E. 6.3; wenig nachvollziehbar dann jedoch das BVerfGE 21.03.2017, B-4003/2016, E. 3.9.

Hervorzuheben ist, dass die Rechtsprechung nicht nach der Art des Wettbewerbsverstosses differenziert, sondern sich auf Abreden nach Art. 5 KG und auf marktmissbräuchliche Verhaltensweisen nach Art. 7 KG bezieht.⁸¹⁴ Führt eine dieser Zuwiderhandlungsformen bei einem Konkurrenten zu einem deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil, ist das Unternehmen – bei entsprechendem Nachweis – als Verfahrenspartei zuzulassen. Im Hinblick auf das Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz ist diese Praxis zu begrüßen. Konkurrenten können den Wettbewerbsbehörden eine Verhaltensweise melden, die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens erwirken und sich als Verfahrenspartei konstituieren, was das Sammeln entsprechender Beweismittel erleichtert.⁸¹⁵

An dieser Praxis wird kritisiert, dass die Beschwerdelegitimation durch den verlangten Nachweis und die summenmässige Bezifferung des Schadens übermässig eingengt werde.⁸¹⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht ist hierin allerdings keine übermässige Einengung der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zu erblicken:⁸¹⁷ Das Bundesgericht lässt die Art des Nachweises der konkreten und individuellen Betroffenheit offen. Der ziffernmässige Nachweis der Umsatzeinbussen ist lediglich eine Möglichkeit, den deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil darzulegen. Dass der Nachweis auch auf andere Art und Weise möglich ist, ergibt sich aus dem Umstand, dass das Bundesgericht von «namentlich» spricht, was auch andere Arten des Nachweises zulässt.

(2) Beschwerdelegitimation anderer Marktteilnehmer im Kartellverwaltungsverfahren

Neben den Konkurrenten zählen auch Abnehmer und Lieferanten zu den Marktteilnehmern.⁸¹⁸ Ihre wirtschaftlichen Interessen werden ebenfalls durch Wettbewerbsbeschränkungen tangiert. Auch sie sind nach Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert, wenn sie insbesondere einen spürbaren wirtschaftlichen Nachteil nachweisen können.⁸¹⁹ Ihre Beschwer-

814 Vgl. RICHLI, Ratio, S. 48, der dies bereits im Jahr 2001 forderte.

815 Vgl. BREITENMOSER/WALDER, Verfahrensrechtliche Fragen, S. 38.

816 SCHOTT/GRIBI, Beschwerdebefugnis, N 14; diese Ansicht unterstützend STURNY, Parteistellung, N 15; ZIMMERLI, Entwicklungen, S. 712.

817 GIRARD, Enquête, S. 381 f.

818 So BGer 08.03.2021, 2C_383/2020, E. 4.5.

819 BVGer 02.10.2014, B-1635/2014, E. 2, unter Bezug auf BORENS, Rechtsstellung, S. 207 ff.; JOST S., Parteien, S. 293; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 214 f.; beja-

delegitimation beurteilt sich somit nach dem gleichen Kriterium wie die der Konkurrenten, wonach sich die beanstandete Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auswirken muss – etwa in Form von Umsatzeinbussen. Auch hier verfolgen Abnehmer – aber ebenso Zulieferer und andere Wettbewerbsteilnehmer – vordergründig ihr Eigeninteresse. Das Eigeninteresse dient allerdings zugleich auch der nach Art. 27 i. V. m. Art. 35 Abs. 3 BV geschützten wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer und gewährleistet den wirksamen Wettbewerb nach Art. 96 BV.⁸²⁰ Somit sind etwa auch Abnehmer nach Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert, denen Weiterverkaufspreise vorgeschrieben wurden oder untersagt wurde, Parallelimporte aus dem Ausland zu beziehen.⁸²¹ In einer derartigen Ausgangslage kann sich eine Nichtuntersagung der Verhaltensweisen durch die Wettbewerbsbehörden in wesentlichem Ausmass nachteilig auf die Abnehmer auswirken.

(3) Insbesondere: Beschwerdelegitimation unmittelbarer Abnehmer bei Verhaltensweisen nach Art. 5 Abs. 3 KG

Nach der Praxis der Weko können die Abnehmer eines Kartells unter zwei Voraussetzungen Parteistellung erhalten:

- Bezieht ein Unternehmen Leistungen, die der Gegenstand eines Kartellverwaltungsverfahrens sind, und wird es diese mangels Alternativen auch künftig beziehen, ist es in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert.⁸²² In dieser Ausgangslage besteht ein aktuelles und schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdelegitimation. Denn wird das Verfahren eingestellt oder das Verhalten für kartellrechtskonform erklärt, kann dem Abnehmer ein deutlich spürbarer Nachteil entstehen,⁸²³ den er mit einer erfolgreichen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglicherweise verhindern kann. An das schutzwürdige Interesse werden allerdings hohe Anforderungen gestellt. Ist eine Abrede nicht flächendeckend oder wird dieselbe Leistung durch

hend auch für Lieferanten DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 57; vgl. auch BREITENMOSEER/WALDER, Verfahrensrechtliche Fragen, S. 38; skeptisch gegenüber einer weiten Handhabung der Beschwerdelegitimation HUBACHER, Kartellrecht, N 31.

820 Vgl. BGE 139 II 328, E. 3.4; BGE 139 I 72, E. 10.1.2; BGE 129 II 18, E. 5.2.1; BGE 129 II 497, E. 6.4.2; so auch GIRARD, Enquête, S. 384 f.

821 GIRARD, Enquête, S. 384 f.

822 Vgl. Weko, RPW 2018/1, Verzinkung – Parteistellung, S. 126 ff., N 9.

823 Weko, RPW 2018/1, Verzinkung – Parteistellung, S. 126 ff., N 23.

nicht an der Abrede teilnehmende Konkurrenten angeboten, mangelt es regelmässig an einem schutzwürdigen Interesse. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb die kartellierten Leistungen (auch künftig) von einem der Hauptbeteiligten bezogen werden müssen. Folglich begründet der Umstand, dass in der Vergangenheit kartellierte Produkte erworben wurden, kein aktuelles und damit schutzwürdiges Interesse.⁸²⁴

- Ausserdem hat der Dritte darzulegen, dass eine Verfahrenseinstellung oder eine Feststellung der kartellrechtlichen Konformität des Verhaltens ihn «in besonders schwerwiegendem, insbesondere existenzbedrohendem, Ausmass auf seinem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs» behindern könne.⁸²⁵ Das Kriterium der existenzbedrohenden Behinderung ist beispielhaft zu verstehen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass Abnehmer kartellierter Produkte auch in anderen Konstellationen Parteistellung erhalten.

Die beiden dargestellten Kriterien schränken die in den vorangegangenen Abschnitten dargestellte Praxis ein und erschweren die Beteiligung von Kartellopfern an Kartellverwaltungsverfahren, denen etwa eine Preisabsprache oder eine Gebietsaufteilung nach Art. 5 Abs. 3 KG zugrunde liegt. In der Konsequenz erschwert dies mittelbar die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren. Die restriktive Handhabe der Weko ist allerdings auch gerechtfertigt: *Hardcore*-Kartelle führen häufig zu einer grossen, fast unüberschaubaren Zahl von Geschädigten und zeichnen sich durch Informationsasymmetrien aus.⁸²⁶ Letztere führen dazu, dass Kartellopfer regelmässig kaum über Informationen verfügen, die sie in ein Verwaltungsverfahren einbringen können. Aus verfahrensökonomischer Sicht trägt die Einräumung der Parteistellung somit nicht wesentlich zur Wirksamkeit des Verfahrens bei. Würde Kartellopfern grosszügig Parteistellung eingeräumt, könnte die Verwaltungstätigkeit übermässig erschwert werden, ohne dass dies dem Untersuchungsablauf zugutekäme.⁸²⁷ Dieses Verständnis ist hingegen nur insofern vertretbar, als die Kartellopfer im Anschluss an das Kartellverwaltungsverfahren auf die entsprechenden Verfahrensinformationen zugreifen können.

824 Vgl. Weko, RPW 2018/1, Verzinkung – Parteistellung, S. 126 ff., N 23.

825 Weko, RPW 2018/1, Verzinkung – Parteistellung, S. 126 ff., N 24.

826 Siehe *oben* § 1.

827 So auch BGE 142 II 451, E. 3.4.1.

2. Verfahrensbeteiligte ohne Parteistellung im Kartellverwaltungsverfahren

I. Beteiligungsberechtigte Dritte nach Art. 43 Abs. 1 KG

Eine weitere Kategorie von Verfahrensbeteiligten bilden die beteiligungsberechtigten Dritten nach Art. 43 Abs. 1 KG («Dritte ohne Parteistellung»). In dieser Bestimmung ist ein Ausgleich zwischen dem Bedürfnis Dritter, am Kartellverwaltungsverfahren teilzunehmen, und dem Bedürfnis nach einem raschen und korrekten Untersuchungsverfahren zu erblicken.⁸²⁸ Zu den beteiligungsberechtigten Dritten zählen drei Kategorien von Personen:

- Nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG kann sich am Verfahren beteiligen, wer aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert wird. Das Kriterium der Behinderung ist weit auszulegen und i. d. R. erfüllt, wenn ein Unternehmen auf einem Markt tätig ist, der von einem Wettbewerbsverstoss betroffen ist.⁸²⁹ Hiervon erfasst sind jedoch ausschliesslich Personen, die darin beeinträchtigt sind, sich am Wettbewerb zu beteiligen oder ihre Tätigkeit im Wettbewerb fortzuführen.⁸³⁰ Dies trifft i. d. R. auf Konkurrenten, Zulieferer und Abnehmer der am Wettbewerbsverstoss beteiligten Unternehmen zu.⁸³¹ Ausgeschlossen ist allerdings die Verfahrensbeteiligung von Konsumenten nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG.⁸³² Sobald *de lege ferenda* Konsumenten in Kartellzivilverfahren die Aktivlegitimation zugesprochen wird, ist allerdings auch ihnen eine entsprechende Parteistellung einzuräumen. Trotz dieser bedeutenden Einschränkung kann der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 KG beteiligungsberechtigten Dritten einen beträchtlichen Umfang annehmen. Würden sie über ein Beschwerderecht nach Art. 48 VwVG verfügen, könnte sich dies

828 Siehe BGE 139 II 328, E. 4.4.

829 BVGer 19.12.2013, B-463/2010, E. 4.3.3; siehe dann allerdings auch BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.5.2, nach dem die Wettbewerbsbehörden bis heute noch nie eine potenziell geschädigte Person zu einem Verfahren nach Art. 5 KG zugelassen haben.

830 BVGer 23.08.2016, A-6334/2014, E. 8.6.

831 BILGER, *Verwaltungsverfahren*, S. 205.

832 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.5.3; BVGer 23.08.2016, A-6334/2014, E. 8.6; Weko, RPW 2018/1, *Verzinkung – Parteistellung*, S. 126 ff., N 9; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 17; BSK KG-BILGER, Art. 43 N 13; CR *Concurrence-MERKT*, Art. 43 N 9.

negativ auf die Verfahrensökonomie auswirken. Zu präzisieren ist ferner, dass der Verfahrensbeitritt eines Konkurrenten, Zulieferers oder Abnehmers nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG keinen Einfluss auf seine mögliche Parteistellung im Verfahren hat. Wem im Verwaltungsverfahren Parteistellung zukommt, richtet sich nach dem VwVG und nicht nach dem KG.⁸³³ Somit ist es möglich, dass sich ein Unternehmen zunächst als Dritter ohne Parteistellung am Verfahren beteiligt und sich erst im Anschluss daran als Verfahrenspartei konstituiert.

- Nach Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG können Berufs- und Wirtschaftsverbände ihre Beteiligung an einem Untersuchungsverfahren anmelden, wenn sie nach ihren Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind. Die Mitglieder selbst müssen in der Aufnahme oder der Ausübung ihrer Tätigkeit durch eine Wettbewerbsbeschränkung betroffen sein und sich eigenständig am Verfahren nach Art. 43 KG beteiligen können. Das Teilnahmerecht des Verbands leitet sich folglich von dem seiner Mitglieder ab.⁸³⁴ Allerdings muss nicht die Mehrheit oder eine grosse Zahl der Mitglieder betroffen sein. Es reicht aus, wenn sich einzelne Mitglieder an der Untersuchung beteiligen können.⁸³⁵ Auch die Beteiligung eines Verbandsmitglieds nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung schliesst nicht aus, dass sich auch der Verband nach Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG am Verfahren beteiligt.⁸³⁶ Somit können in der Praxis ein Verbandsmitglied und der Verband selbst als Beteiligungsberechtigte ohne Parteistellung nach Art. 43 KG am Verfahren teilnehmen.
- Konsumentenschutzorganisationen von regionaler oder nationaler – und nicht nur lokaler – Bedeutung, die statutengemäss den Konsumentenschutz bezwecken, können sich nach Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG an der Untersuchung beteiligen.⁸³⁷ Ferner können sich einzelne Konsumenten nicht auf Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG berufen. Der Gesetzeswortlaut spricht klar von Organisationen und bietet für die Beteiligung einzelner Konsumenten keine Stütze.

Für alle drei genannten Beteiligungsformen gilt: Nach Art. 43 KG müssen sie sich zum Sachverhalt äussern und ihren rechtlichen Standpunkt dar-

833 BGE 139 II 328, E. 4.3 ff.; BVGer 23.08.2016, A-6334/2014, E. 8.6; BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.5.3.

834 BORENS, Rechtsstellung, S. 214; BSK KG-BILGER, Art. 43 N 16.

835 JOST S., Parteien, S. 323; BSK KG-BILGER, Art. 43 N 16; BORENS, Rechtsstellung, S. 214.

836 BSK KG-BILGER, Art. 43 N 17.

837 BORENS, Rechtsstellung, S. 214; JOST S., Parteien, S. 324.

legen können. Hierbei handelt es sich um eine Art Mindestgehalt. Wie häufig und zu welchem Zeitpunkt eine Anhörung stattzufinden hat, ist fallweise zu entscheiden. Aufgrund der möglicherweise sehr grossen Zahl Beteiligungsberechtigter nach Art. 43 Abs. 2 KG ist das Sekretariat ermächtigt, deren Verfahrensrechte auf eine schriftliche Anhörung zu reduzieren. In jedem Fall steht der Weko ein erheblicher Ermessensspielraum zu, wie der Einbezug der Beteiligungsberechtigten nach Art. 43 KG im Einzelfall ausfällt.⁸³⁸ Was unter einer Anhörung zu verstehen ist, lässt das Gesetz offen und ist in der Praxis nach wie vor nicht abschliessend geklärt.⁸³⁹ Für die vorliegende Arbeit ist von Relevanz, dass die beteiligungsberechtigten Dritten über ein Anhörungsrecht verfügen, das wirksam ausgeübt werden muss.⁸⁴⁰

II. Weitere verfahrensbeteiligte Dritte ohne Parteistellung

Das KG kennt weitere, eigene Formen der Verfahrensbeteiligung. So wird der Begriff des Dritten in Art. 26 Abs. 1 KG, Art. 40 KG und Art. 42 KG verwendet:

- Nach Art. 26 Abs. 1 KG sind Dritte, also jedermann, berechtigt, dem Sekretariat Anzeige zu erstatten.⁸⁴¹
- Nach Art. 40 Satz 1 KG müssen betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte erteilen und die notwendigen Urkunden vorlegen. An die Betroffenheit sind keine hohen Anforderungen zu stellen.⁸⁴² Es genügt, dass der betroffene Dritte als Konkurrent oder Abnehmer auf dem gleichen Markt

838 BORENS, Rechtsstellung, S. 220; Komm. KG-SCHMIDHAUSER, Art. 30 N 15; BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 354.

839 So führen BREMER/STEBLER, Verfügungsentwurf, S. 355, bezeichnenderweise aus, dass sich die Frage stelle, ob Dritte ohne Parteistellung gerade zum Verfügungsantrag angehört werden müssen oder ob die Anhörung auf allgemeine Sachverhaltsfragen insbesondere in einem früheren Verfahrensabschnitt beschränkt werden kann.

840 Siehe unten § 14. 3.

841 Vgl. hierzu bzgl. BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 208; BORENS, Rechtsstellung, S. 161; SHK KG-FRICK, Art. 26 N 7; CR Concurrence-MERKT, Art. 43 N 1; JOST S., Parteien, N 561; SCHMIDHAUSER, Homburger (KG), Art. 26 N 10; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 59; vgl. auch RICHLI, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 421 f., der von einer Popularbeschwerde spricht.

842 DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, S. 199.

tätig ist oder in einer anderen Geschäftsbeziehung zum Beschuldigten steht.⁸⁴³

- Weiter können die Wettbewerbsbehörden nach Art. 42 Abs. 1 KG Dritte als Zeugen einvernehmen. Als Dritter i. S. v. Art. 42 Abs. 1 KG ist jede natürliche oder juristische Person denkbar, die nicht Partei im Untersuchungsverfahren ist.⁸⁴⁴

Den Dritten, die unter den drei Lemmata genannt werden, steht nach dem KG und dem VwVG grundsätzlich kein Anspruch auf Akteneinsicht zu. In § 18 wird dargelegt, dass ihnen und sämtlichen übrigen Dritten, die nicht am Verfahren beteiligt sind, ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Akteneinsicht zustehen kann.

In diesem Kapitel wurde der Kreis der möglichen Beteiligten am Kartellverwaltungsverfahren aufgezeigt. In der folgenden Übersicht sind die verschiedenen Verfahrensbeteiligten, die entsprechenden Voraussetzungen für eine Verfahrensbeteiligung und die daraus resultierenden Rechte zusammengestellt.

843 Sekretariat, RPW 2006/3, Auskunftsverfügung IMS Health GmbH, S. 510 ff. N 7; BSK KG-BILGER, Art. 40 N 8; CR Concurrence-MERKT, Art. 40 N 5 f.; ZIMMERLI, Dogmatik, S. 574.

844 BSK KG-BANGERTER, Art. 42 N 29; CR Concurrence-BOVET/SABRY, Art. 42 N 35.

| Verfahrensbeteiligte im nicht streitigen Kartellverwaltungsverfahren | | | | |
|----------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | Hauptbeteiligte (Art. 6 VwVG) | (Beteiligungsberechtigte) Dritte mit Parteistellung (Art. 48 VwVG) | (Beteiligungsberechtigte) Dritte ohne Parteistellung (Art. 43 Abs. 1 KG) | Dritte (alle nicht von Art. 48 VwVG und Art. 43 KG erfassten Dritten) |
| Unterkategorie | | | Direkt Betroffene (Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG) | Konsumentenschutzorganisationen (Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG) |
| Voraussetzung für eine Verfahrensbeteiligung | Rechte und Pflichten werden im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt. | Besonderes Berührungs- und schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und Bst. c VwVG) – restriktiv auszulegen | In der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert – weit auszulegen | Von regionaler oder nationaler Bedeutung und statutarisch vorgesehener Konsumentenschutz |
| Verfahrensrechte wie -pflichten | Volle Parteirechte und -pflichten | Grundsätzlich volle Parteirechte und -pflichten | – Mindestens Recht auf schriftliche Anhörung (Art. 43 Abs. 2 Satz 2 KG) – Schriftliche Stellungnahme zum Antrag (Art. 30 Abs. 2 KG) | – Anzeigerechte (Art. 26 KG) – Auskunftspflicht (Art. 40 KG) – Zeugnispflicht (Art. 42 KG) |

Abb. 6: Verfahrensbeteiligte im nicht streitigen Kartellverwaltungsverfahren

§ 14. Akteneinsichtsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten im
erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren

1. Akteneinsichtsrecht der Hauptbeteiligten nach Art. 6 VwVG

Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV bzw. nach Art. 29 ff. VwVG setzt sich aus verschiedenen Teilansprüchen zusammen.⁸⁴⁵ Hervorzuheben ist das Recht, von der Behörde über das Verfahren informiert zu werden und sich zum verfahrensrelevanten Sachverhalt zu äussern. Hingegen enthält das KG selbst keine Norm betreffend die Akteneinsicht, weshalb sich diese nach dem VwVG bestimmt.⁸⁴⁶

I. Modalitäten und Zeitpunkt der Ausübung

Die Akteneinsicht wird auf Gesuch der Parteien gewährt und am Sitz der Wettbewerbsbehörden⁸⁴⁷ oder – in Kartellverwaltungsverfahren i. d. R. – auf elektronischem Weg genommen.⁸⁴⁸ An die Parteien ist im Hinblick auf die wirksame Ausübung des Akteneinsichtsrechts gleichzeitig mit dem Verfügungsantrag⁸⁴⁹ ein vollständiges Verzeichnis sämtlicher in der Verfahrensakte befindlichen Dokumente zu übermitteln, einschliesslich des Vermerks, ob die Dokumente eingesehen werden können.⁸⁵⁰

845 BVGer 25.06.2018, B-880/2012, E. 6.1; BVGer 25.06.2018, B-829/2012, E. 5.1; BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 172; BVGer 09.06.2011, B-7483/2010, E. 5.5; MARTENET, Droit d'être entendu, S. 559; JOST S., Parteien, S. 388; RENFER, Fragestellungen, S. 699; vgl. auch BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 15 ff.

846 BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.5; BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 173; MARTENET, Droit d'être entendu, S. 559; JOST S., Parteien, S. 389; WASER, Grundrechte, S. 257; vgl. auch Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 15; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 1064, 1066; wohl auch DIETRICH, Homburger (KG), Art. 39 N 67.

847 BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 173.

848 CR Concurrence-MARTENET, Art. 39 N 45.

849 Dieser ist i. d. R. bereits in Verfügungsform verfasst, DIKE KG-IZUMI/KRIMMER, Art. 30 N 5 m. w. N.; kritisch RENFER, Fragestellungen, S. 702.

850 BVGer 09.06.2011, B-7483/2010, E. 5.5; Reko/Wef, RPW 1998/4, Telecom PTT-Fachhändlerverträge, S. 669 f.; BORENS, Rechtsstellung, S. 77 f.; WASER, Grundrechte, S. 261; siehe auch Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/ Projekt Repo 2013, S. 84 ff., N 160 ff., nach der die fortlaufende Erweiterung des Aktenbestands mit einer Anpassung des Aktenverzeichnisses einhergeht, was die Ver-

Die Behörde verfügt über ein relativ grosses Ermessen in Bezug auf die Frage, wie und wo die Akteneinsicht im Einzelfall vorzunehmen ist.⁸⁵¹ Werden nach der Akteneinsicht weitere Dokumente von der Behörde bezogen oder gehen weitere Eingaben von Verfahrensbeteiligten ein, verlangt die offene Aktenführung, dass die Parteien darauf aufmerksam gemacht werden.⁸⁵² Folglich ist die Akteneinsicht nicht auf eine einzelne Einsichtnahme begrenzt, sondern kann auf Art. 26 ff. VwVG gestützt bis zum Erlass der Sanktionsverfügung grundsätzlich mehrmals ausgeübt werden.⁸⁵³

Sämtliche Verfahrensbeteiligten sind gehalten, vertrauliche Dokumente in doppelter Ausfertigung einzureichen:⁸⁵⁴ ein unbearbeitetes Exemplar, das nur der Behörde zugänglich ist, und ein Exemplar, in dem die vertraulichen Informationen geschwärzt sind und das von den übrigen Verfahrensbeteiligten eingesehen wird.⁸⁵⁵

teidigung im konkreten Verfahren erschweren kann; RENER, Fragestellungen, S. 703.

851 Den Verfahrensbeteiligten mit Parteistellung können passwortgeschützte elektronische Datenträger übergeben werden, die neben dem Aktenverzeichnis sämtliche Verfahrensakten – unter Berücksichtigung von Art. 27 f. VwVG – enthalten. Ausserdem können die Dokumente den Parteien zugesandt werden oder die Verfahrensdokumente können auch ausschliesslich in den Räumlichkeiten der Behörde zugänglich gemacht werden so im Fall von Selbstanzeigen; vgl. Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, S. 84 ff., N 112; Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 4; vgl. Weko, RPW 2008/4, Coop/Carrefour, S. 593 ff., N 16 f., nach der den Parteien ausschliesslich das Aktenverzeichnis zugestellt und die Verfahrensdokumente nur in den Räumlichkeiten des Sekretariats zugänglich gemacht wurden.

852 BILGER, *Verwaltungsverfahren*, S. 285; BSK KG-BILGER, Art. 39 N 77; MARTENET, *Droit d'être entendu*, S. 560; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 39 N 47.

853 Vgl. BILGER, *Verwaltungsverfahren*, S. 285; BVerfGE 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.2, nach dem die Parteien nach dem Sekretariat zeitlich unbeschränkt und beliebig oft während der Bürozeiten in den Räumlichkeiten Akteneinsicht nehmen konnten.

854 BVerfGE 01.05.2019, 2C_433/2017, E. 2.9.

855 Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse; RENER, Fragestellungen, S. 698.

II. Umfang der Akteneinsicht

Das Akteneinsichtsrecht orientiert die Verfahrensparteien über die verfahrenswesentlichen Unterlagen.⁸⁵⁶ Verfahrenswesentlich bedeutet nicht, dass die entsprechenden Akten zwingend als Entscheidungsgrundlage dienen.⁸⁵⁷ Die Einsicht erfasst grundsätzlich sämtliche Dokumente, die als Beweismittel dienen können,⁸⁵⁸ zu denen belastende Dokumente ebenso wie entlastende zählen.⁸⁵⁹ Die tatsächliche Beweiserheblichkeit eines Verfahrensdokuments ist für die Akteneinsicht nicht ausschlaggebend. Ausreichend ist bereits, dass das Dokument die Entscheidungsfindung beeinflussen kann.⁸⁶⁰ Die Behörde kann somit keine Auswahl der Dokumente vornehmen, in die Akteneinsicht genommen wird.⁸⁶¹ Es obliegt dem Einsichtsberechtigten, über die Beweiserheblichkeit zu urteilen.⁸⁶²

Nicht verfahrenswesentlich und somit nicht von der Akteneinsicht erfasst sind Dokumente, die der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen – die internen Akten.⁸⁶³ Ihnen kommt kein Beweischarakter zu, da sie ausschliesslich zur verwaltungsinternen Meinungsbildung beitragen.⁸⁶⁴ Der Ausschluss des Akteneinsichtsrechts schützt die interne Meinungsbildung der Verwaltung, indem die internen Vorgänge in der Öffentlichkeit

856 BVerfGE 09.06.2011, B-7483/2010, E. 5.5; BVerfGE 11.07.2017, C-3867/2014, E. 3.1.1; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, N 493; ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, N 1065; BILGER, *Verwaltungsverfahren*, S. 286.

857 BGE 121 I 225, E. 2a; BVerfGE 16.05.2017, B-7949/2015, E. 5.1 m. w. N.; BINDER, *Expertenwissen*, S. 53.

858 Vgl. MÜLLER/SCHNEFFER, *Grundrechte*, S. 874.

859 Weko, RPW 2001/2, *Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen*, S. 373 ff., N 11; WASER, *Grundrechte*, S. 257.

860 BSK KG-BILGER, Art. 39 N 76; vgl. DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 84; BVerfGE 19.12.2013, B-463/2010, E. 4.3.4; BGE 125 II 473, E. 4a.

861 Vgl. BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler (*VwVG*), Art. 26 N 36; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (*VwVG*), Art. 26 N 60.

862 BGE 133 I 100, E. 4.3, mit Hinweisen auf die EGMR-Rechtsprechung; BGE 132 V 387, E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, N 494; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (*VwVG*), Art. 26 N 60 m. w. N.; WASER, *Grundrechte*, S. 257.

863 DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 84; JOST S., *Parteien*, S. 393; kritisch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, N 495 ff. m. w. N.

864 BVerfGE 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 174; BGE 125 II 473, E. 4a; BGE 115 V 297, E. 2g; BVerfGE 10.10.2014, 1C_159/2014, E. 4.3; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, N 1021; BORENS, *Rechtsstellung*, S. 76; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (*VwVG*), Art. 26 N 65; DIKE KG-IZUMI/KRIMMER, Art. 30 N 43; RENFER, *Fragestellungen*, S. 699.

nicht vollständig ausgebreitet werden und dadurch die Entscheidungsfindung und somit die öffentliche Durchsetzung nicht erschwert werden.⁸⁶⁵ Um ein Dokument als verwaltungsintern zu qualifizieren, kann nicht auf eine einheitliche Regel zurückgegriffen werden. Im Streitfall genügt die Bezeichnung als verwaltungsintern nicht, um ein Dokument der Akteneinsicht zu entziehen.⁸⁶⁶ Vielmehr ist auf seine objektive Bedeutung abzustellen.⁸⁶⁷ Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass ein verwaltungsinternes Dokument, gestützt auf das BGÖ oder das DSG, eingesehen werden kann.⁸⁶⁸

III. Ausnahmen vom Akteneinsichtsrecht

a. Dokumente und Informationen aus Selbstanzeigeverfahren

Die Selbstanzeigedossiers werden vom Sekretariat besonders vertraulich behandelt und unterliegen einer eingeschränkten Akteneinsicht.⁸⁶⁹ So werden etwa die im Rahmen einer Selbstanzeige eingereichten Informationen und Beweismittel in einem von den übrigen Verfahrensakten unabhängigen Selbstanzeigedossier geführt.⁸⁷⁰ Der Zugang zu dem Dossier ist auf die mit dem Verfahren betrauten Mitarbeiter des Sekretariats beschränkt.⁸⁷¹ Die Modalitäten der Akteneinsicht richten sich danach, ob Einsicht in die Selbstanzeige oder in die Beilagen zur Selbstanzeige genommen wird.

865 BGer 10.10.2014, 1C_159/2014, E. 4.3; BGE 129 II 497, E. 2.2; BGE 125 II 473, E. 4a; BGE 122 I 153, E. 6a; BGer 10.05.2006, 1P.324/2005, E. 1.2; vgl. auch KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Verfahrensrecht, N 633; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, N 338; HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Akteneinsicht, N 10.

866 BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 175; BGE 115 V 297, E. 2g/bb; BGer 10.10.2014, 1C_159/2014, E. 4.3; WASER, Grundrechte, S. 258.

867 Nach BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 175 und BVGE 2011/37, E. 5.4.1 zählen verwaltungsintern erstellte Berichte und Gutachten zu streitigen Sachverhaltsfragen nicht zu den verwaltungsinternen Dokumenten; vgl. auch BVGer 05.03.2013, D-7342/2010, E. 3; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 67.

868 Siehe hierzu unten § 17. 2. II. b.; ebenfalls kritisch BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 26 N 39 f.; HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Akteneinsicht, N 11; vgl. auch MÜLLER/SCHÉFFER, Grundrechte, S. 875 ff. m. w. N. u. a. auf die EGMR-Praxis.

869 MARBACH/DUCREY/WILD, Wettbewerbsrecht, S. 449.

870 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 48.

871 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 48.

(1) Einsicht in die Selbstanzeige

Bei der Selbstanzeige handelt es sich um das «Eingeständnis» einer Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss, womit einhergeht, dass andere Unternehmen der Teilnahme an einem Verstoss beschuldigt werden. Um zu den Anschuldigungen Stellung zu nehmen, müssen die entsprechenden Unternehmen Einsicht in die Selbstanzeige erhalten.⁸⁷² Die Selbstanzeige genießt dann jedoch ein erhöhtes Schutzniveau:⁸⁷³ Die Einsichtnahme erfolgt ausschliesslich in den Räumlichkeiten des Sekretariats.⁸⁷⁴ Die Hauptbeteiligten haben nicht das Recht, Kopien oder ähnliche Reproduktionen der Selbstanzeige zu erstellen.⁸⁷⁵ Es ist ihnen jedoch erlaubt, sich während der Akteneinsicht Notizen zu machen.⁸⁷⁶

Das Bundesverwaltungsgericht erblickt einen Rechtfertigungsgrund für die restriktive Handhabung der Akteneinsicht darin, mögliche *Follow-on*-Prozesse nicht zu beeinflussen.⁸⁷⁷ Auch besteht aufseiten des Selbstanzeigers ein unverkennbares Interesse daran, dass die im Protokoll zur Selbstanzeige enthaltenen Informationen und die im Rahmen der Anzeige eingereichten Dokumente («Selbstanzeigeinformationen») nicht an Dritte gelangen, da dies das Risiko von *Follow-on*-Prozessen erhöhen würde.⁸⁷⁸ Allerdings

872 Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 15 ff.

873 DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a Abs. 1–2 N 113; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 300 f.; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 169.

874 Weko, Merkblatt/ Bonusregelung, N 51; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 39 N 51; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a Abs. 1–2 N 113; DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 87; vgl. auch BSK KG-TAGMANN, Art. 49a N 170.

875 Weko, Merkblatt/ Bonusregelung, N 51; vgl. BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.1 f.

876 Weko, Merkblatt/ Bonusregelung, N 51; vgl. aber noch Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 5, wo die Weko festhält, dass das Erstellen handschriftlicher Kopien wie das Erstellen von Tonbändern der Selbstanzeigen zulässig ist. Hinzu käme die Möglichkeit, Fotokopien von Teilen der Selbstanzeige ausnahmsweise zuzulassen, wenn es darum gehe, Handschriften zu erkennen oder die Echtheit von Handschriften zu überprüfen oder deren Zuordnung zu bestimmten Personen durch Gutachter zu ermöglichen; vgl. auch BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.2.

877 BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.6; BVGer 25.06.2018, B-829/2012, E. 5.2.1.

878 Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 22; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Gemeinde Koblenz), S. 433 ff., N 68; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 92; Weko, RPW 2018/4, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Graubünden), S. 723 ff.,

ist das Interesse, nicht zivilrechtlich für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen in Anspruch genommen zu werden, nicht schutzwürdig und somit kein Grund, die Akteneinsicht einzuschränken.⁸⁷⁹

(2) Einsicht in die Selbstanzeigeakten

Die Selbstanzeigeakten sind zusätzlich zur Selbstanzeige übermittelte Beweismittel, die den Wettbewerbsverstoss belegen. Sie enthalten Informationen, die nicht im Hinblick auf das Bonusprogramm erstellt wurden und unabhängig vom Kartellverwaltungsverfahren existieren.⁸⁸⁰ Grundsätzlich kommt den Selbstanzeigeakten ein ähnlich hohes Schutzniveau zu wie der Selbstanzeige.⁸⁸¹ Deswegen erfolgt die Einsicht grundsätzlich – wie in die Selbstanzeige – in den Räumlichkeiten des Sekretariats.⁸⁸² Ist eine Akteneinsicht angesichts des Umfangs der vorbestehenden Beweismittel vor Ort nicht zumutbar⁸⁸³, können den Hauptbeteiligten Kopien zur Verfügung gestellt werden, was grundsätzlich in Form von elektronischen Datenträgern erfolgt.⁸⁸⁴ Die Kopien unterliegen dann jedoch einer Verfügungsbeschränkung.⁸⁸⁵ Die Empfänger haben mittels Aufklärungsbestätigung und Verpflichtungserklärung zu bestätigen, dass sie über die Verfügungsbeschränkung aufgeklärt wurden und sich dazu verpflichten, diese einzuhalten.⁸⁸⁶ Die an die Hauptbeteiligten übermittelten Informationen dürfen ausschliesslich zum Zweck der Verteidigung in Kartellverwaltungsverfahren vor den schweizerischen Wettbewerbsbehörden verwertet wer-

N 82 ff.; Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 126 ff.; JACOBS, Durchsetzung, S. 218; ZIMMERLI, Dogmatik, S. 743.

879 Siehe ausführlich *unten* § 14. 1. III. b. (1); siehe zur europäischen Ausgangslage *oben* § 8. 1. II. a. (2).

880 Vgl. BVGer 25.06.2018, B-829/2012, E. 5.2.3.1.

881 Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 24, 26; vgl. BVGer 23.10.2018, A-604/2018, E. 3; vgl. Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51.

882 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a Abs. 1–2 N 113.

883 Wann dies jedoch der Fall ist, hängt von einer Einzelfallbetrachtung ab, vgl. BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.7.

884 BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.2.

885 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a Abs. 1–2 N 113; vgl. BSK KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 49a N 170.

886 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 52.

den.⁸⁸⁷ Die Verwendung der Dokumente in Straf- oder Zivilverfahren, wobei bei Letzteren vornehmlich an *Follow-on*-Prozesse zu denken ist, ist ausgeschlossen. Zudem dürfen die Dokumente nicht in ausländischen Verfahren verwertet werden.⁸⁸⁸ Diese Ausgangslage ist als suboptimal zu bewerten, weshalb eine mögliche Verwertung von Kronzeugeninformationen zu kartellrechtlichen Zwecken in Erwägung zu ziehen ist, was in § 15 ausführlicher dargestellt wird.

b. Entgegenstehende private Interessen (Geschäftsgeheimnisse)

Die Akteneinsicht kann zum Schutz privater Interessen eingeschränkt werden – etwa zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen.⁸⁸⁹ Nach ständiger Rechtsprechung⁸⁹⁰ gilt eine Information als Geschäftsgeheimnis, wenn die drei folgenden Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- Die Information ist weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich und nur einem bestimmten, beschränkten Personenkreis bekannt.
- Seitens des Geheimnisherrn besteht ein explizit oder stillschweigend bekundeter Wille zur Geheimhaltung – der subjektive Geheimhaltungswille.
- An der Geheimhaltung der Information besteht ein berechtigtes Interesse – das objektive Geheimhaltungsinteresse.⁸⁹¹

887 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51.

888 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a Abs. 1–2 N 113.

889 Es wird im Text von «Geschäftsgeheimnissen» gesprochen und nicht jeweils von «Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen». Letztere werden vom Begriff «Geschäftsgeheimnis» umfasst; ähnlich BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Vor. Art. 9–13a N 85; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 25 N 43; DIKE UWG-SUTTER, Art. 6 N 66; vgl. beispielsweise Art. 68 PatG oder Art. 15 aUWG; vgl. auch ausführlich zur Begriffsvielfalt im Hinblick auf Geschäftsgeheimnisse im deutschen Recht, SANNER, Informationsgewinnung, S. 61 f.

890 Vgl. BGE 142 II 268, E. 5.2.1 m. w. N.; Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 – Geschäftsgeheimnisse, S. 142 ff., N 31 m. w. N.

891 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.1; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 7.1.1 f.; BVGer 30.10.2017, B-5927/2014, E. 3.6; Reko/Wef, RPW 2002/4, Vertrieb von Tierarzneimitteln, S. 698 ff., E. 3.1.2; Weko, RPW 2010/4, Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publication, S. 703 ff., N 14; Weko, RPW 2006/1, Kreditkarten – Interchange Fee, S. 65 ff., N 111; Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 – Geschäftsgeheimnisse, S. 142 ff., N 32; Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse; WASER, Grundrechte, S. 259; BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 11; vgl. auch dazu DÄHLER, in: von Bü-

Dieser Geschäftsgeheimnisbegriff ist auf sämtliche Informationen des Kartellverwaltungsverfahrens anwendbar. Der Gegenstand des Geheimnisschutzes sind grundsätzlich Informationen über Marktanteile, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne, Kundenlisten und -beziehungen sowie Offertenpreise und detaillierte Kostenkalkulationen.⁸⁹² Die Offenlegung der Informationen gegenüber einem spezifischen Dritten, wie einem Konkurrenten, und nicht nur gegenüber dem breiten Publikum reicht bereits aus, um das Interesse des Geheimnisherrn schwer zu beeinträchtigen.⁸⁹³ Werden allerdings unter Konkurrenten Informationen ausgetauscht, gegenüber denen sie sonst als geheim gelten, verlieren sie ihre Vertraulichkeit und somit ihre Schutzwürdigkeit.⁸⁹⁴

Die drei folgenden Abschnitte beleuchten jeweils einen Aspekt von Geschäftsgeheimnissen. Diese sind nicht nur für die Akteneinsicht relevant, sondern auch stets im Rahmen der noch zu untersuchenden Zugangsrouten zu berücksichtigen.

(1) Objektives Geheimhaltungsinteresse

Ob ein objektives Interesse an der Geheimhaltung einer Information besteht und diese somit schutzwürdig ist, beurteilt sich nach Massgabe der Wettbewerbsbehörden nach zwei Kriterien:

- Eine Information⁸⁹⁵ ist schutzwürdig, wenn sie für ein Unternehmen einen wirtschaftlichen Wert hat und so für dessen wirtschaftlichen Er-

ren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 586; HEINEMANN/HEIZMANN, Vorgaben, S. 80 f.; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 847 f.; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 25 N 44 ff.; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 18 ff.; SHK KG-ZENHÄSNER, Art. 25 N 6; WALTER, Homburger (KG), Art. 16 N 8; BORENS, Rechtsstellung, S. 77 Fn. 426; RENFER, Fragestellungen, S. 697; TROLLER, Précis, S. 177 f.

892 BGE 142 II 268, E. 5.2.3 m. w. N; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 7.1.2; BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.5.3; TROLLER, Précis, S. 178; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 39 N 51; DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 87; HEINEMANN/HEIZMANN, Vorgaben, S. 80 f.

893 TROLLER, Précis, S. 177.

894 Siehe auch *oben* § 8 I. II. a. (i).

895 Die Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse, hält fest, dass «die fragliche Tatsache einen wirtschaftlichen Wert für das Unternehmen» habe. Vorliegend wird jedoch nicht von Tatsache gesprochen, sondern von Information. Ein Geheim-

folg von Bedeutung ist.⁸⁹⁶ Eine Preisgabe der Information muss somit Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis oder die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens haben können.⁸⁹⁷

- Die Information muss sich grundsätzlich auf ein einzelnes Unternehmen und nicht auf eine Gruppe von Unternehmen beziehen und Rückschlüsse auf dieses einzelne Unternehmen zulassen.⁸⁹⁸

Das entsprechende Merkblatt der Behörde gibt jedoch keine Antwort auf die Frage, inwiefern ein objektives Interesse an der Geheimhaltung rechtswidriger Handlungen und Zustände bestehen kann.⁸⁹⁹ Das Bundesgericht entschied in Bezug auf die Veröffentlichung der Sanktionsverfügungen der Weko, dass Informationen, die ein kartellrechtswidriges Verhalten belegen, nicht geheimhaltungswürdig seien.⁹⁰⁰ Das objektive Geheimhaltungsinteresse schütze die Wettbewerbsfähigkeit der einzelnen Unternehmen und somit auch den freien Wettbewerb.⁹⁰¹ Dieser Wettbewerb stelle das Schutzgut des KG dar.⁹⁰² Würden Informationen geschützt, die ein kartellrechtswidriges Verhalten belegen und dem «Geschäftsherrn» einen gesetzeswidrigen Wettbewerbsvorteil verschaffen, führe dies zu der paradoxen Ausgangslage, dass Verhaltensweisen unter Schutz gestellt würden, die das Kartellrecht sanktioniert und von denen die Allgemeinheit abzuschrecken ist.⁹⁰³ Auch wenn Informationen, die ein wettbewerbswidriges Verhalten belegen, wettbewerbsrelevant seien, dürfe diese Wettbewerbsrelevanz nicht auf einer wettbewerbswidrigen Absprache beruhen. Mangels eines objektiven Geheimhaltungsinteresses gelten Informationen mit wettbewerbswidrigem Inhalt somit grundsätzlich nicht als schutzwürdig und

nis ist eine Information, die eine bestimmte Tatsache betrifft; vgl. DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 19.

896 RENFER, Fragestellungen, S. 698; TROLLER, Précis, S. 177 f.; kritisch zum Kriterium des wirtschaftlichen Wertes DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 61.

897 BGE 142 II 268, E. 5.2.4; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 7.1.2 m. w. N.

898 Siehe Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass im Rahmen eines Forschungs- und Entwicklungsabkommens zweier unabhängiger Unternehmen Informationen geschützt sind, die Rückschlüsse auf beide Unternehmen zulassen, CR Concurrence-MARTENET, Art. 25 N 45; anders Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse.

899 Die verschiedenen Lehrmeinungen über diese Streitfrage werden im BGE 142 II 268, E. 5.2.2.2, aufgelistet und vorliegend nicht eingehend besprochen.

900 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.3; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.6.

901 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.3; BVGer 30.10.2017, B-5927/2014, E. 3.6.

902 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.3, mit Verweis auf KÜNZLER, Effizienz, S. 308 f.

903 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.3; BVGer 30.10.2017, B-5927/2014, E. 3.6; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 25, 62.

sind somit auch nicht vertraulich.⁹⁰⁴ Bei der Frage, welche Informationen grundsätzlich als nicht schutzwürdig gelten, ist auf die bereits erarbeiteten Fallkonstellationen im europäischen Teil dieser Arbeit zu verweisen. Diese Ausführungen sollten sinngemäss auch für die schweizerische Ausgangslage gelten.⁹⁰⁵

Das Bundesgericht hat sich bisher ausschliesslich mit dem Geschäftsgeheimnisbegriff im Zusammenhang mit der Veröffentlichung der Verfügungen der Weko nach Art. 25 Abs. 4 KG auseinandergesetzt.⁹⁰⁶ Allerdings hat das Bundesgericht die Frage noch nicht beantwortet, ob Informationen, die ein kartellrechtswidriges Verhalten belegen, im Rahmen der Akteneinsicht ihre Schutzwürdigkeit verlieren. Das Bundesgericht hat mittlerweile die Übertragung der zu Art. 25 Abs. 4 KG ergangenen Rechtsprechung auf die Akteneinsicht ausgeschlossen.⁹⁰⁷ Somit ist nach wie vor offen, ob Informationen schutzwürdig sind, die einen Wettbewerbsverstoss belegen.⁹⁰⁸ Vorliegend wird vertreten, die Rechtsprechung nicht auf Art. 25 Abs. 4 KG zu reduzieren, sondern auf die Akteneinsicht in Kartellverwaltungsverfahren zu übertragen.⁹⁰⁹ Ein parallel laufendes Schutzniveau von Informationen im Rahmen der Akteneinsicht und der Veröffentlichung der Verfügungen ist aus Kongruenzgründen angezeigt, weil der Zweck des KG jeweils derselbe ist. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieselbe Information im Rahmen einer Veröffentlichung weniger Schutz geniessen sollte als im Rahmen der Akteneinsicht.

Hingegen führt die Teilnahme eines Unternehmens an einem Wettbewerbsverstoss nicht zwingend dazu, dass sämtliche übermittelten Informationen ihren Vertraulichkeitscharakter verlieren. Bei der von der Behörde vorzunehmenden Einzelfallprüfung, ob sie eine Information als Geschäfts-

904 Weko, RPW 2010/4, Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation, S. 703 ff., N 14.

905 Siehe zur objektiven Schutzwürdigkeit von Informationen, die einen Wettbewerbsverstoss belegen, *oben* § 8 1. II. a. (i).

906 Siehe dazu BGE 142 II 268.

907 BGer 01.05.2019, 2C_433/2017, E. 2.7.

908 BGer 01.05.2019, 2C_433/2017, E. 2.8.

909 So auch BVerfG 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.6; der vorliegend vertretenen Meinung entsprechend wird in Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 – Geschäftsgeheimnisse, S. 142 ff., N 32 und da Fn. 46, ohne Differenzierung Bezug auf die Veröffentlichungspraxis nach Art. 48 KG und der Akteneinsicht im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht nach Art. 26 ff. VwVG genommen; vgl. Kommission, Confidentiality Claims, N 11; so auch für das EU-Recht WILS/ABBOTT, File, S. 27; a. A. DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 25, 67.

geheimnis qualifiziert, ist der Bezug dieser Information zum Wettbewerbsverstoss entscheidend.⁹¹⁰ Zu Recht wird auf die praktischen Probleme des an das objektive Geheimhaltungsinteresse angelegten Massstabs verwiesen.⁹¹¹ Eine Verhaltensweise gelte erst dann als wettbewerbswidrig, wenn dies durch eine rechtskräftige Verfügung oder ein rechtskräftiges Zivilurteil festgestellt sei. Veröffentlicht würden Verfügungen der Wettbewerbsbehörden jedoch häufig vor deren Rechtskraft.⁹¹² Daher sei die Rechtskraft einer Verfügung abzuwarten, bevor sie veröffentlicht werde.⁹¹³ Eine ähnliche Problematik ergibt sich im Rahmen der Akteneinsicht. Befindet die Behörde, dass eine Information kein Geschäftsgeheimnis darstelle, weil sie nicht objektiv schutzwürdig sei, greift sie dem Ziel des Verfahrens vor, nämlich festzustellen, ob ein Wettbewerbsverstoss vorliegt. Wird eine Verhaltensweise schlussendlich nicht als wettbewerbswidrig qualifiziert und haben die Konkurrenten bereits Kenntnis der Information, besteht die Gefahr, dass die Mitarbeiter der Behörde eine Amtspflichtverletzung begangen haben – indem sie vertrauliche Informationen in ungerechtfertigter Weise preisgegeben haben. Allerdings kann mit der Akteneinsicht nicht bis zur Rechtskraft der Verfügung abgewartet werden, weil dies dem Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör als prozessuales Mitwirkungsrecht widerspräche. Diese Problematik kann jedoch, zumindest zu einem gewissen Grad, durch Verwertungsbeschränkungen wie Geheimhaltungsverpflichtungen entschärft werden.⁹¹⁴

(2) Absoluter Schutz?

In der Lehre wird unter Hinweis auf Art. 25 Abs. 4 KG vertreten, dass Geschäftsgeheimnisse von der Akteneinsicht durch andere Verfahrenspar-

910 Siehe *oben* § 8. 1. II. a. (1) (i).

911 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 27 f.; ähnlich BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356.

912 Siehe *unten* § 16. 4.

913 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 63.

914 Siehe *unten* § 15.

teien ausgeschlossen⁹¹⁵ und somit absolut geschützt seien.⁹¹⁶ Einer der prominentesten Vertreter dieser Meinung ist DÄHLER, der eine weite Auslegung des Begriffs «Veröffentlichung» in Art. 25 Abs. 4 KG verlangt.⁹¹⁷ Hierunter sei jede Möglichkeit zu subsumieren, die Dritten den Zugang zu sensiblen Unternehmensdaten verschaffe. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen beschränke sich nicht auf die im Gesetz geregelten Veröffentlichungspflichten, sondern beziehe sich insbesondere auch auf die der Akteneinsicht unterliegenden Verfahrensdokumente.⁹¹⁸ In Übereinstimmung hiermit hat die Reko/Wef festgehalten, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen absolut sei.⁹¹⁹ Allerdings ist das Bundesgericht weniger konkret geworden als die Reko/Wef. Zwar hat sich das Bundesgericht zu Geschäftsgeheimnissen im Rahmen der kartellverwaltungsrechtlichen Akteneinsicht bereits geäußert, allerdings ergibt sich aus diesem Urteil nicht, ob Geschäftsgeheimnisse absolut geschützt sind.⁹²⁰

Somit stellt sich die Frage, ob der in Art. 25 Abs. 4 KG verwendete Begriff der «Veröffentlichung» tatsächlich so weit ausgelegt werden kann, wie es Teile der Literatur verlangen. Dieser Frage ist auf dem Weg der Auslegung nachzugehen, wobei grammatische, historische, teleologische ebenso wie systematische Auslegungselemente berücksichtigt werden.

Laut Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Somit stellt sich die Frage, ob sich die Akteneinsicht unter den Begriff der «Veröffentlichung» subsumieren lässt. Das korrespondierende Verb «veröffentlichen» umschreibt die Dudenredaktion mit «der Öffentlichkeit zugänglich machen, bekannt

915 Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse; DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 586 f.; HÄNNI, Verhältnis, S. 616; HEINEMANN/HEIZMANN, Vorgaben, S. 80; BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 47; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 290, der die Absolutheit des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen dahin gehend «relativiert», dass die Interessenabwägung im Rahmen von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG stets zugunsten des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen auszugehen hat.

916 BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 47; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 290, jeweils mit Verweis auf DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 586; WASSER/SUTTER, Vergabestellen, N 22; wohl auch RENFER, Fragestellungen, S. 699; a. A. DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 86.

917 DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 586.

918 DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 586.

919 Reko/Wef, RPW 2002/4, Vertrieb von Tierarzneimitteln, S. 698 ff., E. 3.1.2; vgl. aber BVerfGE 25.06.2018, B-829/2012, E. 5.2.1.

920 BVerfGE 06.07.2015, 2C_1009/2014, E. 3.3, zählt in der Erwägung zwar private Interessen auf, die im Einzelfall wesentlich sein könnten, allerdings nicht per se wesentlich seien; ähnlich BVerfGE 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.4.2.

machen, besonders durch Presse, Funk, Fernsehen [...], publizieren»⁹²¹. Dies indiziert, dass sich das Verb «veröffentlichen» auf die Verbreitung eines bestimmten Inhalts bezieht, die unabhängig von einem bestimmten Medium ist und auf einen nicht von vornherein bestimmten Adressaten oder Adressatenkreis zielt – der Inhalt wird also allgemein zugänglich gemacht. Die französisch- und italienischsprachige Fassung des Art. 25 Abs. 4 KG bestätigen dieses Verständnis.⁹²²

Die Botschaft KG 1994 enthält keine genaueren Ausführungen zu Art. 25 Abs. 4 KG und bringt somit keinen konkreten Erkenntnisgewinn.⁹²³ Immerhin verweisen die Erläuterungen zu Art. 25 KG auf die Ausführungen in Art. 16 aKG. Diese Norm wurde mit dem Inkrafttreten der ZPO aufgehoben.⁹²⁴ Seither findet sich in Art. 156 ZPO eine vergleichbare Regelung,⁹²⁵ die ebenfalls keinen absoluten Schutz von Geschäftsgeheimnissen kennt.⁹²⁶ Somit ergibt sich weder aus den Gesetzesmaterialien

921 Duden, Universalwörterbuch, S. 1896; dem Verb «veröffentlichen» wird im Bedeutungswörterbuch durch die Dudenredaktion ein ähnlicher Wortgehalt beigeschlagen. Demgemäss bedeutet veröffentlichen: «in gedruckter o. ä. Form der Öffentlichkeit zugänglich machen», Duden, Bedeutungswörterbuch, S. 1030.

922 Nach dem französischen Text dürfen «[l]es publications des autorités» und nach dem italienischen Text «[l]e pubblicazioni delle autorità» keine Geschäftsgeheimnisse enthalten. Die nicht verbindliche englischsprachige Übersetzung hält fest, dass «[t]he competition authorities' publications may not reveal any business secrets.» Es fällt auf, dass die romanischsprachige Fassung wie die angelsächsische Übersetzung auf das spätlateinische Wort «publicatio», «Veröffentlichung», zurückgehen, das eine Bildung zum lateinischen Verb «publicare» darstellt, das «veröffentlichen» bedeutet; Oxford English Dictionary, S. 782, «the action of making publicly known»; CORNU, Vocablaire juridique, S. 831; Le Petit Robert, S. 2066, «porter à la connaissance de tous»; für die italienische Bedeutung und Herkunft siehe www.treccani.it/vocabolario/pubblicare/; vgl. auch Duden Herkunftswörterbuch, S. 637. Diese Ausführungen verdeutlichen einerseits, dass die verschiedenen Sprachfassungen sowie die englischsprachige Übersetzung teilweise unterschiedliche Wörter verwenden, denen jedoch dieselbe Bedeutung zukommt.

923 Vorliegend findet keine Auseinandersetzung mit den Botschaften zum KG 62 und KG 85 statt. Laut Rechtsprechung und Lehre gab es unter der Herrschaft dieser Gesetze in den Verfahren vor der Kartellkommission kein Recht auf Akteneinsicht, weshalb mögliche Schlussfolgerungen auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen bei der Ausübung der Akteneinsicht begrenzt sind; vgl. dazu BILGER, *Verwaltungsverfahren*, S. 282 f.

924 Aufgehoben durch Anhang 1 Nr. II 16 der Zivilprozessordnung vom 19.12.2008, AS 2010 1739; BBl 2006 7221; vgl. HEINEMANN/HEIZMANN, *Vorgaben*, S. 80.

925 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 2.

926 KUKO ZPO-SCHMID, Art. 156 N 4; BSK ZPO-GUYAN, Art. 156 N 1 m. w. N.

noch aus dem aufgehobenen Art. 16 aKG, dass Geschäftsgeheimnisse absolut von der Akteneinsicht ausgenommen sind.

Der Begriff der Veröffentlichung bzw. des Veröffentlichens wird in zwei hier interessierenden⁹²⁷ Gesetzesbestimmungen verwendet – in Art. 25 Abs. 4 KG sowie in Art. 48 Abs. 1 und Abs. 2 KG. Wird Art. 25 Abs. 4 KG im Zusammenhang mit einer möglichen Veröffentlichung nach Art. 48 KG gesehen, wird ersichtlich, dass Art. 25 Abs. 4 KG in diesen Fällen einen absoluten Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor der Veröffentlichung durch die Weko stipuliert. Allerdings fehlt es im KG ebenso wie im VwVG an einer entsprechenden Stütze, den Begriff der Veröffentlichung derart zu interpretieren, dass sich Art. 25 Abs. 4 KG auch auf die Akteneinsicht anderer Verfahrensparteien beziehe.

Art. 25 Abs. 4 KG liegt der Sinn und Zweck zugrunde, von den Verfahrensbeteiligten in ein Kartellverwaltungsverfahren eingebrachte Geschäftsgeheimnisse zu schützen. Die für die Behörde unabdingbare Kooperation der verfahrensbeteiligten Unternehmen wird so gesichert. Diese Bestimmung kann jedoch nicht so verstanden werden, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im gesamten Kartellverwaltungsrecht absolut wäre. Ein derartiger Schutz würde dazu führen, dass in gewissen Ausgangslagen der rechtsgenügende Nachweis eines Verstosses gegen Art. 5 KG oder Art. 7 KG nicht erbracht werden könnte.

Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern Geschäftsgeheimnissen im Rahmen von Kartellverwaltungsverfahren ein höher zu gewichtender Schutz zukommen sollte als in anderen Verfahrensarten. Die Rechtsgrundlage des Anspruchs auf rechtliches Gehör bilden Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK und finden demgemäss auch in Zivilverfahren wie in Strafverfahren Anwendung.⁹²⁸ In Zivilprozessen⁹²⁹ ebenso wie in Strafprozessen⁹³⁰ unterliegen Geschäftsgeheimnisse keinem absoluten Schutz. Auch wenn

927 Siehe auch Art. 6 Abs. 3 KG betreffend die Veröffentlichung von Bekanntmachungen; zudem nennt Art. 28 KG die Publikationen der Untersuchungseröffnung.

928 Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 53 N 1, 3; SHK ZPO-SCHENKER/KOMMISSION, Art. 53 N 1; BGE 129 I 249, E. 3; BGer 12.03.2013, 5A_663/2012, E. 2.1.1.

929 KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 53 N 11; BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 78 f.; SHK ZPO-PASSADELIS, Art. 156 N 7; Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 53 N 20; BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N 31.

930 BSK StPO-SCHMUTZ, Art. 101 N 19; DROESE, Akteneinsicht, S. 123 f. m. w. N.

die Formulierung des Art. 68 PatG⁹³¹ auf einen absoluten Schutz von Geschäftsgeheimnissen schliessen lässt, wird dieser in der Literatur zum Patentrecht mehrheitlich verneint.⁹³² Ein ähnliches Bild zeigt sich im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen und lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten, in denen ebenso wie in Kartellverwaltungsverfahren häufig innerbetriebliche Informationen verfahrensrelevant sind.⁹³³ Auch in diesem Kontext wird Geschäftsgeheimnissen kein absoluter Schutz gewährt.⁹³⁴ Geschäftsgeheimnissen ausschliesslich in Kartellverwaltungsverfahren einen absoluten Schutz zu gewähren, während Geschäftsgeheimnissen in anderen, sogar auch in lauterkeitsrechtlichen oder kartellzivilrechtlichen Verfahren kein vergleichbar apodiktischer Schutz gewährt wird, erscheint nicht angezeigt. Diese Überlegungen lassen den Schluss zu, dass Art. 25 Abs. 4 KG keinen absoluten Schutz von Geschäftsgeheimnissen für das gesamte Kartellrecht stipuliert.

(3) Geschäftsgeheimnis ad infinitum?

Die kartellrechtliche Rechtsprechung und die Lehre haben sich – soweit ersichtlich – bis anhin kaum mit der Frage auseinandergesetzt, ob Geschäftsgeheimnisse mit der Zeit an wirtschaftlichem Wert und somit an Schutzwürdigkeit verlieren. Der Grund hierfür dürfte darin bestehen, dass die Definition des Geschäftsgeheimnisses eng an den strafrechtlichen Geheimnisbegriff angelehnt ist⁹³⁵ und die diesbezüglichen Kriterien kaum durch den Zeitablauf beeinflusst werden. Hingegen hat das Bundesgericht jüngst wiederholt, dass ein objektives Interesse nur an der Geheimhaltung von Informationen bestehe, die einen Einfluss auf das Geschäftsergebnis eines Unternehmens haben könnten.⁹³⁶

931 Nach Art. 68 Abs. 1 PatG sind die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren, und nach Abs. 2 dieser Bestimmung dürfen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse enthaltende Beweismittel nur insoweit zugänglich gemacht werden, als dies mit der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen vereinbar ist.

932 DROESE, Akteneinsicht, S. 124; HEINRICH, Art. 68 PatG/EPÜ N 3, 7 f.; CR PI-EHRLER, Art. 68 LBI N 5; a. A. wohl TROLLER, Précis, S. 419; RAUBER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/1, S. 283.

933 BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, vor Art. 9–13a N 85.

934 BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, vor Art. 9–13a N 89 ff., da besonders 91; noch zum aUWG Baudenbacher–BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 15 N 7 f.; a. A. RAUBER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/1, S. 282.

935 Vgl. RENER, Fragestellungen, S. 697.

936 BGE 142 II 268, E. 5.2.3.

Wie aufgezeigt wurde, ist auf europäischer Ebene anerkannt, dass die Schutzwürdigkeit von Geschäftsgeheimnissen mit der Zeit abnimmt. Je älter eine Information ist, desto geringer sind ihre mögliche Auswirkung auf das Geschäftsergebnis und ihr wirtschaftlicher Wert.⁹³⁷ Als Richtwert gilt, dass von Unternehmen übermittelte Informationen nach fünf Jahren grundsätzlich ihre Schutzwürdigkeit verlieren.⁹³⁸ Diese Sichtweise sollte sich auch in der Schweiz durchsetzen und lässt sich auf die Behandlung von Geschäftsgeheimnissen in den Kartellverwaltungsverfahren der Weko übertragen: Geschäftsgeheimnisse, denen Informationen über Umsatz, Absatz, Marktanteile der Betroffenen oder ähnliche Angaben zugrunde liegen und die älter als fünf Jahre sind, werden regelmässig keinen oder höchstens einen marginalen Einfluss auf das Geschäftsergebnis ausüben. Diese Fünfjahresregel gilt nicht absolut und ist als Faustregel zu verstehen. Der «Verfallszeitpunkt» hängt von den spezifischen Marktgegebenheiten ab. Informationen über den Umsatz auf Märkten mit niedrigen Zugangsschwellen oder kurzlebigen Produkten verlieren schneller an Wert als Informationen über den Umsatz auf Märkten mit langlebigen Produkten oder hohen Zugangsschwellen. In jedem Fall ist eine Einzelbetrachtung vorzunehmen. Die Verfahrensbeteiligten haben darzulegen, dass der Schutz einer Information trotz Zeitablaufs ausnahmsweise nicht entfällt oder entfallen ist. Auch müssen sie nachweisen, dass die Information trotz ihres Alters nach wie vor ein wesentlicher Bestandteil ihrer wirtschaftlichen Stellung ist. Dabei ist ein möglicher, nicht ausschliesslich hypothetischer Einfluss auf das Geschäftsergebnis nachzuweisen.

Jedoch muss betont werden, dass es sich bei der Fünfjahresregel um eine willkürlich gezogene Zeitgrenze handelt. Diese Grenze könnte ebenso, wie es das britische CAT fordert, bei drei oder sogar nur zwei Jahren liegen.⁹³⁹ Die hier vorgeschlagenen fünf Jahre dienen als grober Richtwert im Rahmen der Frage, ob eine Information (noch) ein Geschäftsgeheimnis darstellt bzw. (noch) vertraulich ist. Sodann gibt dies den Verfahrensbeteiligten eine Orientierungshilfe, in welchem Zeitraum gewisse Informa-

937 Gemäss STÄUBER, Schutz, S. 184, sind Informationen, die bereits mehrere Jahre alt sind und keine Rückschlüsse auf den aktuellen innerbetrieblichen Ablauf eines Unternehmens zulassen, in Zivilprozessen möglicherweise nicht mehr schutzwürdig.

938 Siehe *oben* § 8. 1. II. a. (1). (ii).

939 *Aberdeen Journals vs. Director General of Fair Trading* [2003] CAT 3, N 24; *Aberdeen Journals Limited v Director General of Fair Trading* [2003] CAT 14; siehe dazu BREALEY/GEORGE, *Competition Litigation*, N 9.49; SANNER, *Informationsgewinnung*, S. 556.

tionen geschützt sind. Die Grenze bedeutet auch, dass ein Grossteil der Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren bis zum Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses oder der Rechtskraft der Verfügung bereits nicht mehr vertraulich ist. Der Zeitraum, in dem ein Wettbewerbsverstoss praktiziert, aufgedeckt und rechtskräftig sanktioniert wird, umfasst i. d. R. mehrere Jahre – viele der Informationen verlieren somit bereits während des Verfahrens aufgrund ihrer zeitlich bedingten Entwertung ihren Vertraulichkeitscharakter.⁹⁴⁰

2. Akteneinsichtsrecht der beteiligungsberechtigten Dritten mit Parteistellung nach Art. 6 i. V. m. Art. 48 VwVG

I. Akteneinsicht im Allgemeinen

Dritte mit Parteistellung verfügen in Verwaltungsverfahren über einen Anspruch auf Akteneinsicht nach Art. 26 ff. VwVG. Ihr Anspruch kann allerdings ebenfalls aufgrund überwiegender privater oder öffentlicher Interessen eingeschränkt oder verweigert werden. Die Ausführungen zur Akteneinsicht der Hauptbeteiligten im vorangegangenen Kapitel gelten sinngemäss auch für die Akteneinsicht der Dritten mit Parteistellung.⁹⁴¹ Ebenso wie bei den Hauptbeteiligten lässt die Behörde den Dritten mit Parteistellung das vollständige Inhaltsverzeichnis der Verfahrensakte zukommen, das die Verfahrensdokumente als vertraulich oder als nicht vertraulich kennzeichnet.⁹⁴² Nur eine wirksame Ausübung des Akteneinsichtsrechts ermöglicht eine sachgerechte Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats.⁹⁴³

Im Gegensatz zu den Hauptparteien werden die Rechte und Pflichten der Dritten mit Parteistellung nicht durch die Verfügung geregelt. Die Dritten mit Parteistellung dürfen am Verfahren teilnehmen, weil nicht auszuschliessen ist, dass die Feststellung oder Nichtfeststellung der Wettbewerbswidrigkeit einer Verhaltensweise zu einem spürbaren wirtschaftlichen Nachteil führt. Um einen derartigen wirtschaftlichen Nachteil zu

940 Siehe zum europäischen und deutschen Recht SANNER, Informationsgewinnung, S. 556.

941 Siehe dazu *oben* § 14. 1.

942 RENFER, Fragestellungen, S. 703.

943 Der Verfügungsantrag wird i. d. R. auch den beteiligungsberechtigten Dritten mit Parteistellung zugestellt; zur entsprechenden Praxis der Weko siehe BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 354 Fn. 84.

vermeiden – sollte er denn ungerechtfertigt sein –, sind sie anzuhören, was mit der Akteneinsicht einhergeht. Hierbei gilt: Ein Dritter mit Parteistellung beteiligt sich i. d. R. nicht aktiv am verfahrensgegenständlichen Verhalten. Somit gibt es grundsätzlich keine ihn belastenden bzw. entlastenden Verfahrensdokumente. Hingegen können aus seiner Sicht Verfahrensdokumente nachteilig sein, die etwa den Hauptbeteiligten entlasten. Beabsichtigen die Wettbewerbsbehörden, sich auf derartige «entlastende» Dokumente zu stützen, ist dem Dritten grundsätzlich Einsicht in die Akten zu gewähren oder zumindest über deren wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis zu verschaffen, damit er sich wirksam äussern kann.⁹⁴⁴ Dies gilt besonders, wenn die Unwirksamkeit vertraglicher Rechtspositionen des beteiligten Dritten festgestellt wird, die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen an den Dritten untersagt wird oder ihm Schadenersatzansprüche faktisch entzogen werden. Ist jedoch offensichtlich, dass die Behörde das Verfahren auf eine für den Dritten günstige Weise abzuschliessen beabsichtigt, drängt sich die Notwendigkeit einer Anhörung weniger stark auf, als wenn das Verfahren zu seinen Ungunsten zu enden droht.

Vorliegend wird vertreten, dass sich das Einsichtsrecht aus dem Anspruch auf Anhörung und somit aus dem VwVG selbst und nicht unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt. Im gegenteiligen Fall würde die Behörde über keinen derart grossen Ermessensspielraum in Bezug auf den Umfang des Einsichtsanspruchs des Dritten mit Parteistellung verfügen.⁹⁴⁵ Die Akteneinsicht der Hauptpartei und die des Dritten mit Parteistellung sind ähnlich, werden vorliegend allerdings dogmatisch unterschieden. Der Anspruch auf Akteneinsicht des Hauptbeteiligten einerseits und die Einsichtsmöglichkeiten des Dritten mit Parteistellung andererseits können folglich nicht schematisch behandelt werden – der Zweck erfordert eine unterschiedliche Behandlung der beiden Ansprüche auf Akteneinsicht.⁹⁴⁶

II. Akteneinsicht im Selbstanzeigeverfahren

Das Kriterium, dass sich ein Verhalten in besonders schwerwiegendem, insbesondere existenzbedrohendem Ausmass auf einen Abnehmer aus-

944 BORENS, Rechtsstellung, S. 228.

945 Siehe *oben* § 14. 1. II.

946 Vgl. auch ZIMMERLI, Dogmatik, S. 735.

wirkt, ist nur selten erfüllt. Dementsprechend selten ist eine Verfahrensbeteiligung Dritter mit Parteistellung in Selbstanzeigeverfahren, denen häufig eine Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 3 KG zugrunde liegt.⁹⁴⁷ Kommt es dennoch zu einer Beteiligung Dritter mit Parteistellung, ist umstritten, wie weit sich das Akteneinsichtsrecht erstrecken soll. Es wird vertreten, dass die Akteneinsicht Dritter mit Parteistellung in die vom Selbstanzeiger übermittelten Informationen immer zu verweigern sei.⁹⁴⁸ Die Bonusregelung sei für die Durchsetzung des Verbots horizontaler Abreden unentbehrlich und somit essenziell für die öffentliche Durchsetzung des Kartellrechts. Würde Akteneinsicht in derartige Dokumente gewährt und könnten die Informationen in *Follow-on*-Prozessen verwertet werden, würde die Bonusregelung ihre Wirkung verlieren. Somit sei offenkundig, dass das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit der Bonusregelung das Interesse Dritter überwiege, Einsicht in die Selbstanzeigeeinformationen zu erhalten.⁹⁴⁹ Auch sollten die Wettbewerbsbehörden Kartellopfen keine Streithilfe leisten.⁹⁵⁰

An dieser etwas pauschalen Sichtweise werden hingegen auch Zweifel angebracht. Namentlich wird infrage gestellt, ob sämtlichen Dritten mit Parteistellung das Recht auf Akteneinsicht in die Dokumente und Informationen aus Selbstanzeigeverfahren, gestützt auf Art. 27 Abs. 1 Bst. a oder Bst. b VwVG, abgesprochen werden könne.⁹⁵¹ Das Ziel des Kartellverfahrensverfahrens bestehe nicht darin, den Selbstanzeiger zusätzlich zum Sanktionserlass oder zur Sanktionsreduktion vor Zivilklagen zu schützen.⁹⁵² Das Kartellzivilverfahren sei explizit in Art. 12 ff. KG vorgesehen und besitze somit eine «Daseinsberechtigung».⁹⁵³ Auch hätten die Wettbewerbsbehörden ein Interesse daran, dass die vom Selbstanzeiger gelieferten Informationen von den betroffenen Unternehmen geprüft werden, wodurch ungerechtfertigt erstatteten Selbstanzeigen vorgebeugt werde.⁹⁵⁴

947 Zur Beteiligung Dritter als Verfahrenspartei siehe *oben* § 13. 1. II. b. (3).

948 ZIMMERLI, Dogmatik, S. 742 f.; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 299 f.

949 ZIMMERLI, Dogmatik, S. 743; übereinstimmend auch JACOBS, Durchsetzung, S. 218.

950 Vgl. DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 299. DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 300, hält zudem richtigerweise fest, dass hinter der Interessenabwägung, ob Dritten mit Parteistellung vollständige oder eingeschränkte Akteneinsicht gewährt werden soll, immer eine wettbewerbspolitisch geprägte Haltung steht.

951 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 163 f.

952 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 164.

953 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 164.

954 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 165.

Der vorliegend vertretene Ansatz ist von folgendem Gedanken geleitet: Gelingt der Nachweis, dass sich eine Verhaltensweise existenzbedrohend auf einen Marktteilnehmer auswirkt und nimmt ein Kartellopfer als Verfahrenspartei teil,⁹⁵⁵ besteht neben dem Interesse der Untersagung und Sanktionierung der Verhaltensweise grundsätzlich auch ein Interesse daran, die verursachten oder drohenden Schäden zu beheben bzw. zu vermeiden. Ist die Informationsbeschaffung aufgrund einer verweigerten oder zu strengen Akteneinsicht ausgeschlossen und scheitert die zivilrechtliche Durchsetzung des Schadens, besteht die Gefahr, dass der Dritte, trotz Parteistellung, die bereits eingetretene Beeinträchtigung nicht übersteht und die Kartellrendite beim Kartelltäter verbleibt. Im Einzelfall ist zu entscheiden, ob das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung überwiegt. Aufgrund der Bedeutung der Selbstanzeige für die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung ist die Einsicht in dieses Dokument regelmässig zu verweigern. Anders ist die Ausgangslage hingegen, wenn die zivilrechtliche Durchsetzung mit den entsprechenden Informationen aus der Selbstanzeige steht und fällt.⁹⁵⁶ Stellungnahmen und andere Dokumente, die hinsichtlich oder während des Verwaltungsverfahrens von den Hauptbeteiligten bzw. dem Selbstanzeiger erstellt wurden, sollten immer der Akteneinsicht unterliegen. Das Gleiche gilt für die Beilagen der Selbstanzeige, die vorbestehenden Beweismittel, die auch von der Akteneinsicht erfasst sein sollten. Bei den letztgenannten Kategorien kann die Akteneinsicht hingegen aus Gründen eines überwiegenden öffentlichen und privaten Interesses eingeschränkt werden.⁹⁵⁷

3. Akteneinsicht der beteiligungsberechtigten Dritten ohne Parteistellung nach Art. 43 KG

Mehrheitlich wird davon ausgegangen, dass den beteiligungsberechtigten Dritten ohne Parteistellung über das Anhörungsrecht nach Art. 43 KG hinaus keine weiteren Verfahrensrechte zustehen.⁹⁵⁸ Insbesondere steht ihnen mangels Parteistellung kein umfassender Anspruch auf Aktenein-

955 Siehe hierzu *oben* § 13. 1. II. b. (3).

956 Siehe zu dieser Art von Konstellation die Ausführungen in *oben* § 8. 4.

957 Diese Kategorisierung orientiert sich an der europäischen Ausgangslage, siehe hierzu *oben* § 8. 3.

958 BILGER, *Verwaltungsverfahren*, S. 231; CR *Concurrence-MERKT*, Art. 43 N 18; RENFER, *Fragestellungen*, S. 699; a. M. RICHLI, in: von Büren/David (Hrsg.), *SIWR V/2*, S. 436; SCHMIDHAUSER, *Homburger (KG)*, Art. 30 N 14f.; siehe dann

sicht zu.⁹⁵⁹ Allerdings muss ihnen Einsicht zumindest in einen Teil der Verfahrensdokumente gewährt werden, damit sie das Anhörungsrecht überhaupt wirksam ausüben können. Eine (beschränkte) Einsicht ist für eine wirksame Ausübung des Anhörungsrechts unentbehrlich. Allerdings haben die Wettbewerbsbehörden im Einzelfall zu entscheiden, wie die Einsicht gewährt wird. Hierbei gilt, dass der Schutz vertraulicher Informationen grundsätzlich höher zu gewichten ist als das Interesse an einer wirksamen Ausübung des Anhörungsrechts. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Informationen für ein allfälliges zivilrechtliches Vorgehen entscheidend sein können, weshalb entsprechende Gesuche nicht leichtfertig abzulehnen sind.

aber auch SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 123, der dem Anzeiger wohl ein Akteneinsichtsrecht zuzugestehen scheint.

959 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 162.

§ 15. Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren

Im Gegensatz zum europäischen Kartellverfahrensrecht und zu den an die KSRL angepassten mitgliedstaatlichen Kartellrechtsordnungen kennt das schweizerische KG keine explizite Vorschrift, die

- im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangte Kenntnisse einer Geheimhaltungsverpflichtung unterstellt oder
- die Verwertung dieser Informationen ausserhalb des Verwaltungsverfahrens beschränkt.

Das Fehlen einer solchen Regelung ist kritisch zu bewerten. Erstarkt die kartellzivilrechtliche Durchsetzung, sind allfällige negative Auswirkungen auf die verwaltungsrechtliche Durchsetzung auf ein verträgliches Niveau zu reduzieren. Ein möglicher Ansatzpunkt, der den Gegenstand der folgenden Ausführungen bildet, ist die Beschränkung der Verwertung der mittels Akteneinsicht erlangten Informationen.

1. Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren

I. Zur freien Verwertbarkeit von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren

Mehrheitlich wird befürwortet, dass im Rahmen der Akteneinsicht erlangte Kenntnisse grundsätzlich auch ausserhalb des Kartellverwaltungsverfahrens⁹⁶⁰ und insbesondere in anschliessenden Kartellzivilverfahren verwer-

960 In Bezug auf die Verwertung von Kenntnissen aus einem Verwaltungsverfahren: Nach HÄUSERMANN, Vertraulichkeit, S. 15, 65 f., sind die Inhaber von Informationsansprüchen, die die gewünschten Informationen erhalten, grundsätzlich nicht verpflichtet, die Informationen geheim zu halten. Die Ausführungen von HÄUSERMANN beziehen sich u. a. auf Informationen, die im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangt wurden. In Bezug auf die Verwertung von Kenntnissen aus einem Strafprozess: Nach DROESE, Akteneinsicht, S. 218, ist die Nutzung der Akteneinsicht zu zivilprozessualen Zwecken oder die Verwertung strafprozessual erhobener Beweise im Zivilprozess grundsätzlich möglich, auch wenn es mögliche Missbräuche zu verhindern gilt; ausführlich und die Weiterverwertung von Kenntnissen aus Strafprozessen in Kartellzivilprozessen bejahend auch BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.7.2. In Bezug auf die Verwertung von Kenntnissen aus einem Zivilprozess: Nach STÄUBER, Schutz, S. 201, trifft die Parteien eines Zivilprozesses i. d. R. keine besondere Pflicht, Informationen aus dem Prozess geheim zu halten. Zudem sind sie in der Verwertung dieser Kenntnisse grundsätzlich frei. Auch ergebe sich aus dem

tet werden dürfen.⁹⁶¹ Somit sind sämtliche Erkenntnisse aus dem Kartellverwaltungsverfahren, mit Ausnahme der Kronzeugeninformationen⁹⁶², grundsätzlich der freien Beweiswürdigung der Zivilgerichte zugänglich und vom Vorgang der Sachverhaltsfeststellung erfasst.⁹⁶³ Unerheblich ist, ob die entsprechenden Dokumente zur Geltendmachung oder zur Abwehr eines kartellrechtlichen Anspruchs verwertet werden. Dies gilt für sämtliche Verfahrensbeteiligten, die aufgrund ihrer Verfahrensbeteiligung Einsicht in Verfahrensdokumente erhalten, wie die Hauptbeteiligten⁹⁶⁴, die beteiligungsberechtigten Dritten mit Parteistellung⁹⁶⁵ und die ohne Parteistellung⁹⁶⁶.

Hingegen findet sich eine Ausnahme von der freien Verwertbarkeit im Kooperationsabkommen zwischen der Weko und der Kommission. Nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b des Kooperationsabkommens sind die zwischen zwei Behörden ausgetauschten Informationen den Verfahrensparteien offenzulegen, wenn diese Informationen gegen sie verwertet werden könnten. Würden die Informationen nicht offengelegt, wäre eine Verwertung nach Art. 28 Abs. 1 VwVG wohl auszuschliessen. Allerdings wahrt die Behörde, die die entsprechenden Informationen erhält, die Vertraulichkeit dieser Informationen, insbesondere der Geschäftsgeheimnisse.⁹⁶⁷ Damit muss einhergehen, dass das Akteneinsicht nehmende Unternehmen verpflichtet ist, die entsprechenden Informationen ausserhalb des Kartellverwaltungsverfahrens geheim zu halten und nicht zu anderen Zwecken zu verwerten. Diese Verpflichtung kann sich in der Praxis an den noch aufzuzeigenden Verwertungsbeschränkungen orientieren.⁹⁶⁸

Gebot von Treu und Glauben keine prozessüberdauernde Pflicht, die Informationen ausschliesslich innerhalb des jeweiligen Prozesses zu verwerten.

961 BSK KG-JACOBS/GIGER, vor Art. 12 N 28; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 166; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 299 f.; JACOBS, Durchsetzung, S. 218; ZIMMERLI, Dogmatik, S. 732 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 274; DAVID et al., in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR I/2, S. 492; implizit BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.6, 9.7.2; wohl auch CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 25 N 37; wohl auch, aber kritisch, BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356.

962 Siehe hierzu *oben* § 14. 1. III. a.

963 Angelehnt an die Definition des Beweisverwertungsverbots im Strafverfahren nach BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 6.

964 Siehe *oben* § 13. 1. I.

965 Siehe *oben* § 13. 1. II.

966 Siehe *oben* § 13. 2.

967 So Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 des Kooperationsabkommens, siehe auch Botschaft, Zusammenarbeit, S. 3974.

968 Siehe *unten* § 15. 2.

Trotz dieser Einschränkung dominiert das Bild der freien Verwertbarkeit. Allerdings finden sich auch kritische Stimmen, die sich vertieft mit der Frage auseinandersetzen, ob eine Verpflichtung zur Geheimhaltung⁹⁶⁹ des Verfügungsantrags⁹⁷⁰ angeordnet werden darf.⁹⁷¹ Zwar fehle es an einer expliziten Geheimhaltungsbestimmung, jedoch seien die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 KG und Art. 320 StGB zur Wahrung des Amtsgeheimnisses verpflichtet. Das Amtsgeheimnis bestehe, solange die Information nicht nach Massgabe einer expliziten Bekanntgebungsbestimmung veröffentlicht worden sei, wie etwa nach Art. 28 KG, Art. 48 KG oder Art. 49 KG.⁹⁷² Im gegenteiligen Fall unterliege die Information dem Amtsgeheimnis. Die Grundlage der Verpflichtung zur Geheimhaltung des Verfügungsantrags bilde Art. 23 Abs. 1 KG.⁹⁷³ Diese Verpflichtung wahre die ordnungsgemässe Ausübung des rechtlichen Gehörs und das Amtsgeheimnis.⁹⁷⁴ Die Verpflichtung solle ähnlich der Beschränkung der Verwendung der Selbstanzeigeakten ausfallen.⁹⁷⁵ Hierdurch sei sichergestellt, dass die Verfahrensbeteiligten den Verfügungsantrag ausschliesslich im Rahmen der Ausübung des rechtlichen Gehörs im jeweiligen Verfahren verwerten. Eine Weitergabe an Dritte sei unter Androhung einer Strafe nach Art. 50 KG und Art. 54 KG zu untersagen.⁹⁷⁶

Dem gilt anzufügen, dass das KG selbst keine Definition des Amtsgeheimnisses enthält.⁹⁷⁷ Das Amtsgeheimnis wurde in seiner Tragweite durch die Einführung des BGÖ indirekt neu definiert. Dem Amtsgeheimnis unterliegen nur noch Informationen, die

969 Aus Wirksamkeitsgründen müsste die Geheimhaltungsverpflichtung in der Praxis mit einem absoluten Verwertungsverbot verbunden sein.

970 Das Versenden des Antragsentwurfs an die Verfahrensbeteiligten gewährleistet, dass sie sich zu den Vorwürfen äussern können. Eine wirksame Äusserung geht i. d. R. mit einer Aktensichtung durch die Verfahrensbeteiligten einher.

971 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356 f.

972 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356.

973 Die Geheimhaltungsverpflichtung ist eine verfahrensleitende Verfügung, die gemeinsam durch das Sekretariat und ein Präsidiumsmitglied der Weko ausgesprochen wird.

974 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356 f.

975 Siehe *oben* § 14. 1. III. a.

976 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 357.

977 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 16; BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 11; SCHMIDHAUSER, Homburger (KG), Art. 25 N 7; SHK KG-ZENHÄUSER, Art. 25 N 5; DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 552, 584.

- (1) nicht vom Geltungsbereich des BGÖ erfasst sind,
- (2) nicht durch spezialgesetzliche Bestimmungen für geheim erklärt werden oder
- (3) unter eine der im BGÖ vorgesehenen Ausnahmen fallen.⁹⁷⁸

Wie bereits aufgezeigt wurde, sind Geschäftsgeheimnisse ausschliesslich im Hinblick auf die Veröffentlichung der Sanktionsverfügung absolut geschützt. Darüber hinaus kennt das KG keine Bestimmung, die Geschäftsgeheimnisse oder andere Informationen absolut schützt und somit von der Anwendbarkeit des BGÖ ausnehmen würde.⁹⁷⁹ Aus dieser Sicht erscheint Art. 25 Abs. 1 KG nicht zwingend als eine geeignete Grundlage für eine Verpflichtung zur Geheimhaltung von im Rahmen der Akteneinsicht in einem Verwaltungsverfahren erlangten Informationen.

II. Verwertung nach Art. 25 Abs. 2 KG

Die Frage, ob Art. 25 Abs. 2 KG eine ausreichende Grundlage für eine Verwertungsbeschränkung darstellt, ist im Folgenden zu untersuchen. Art. 25 Abs. 2 KG lautet:

«Sie [die Wettbewerbsbehörden] dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten.»

Der Begriff «Kenntnisse» wird in der Literatur oder der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – nicht näher konkretisiert. Vorliegend werden unter den Begriff «Kenntnisse» i. S. v. Art. 25 Abs. 2 KG diejenigen Informationen verstanden, die den Behörden etwa durch Auskünfte oder Untersuchungsmaßnahmen während eines Verfahrens zukommen – die Begriffe «Kenntnisse» und «Informationen» werden im Folgenden synonym verwendet. Unter dem Begriff «verwerten» versteht sich die Verwendung bzw. Nutzbarmachung von Informationen aus einem bestimmten Grund.⁹⁸⁰ Was hingegen unter dem Begriff «mit dem Verfahren verfolgter Zweck» zu verstehen ist, bildet den Gegenstand der folgenden Ausführungen.

978 BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 5.

979 Siehe *oben* § 14. I. III. b. (2).

980 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.1; siehe zum Begriff «Verwertung» in Art. 25 Abs. 2 KG auch BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.

a. Botschaft und Lehre

Die Botschaft KG 1994 ist hinsichtlich des Normverständnisses von Art. 25 Abs. 2 KG und des darin erwähnten Zwecks wenig ergiebig. Der Botschaft lässt sich betreffend die Verwertung von in Verwaltungsverfahren gewonnenen Informationen lediglich entnehmen, dass die Gefahr bestehe, «dass heikle Unternehmensdaten in falsche Hände geraten»⁹⁸¹. Diese wenig technische Aussage wurde von einem Teil der Lehre dahin gehend ausgelegt, dass Informationen aus Verwaltungsverfahren von der Weko nur in demjenigen Verwaltungsverfahren verwertet werden dürften, in dem sie erlangt wurden.⁹⁸² Andere vertreten, dass die Weko die Informationen zwar auch in einem anderen Verwaltungsverfahren verwerten dürfe, jedoch nur wenn die Parteien hierüber informiert werden und sich auch im neuen Verfahren entsprechend äussern können.⁹⁸³ Darüber hinaus scheint Einstimmigkeit darüber zu herrschen, dass die Informationen ausschliesslich von den Wettbewerbsbehörden verwertet werden dürfen und nicht an andere Behörden oder sogar Zivilkläger weiterzugeben sind.⁹⁸⁴ Hervorzuheben ist zudem, dass sich diese Aussagen auf die Verwertung von Informationen durch die Weko und nicht auf die Verwertung von mittels Akteneinsicht erlangten Informationen beziehen.

981 Botschaft KG 1994, S. 601.

982 SHK KG-ZENHÄUSER, Art. 25 N 9; ZURKINDEN/TRÜEB, KG, Art. 25 N 4; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 3.97; siehe auch BORER, Kartellgesetz, Art. 25 N 7; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 45 ff. und da besonders N 49; vgl. auch BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.2, worin festgehalten wird, dass sich der Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 KG nach der Lehre nur auf die zweckgebundene Verwertung der Kenntnisse durch die Vorinstanz selbst und nicht auf die Datenweitergabe an andere Behörden beziehe.

983 CR Concurrence-MARTENET, Art. 25 N 31; BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 37 ff.; ähnlich DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 587.

984 So in Bezug auf die Einsicht durch Geschädigte oder die Übermittlung von Kronzeugeninformationen an Gerichte, SOMMER, Verfahrensfragen, N 40 f.; BÖNI, Wechselwirkung, N 22; vgl. auch SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 123, der eine Einsicht von Geschädigten und einer Übermittlung der Verfahrensdokumente an ein Zivilgericht zulässt. Er betont jedoch, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen gewährleistet sein muss.

b. Verwertungsbeschränkung nach den Verwaltungsgerichten

Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht folgen dem soeben dargestellten Verständnis nicht und gehen von einem weiten Verständnis des in Art. 25 Abs. 2 KG erwähnten «Zwecks» aus.⁹⁸⁵ Das Bundesverwaltungsgericht interpretierte die Verfahrensvorschrift des Art. 25 Abs. 2 KG unter anderem unter Rückgriff auf den Zweckartikel des KG⁹⁸⁶, und zwar mit dem für die vorliegende Arbeit wegweisenden Ergebnis, dass sich der Verfahrenszweck nicht in der für die Beurteilung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen notwendigen Sachverhaltsfeststellung erschöpfe, sondern dem Kartellrecht und dessen Zweck zum Durchbruch ver helfe.⁹⁸⁷ Der in Art. 25 Abs. 2 KG zum Ausdruck gebrachte Zweck erfasst laut Bundesverwaltungsgericht sämtliche Verwertungen, die volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen verhindern.⁹⁸⁸ Nach dem Bundesverwaltungsgericht dürfen die Kenntnisse der Wettbewerbsbehörden aus einem rechtskräftigen Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich auch in anderen Verfahren verwertet werden, die der Erreichung eines kartellrechtlichen Zwecks dienen.⁹⁸⁹ Auch nach dem Bundesgericht ist in jedem Fall die Zweckbindung der Informationen entscheidend.⁹⁹⁰

Diese Ausgangslage ändert sich nach dem Bundesverwaltungsgericht allerdings, sobald es sich um Selbstanzeigeeinformationen handelt.⁹⁹¹ Auch ohne empirischen Nachweis erscheine es nachvollziehbar, dass eine Übermittlung von Selbstanzeigeeinformationen eine faktische Benachteiligung in späteren zivilrechtlichen Verfahren darstellen werde und so dem öf-

985 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.

986 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.3.2; so auch Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Gemeinde Koblenz), S. 433 ff., N 60; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 78; Weko, RPW 2018/4, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Graubünden), S. 723 ff., N 65.

987 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.3.2.

988 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.4.5.

989 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.3.2; BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.4; a. A. BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.7, wonach eine Übermittlung von Informationen nicht vor Rechtskraft des Verwaltungsverfahrens verlangt werden kann.

990 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.

991 Das Bundesgericht musste sich bisher nicht zur Verwertung von Selbstanzeigeeinformationen äussern.

fentlichen Interesse an einer wirksamen Bonusregelung abträglich sei.⁹⁹² Dies rechtfertige eine restriktivere Handhabung der Selbstanzeigeeinformationen, die im Rahmen der Amtshilfe nicht an andere Behörden zu übermitteln seien. Allerdings unterschied das Bundesverwaltungsgericht nicht zwischen Informationen aus der Selbstanzeige und Informationen aus den vorbestehenden Beweismitteln, sondern bezog sich auf sämtliche Selbstanzeigeeinformationen.⁹⁹³

Zu berücksichtigen ist, dass sich die Verwaltungsgerichte mit der Übermittlung von Informationen im Rahmen der Amtshilfe und nicht mit der vorliegend interessierenden Akteneinsicht auseinandersetzen. Dessen ungeachtet sollten ihre Ausführungen zu Art. 25 Abs. 2 KG auch auf die Akteneinsicht im Kartellverwaltungsverfahren übertragen werden. Diese Übertragung stützt sich auf die folgende Überlegung: Das Bundesverwaltungsgericht gelangte zum hier interessierenden Auslegungsergebnis ausschliesslich unter Einbezug des KG und nicht unter Einbezug der einschlägigen Bestimmungen betreffend die Amtshilfe. Es hielt dementsprechend explizit fest: Die systematische Auslegung ergebe, dass die Verwendung und Weitergabe von Akten zu kartellrechtlichen Zwecken möglich seien.⁹⁹⁴ Der Zweck des KG bleibt derselbe, unabhängig davon, ob die Kenntnisse mittels Amtshilfe oder mittels verwaltungsrechtlicher Akteneinsicht an die Kartellopfer gelangen.

2. Beschränkung der Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren

I. Verwertungsbeschränkungen und Geheimhaltungsverpflichtungen

Angesichts der im vorangegangenen Abschnitt dargestellten Rechtsprechung entsteht auf den ersten Blick der Eindruck, dass der freien Verwertbarkeit der Kenntnisse aus Kartellverwaltungsverfahren «Tür und Tor geöffnet» seien. Das Gegenteil trifft indes zu: Das Bundesverwaltungsgericht betont an mehreren Stellen, dass die Wettbewerbsbehörden eine Beschränkung der Verwertung der Informationen anzuordnen hätten, die im Rah-

992 BVerG 24.10.2019, A-5988/2018, E. 7.6.

993 Siehe zu den unterschiedlichen Kategorien *oben* § 8. 3.

994 BVerG 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.4.5.

men der Amtshilfe übermittelt werden.⁹⁹⁵ Hierdurch sei eine sachfremde Verwertung zu verhindern.⁹⁹⁶ Ähnliche Vorkehrungen sind sodann im Rahmen der Akteneinsicht in Kartellverwaltungsverfahren anzuordnen.

Sodann sind Verwertungsbeschränkungen und Geheimhaltungsverpflichtungen in der Praxis nichts Neues.⁹⁹⁷ Zivilgerichte haben bereits unter Androhung einer Strafe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB angeordnet, dass gewisse Informationen ausschliesslich in jenem Verfahren verwertet werden dürfen, aus dem sie stammen (Verwertungsbeschränkung), und nicht weiterverbreitet werden dürfen (Geheimhaltungsverpflichtung).⁹⁹⁸ Auch duldet das Bundesverwaltungsgericht in einem nicht kartellrechtlichen Fall das Vorgehen der Vorinstanz, die einem Verfahrensbeteiligten, einem ETH-Angestellten, eine auf Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG gestützte Verwertungsbeschränkung und Verpflichtung zur Geheimhaltung eines Untersuchungsberichts unter Androhung einer Strafe nach Art. 292 StGB auferlegt hatte.⁹⁹⁹ So entschied jüngst auch das Bundesgericht, wonach an einen Kanton übermittelte Informationen einzig zur Durchsetzung von kartellrechtlichen

995 So auch zuletzt das BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, Urteilsdispositiv.

996 Nach dem BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.5.4, ist eine Weitergabe trotz des grundsätzlichen Verwertungsverbots von Art. 25 Abs. 2 KG zulässig, sofern die Informationen ausschliesslich zweckentsprechend verwertet werden, was mit der Anordnung einer «Auflage» sicherzustellen ist. Der Umstand, dass das BVGer von einer «Auflage» spricht, bedeutet nicht zwingend, dass seine Aussagen ausschliesslich in Bezug auf das DSG von Relevanz sind. Dass dies nicht der Fall ist, ergibt sich etwa aus BVGer 21.04.2008, A-7021/2007, E. 6.7, nach dem die Verwertung von im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht nach Art. 26 ff. VwVG zugänglich gemachten Informationen mit der «Auflage» verbunden wurde, die Informationen ausschliesslich im Rahmen des hängigen Verfahrens zu verwerten; siehe auch WERMELINGER, Amtshilfe, S. 200.

997 Siehe als Beispiele aus der Kartellverwaltungsrechtspraxis BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, Urteilsdispositiv; BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, Sachverhalt Bst. E.

998 ZR 87 (1988) Nr. 60, S. 156, E. 8; ZR 91/92 (1992/1993), Nr. 4, S. 7, E. B; so auch bei DROESE, Akteneinsicht, S. 175; STÄUBER, Schutz, S. 200 Fn. 874.

999 BVGer 21.04.2008, A-7021/2007, E. 6.7; diese Rechtsprechung wird von STÄUBER, Schutz, S. 202 Fn. 882, dahin gehend kritisiert, dass Art. 26 ff. VwVG keine geeignete Rechtsgrundlage darstelle, um eine überprozedural andauernde Geheimhaltungsanordnung zu rechtfertigen; von einer anderen Warte aus kritisch sodann HÄUSERMANN, Vertraulichkeit, S. 67 Fn. 50, der die eigentlichen Rechtsgrundlage für eine derartige Einschränkung nicht bezweifelt, hingegen die Geheimhaltungsverpflichtung wohl als eine zu weitgehende Grundrechtseinschränkung ansieht.

Schadenersatzansprüchen verwertet werden dürfen und zudem nicht an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken weiterzugeben sind.¹⁰⁰⁰

Die Doppelspurigkeit von Verwertungsbeschränkung und Geheimhaltungsverpflichtung ist wie folgt zu erklären: Eine Geheimhaltungsverpflichtung schliesst eine Verwertung von Informationen ausserhalb des Verfahrens nicht aus. Eine Verwertungsbeschränkung verpflichtet den Empfänger der Informationen nicht zur Geheimhaltung.¹⁰⁰¹ Um ein «Nach-aussen-Sickern» der Informationen zu verhindern, bedarf es der Anordnung einer Verwertungsbeschränkung und einer Geheimhaltungsverpflichtung.¹⁰⁰²

II. Verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen

Behördlich angeordnete Verwertungsbeschränkungen sind verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen in Form einer Auflage¹⁰⁰³ und ermöglichen es den Behörden, durch eine Verfügung begründete Rechte und Pflichten an die Besonderheiten des Einzelfalls anzupassen und zu präzisieren.¹⁰⁰⁴ Sie regeln somit die Modalitäten einer Verfügung¹⁰⁰⁵ und erlauben die rechtmässige Ausübung eines eingeräumten Rechts.¹⁰⁰⁶ Ebenso wie für die Hauptverfügung gilt das Gesetzmässigkeitsprinzip für die Nebenbestimmungen. Jedoch werden weniger strenge Anforderungen an die Gesetzmässigkeit der Nebenbestimmungen gestellt. So bedarf es nicht zwingend eines Rechtssatzes, der explizit die Möglichkeit der Anordnung einer Auflage wie etwa einer Verwertungsbeschränkung vorsieht. Die Zulässigkeit einer Nebenbestimmung kann sich aus dem mit dem Gesetz

1000 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, Urteilsdispositiv.

1001 STÄUBER, Schutz, S. 200 f.

1002 Im Folgenden bezieht sich der Begriff «Verwertungsbeschränkung» auf eine durch die Weko angeordnete Verwertungsbeschränkung und Geheimhaltungsverpflichtung. Zu berücksichtigen ist, dass eine Verwertungsbeschränkung in der Praxis mit einer Geheimhaltungsverpflichtung zu verbinden ist.

1003 Vgl. BVer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.5.4; BVer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.3.

1004 BVer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 906; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 N 90; BOSSHART/BERTSCHI, in: Griffel (VRG), § 19 N 30.

1005 MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. 49 N 52; Tschannen/Zimmerli/Müller, Verwaltungsrecht, N 90.

1006 BGE 131 I 166, E. 4.4; BGer 21.08.2012, 8C_65/2012, E. 5.2.

verfolgten Zweck ergeben und aus einem mit der Hauptverfügung zusammenhängenden öffentlichen Interesse hervorgehen.¹⁰⁰⁷ Nebenbestimmungen sind aber nur insofern zulässig, als sie nicht sachfremd oder unverhältnismässig sind.¹⁰⁰⁸

Art. 25 Abs. 2 KG beschränkt die Verwertung der Behördenkenntnisse auf die mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten (kartellrechtlichen) Zwecke. In dieser Bestimmung wird vorliegend die Grundlage für eine den Verfahrensbeteiligten auferlegte Beschränkung der Verwertung von Informationen erblickt, die im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangt wurden. Sollte entgegen der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht Art. 25 Abs. 2 KG nicht als ausreichende gesetzliche Bestimmung angesehen werden, schliesst dies die Rechtmässigkeit einer Verwertungsbeschränkung nicht aus, da Nebenbestimmungen auch ohne gesetzliche Grundlage zulässig sind, sofern sie sich aus dem verfolgten Gesetzeszweck ergeben. Die folgenden Ausführungen gelten sinngemäss sowohl für eine auf Art. 25 Abs. 2 KG gestützte Verwertungsbeschränkung als auch für eine Verwertungsbeschränkung, die nicht auf einer expliziten Gesetzesgrundlage beruht.

Nicht auszuschliessen ist, dass die Weko oder die verwaltungsrechtlichen Instanzgerichte Art. 25 Abs. 2 KG nicht als ausreichende materiellrechtliche Grundlage für eine Beschränkung der Verwertung von Informationen betrachten, die im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangt wurden. In diesem Fall ist *de lege ferenda* eine explizite Norm zu fordern, die die Verwertung von Kenntnissen beschränkt, die im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangt wurden.¹⁰⁰⁹ Diese Norm hätte sich inhaltlich an den im Folgenden vorgeschlagenen Beschränkungen auszurichten.¹⁰¹⁰

Eine gesetzliche Grundlage erscheint ausserdem auch in folgender Hinsicht wünschenswert: Der Zugang zu schützenswerten Informationen ist

1007 BVerfG 06.03.2018, A-6841/2016, E. 9.2; BVerfG 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.3 m. w. N.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 N 94; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 926; SCHNEIDER-SHAH, Nebenbestimmungen, S. 165 f.; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. 49 N 52; vgl. auch BGE 88 I 215.

1008 Vgl. BGE 131 I 166, E. 4.4; BVerfG 06.03.2018, A-6841/2016, E. 9.2; BVerfG 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.3; SCHNEIDER-SHAH, Nebenbestimmungen, S. 125 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 N 96; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. 49 N 52.

1009 Siehe unten § 20. 2.

1010 Siehe unten § 15. 2. III.

eher in Betracht zu ziehen, wenn den Empfänger qua Gesetz eine Geheimhaltungspflicht trifft oder der zur Geheimhaltung Verpflichtete dauerhaft in einer für ihn wichtigen rechtlichen oder wirtschaftlichen Beziehung zum Geheimnisherrn steht. Das Geheimhaltungsinteresse Dritter wird dann insofern berücksichtigt, als die Verwertungsbeschränkungs- bzw. Geheimhaltungspflicht eher durchzusetzen ist.¹⁰¹¹ Wird ein Kartellopfer ad hoc durch die Wettbewerbsbehörden zu einer Verwertungsbeschränkung verpflichtet, steht die Durchsetzbarkeit zur Debatte.¹⁰¹² Unter der Annahme, dass eine behördlich angeordnete Verwertungsbeschränkung möglich ist oder durch eine noch zu erlassende Norm möglich wird, sind also die möglichen Missbrauchsgefahren zu berücksichtigen.¹⁰¹³ Umgeht der Informationsempfänger die Verwertungsbeschränkung, ist es für die an der Verwertungsbeschränkung interessierte Partei und die Behörde häufig schwierig, die Umgehung zu beweisen. Derartige Unwägbarkeiten sind nicht zu ignorieren.¹⁰¹⁴

III. Ausgestaltung der Verwertungsbeschränkung

Die Akteneinsicht in einem Verwaltungsverfahren einerseits und eine Verwertungsbeschränkung andererseits stellen zwei unterschiedliche Anordnungen dar, auch wenn sie in der Praxis gemeinsam auszusprechen sind. Die Einhaltung einer Auflage kann keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Akteneinsicht in einem Kartellverwaltungsverfahren haben, da diese einer möglichen Verwertung zwingend vorgeschaltet ist.¹⁰¹⁵ Wird einer entsprechenden Auflage nicht Folge geleistet, kann das Gemeinwesen – hier die Weko – sie zwangsweise durchsetzen.¹⁰¹⁶ Sie muss daher klar

1011 HÄUSERMANN, Vertraulichkeit, S. 66 Fn. 43.

1012 Siehe HÄUSERMANN, Vertraulichkeit, S. 66.

1013 Für eine ähnliche Ansicht zu einer Verwertungsbeschränkung entsprechender Akten aus dem Strafprozess DROESE, Akteneinsicht, S. 175 f.; für eine ähnliche Ansicht zu einer Verwertungsbeschränkung entsprechender Akten aus dem Zivilprozess STÄUBER, Schutz, S. 203.

1014 DROESE, Akteneinsicht, S. 175 f.; vgl. STÄUBER, Schutz, S. 203.

1015 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 N 94; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 920; vgl. auch ausführlich zur Unterscheidung von Auflage und Bedingung, SCHNEIDER-SHAH, Nebenbestimmungen, S. 37, 100 f.

1016 BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 920; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. 49 N 53.

und deutlich im Verfügungsdispositiv festgehalten werden.¹⁰¹⁷ Als Rechtsgrundlage für eine Verwertungsbeschränkung kommt Art. 23 Abs. 1 KG in Betracht.¹⁰¹⁸ Zuwiderhandlungen gegen die Verwertungsbeschränkung sind nach Art. 50 KG und Art. 54 KG sanktionsbewehrt,¹⁰¹⁹ was entsprechend anzuordnen ist.

Die Verwertungsbeschränkung ist in dreierlei Hinsicht zu präzisieren:¹⁰²⁰

Eine Verwertungsbeschränkung sollte in sachlicher Hinsicht dahin gehend ausfallen, dass eine Verwertung der Informationen ausserhalb des Verfahrens ausschliesslich zur Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche möglich ist. Die am Verfahren beteiligten Unternehmen haben so zumindest die Sicherheit, dass von ihnen stammende Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden. Eine anderweitige Verwertung wäre sachfremd. Der Einwand des Schutzes eines Geschäftsgeheimnisses verfängt ebenfalls nicht, da diesem im Rahmen der Akteneinsicht ein hoher Schutz zukommt.¹⁰²¹

Die Verwertungsbeschränkung ist in persönlicher Hinsicht durch die Wettbewerbsbehörden zu konkretisieren. Die Verwertung der Verfahrensdokumente erfolgt ausschliesslich durch den Verfahrensbeteiligten oder seinen Rechtsnachfolger. Als Rechtsnachfolger ist ferner zu verstehen, wer den kartellzivilrechtlichen Anspruch erworben hat. Dies ist von praktischer Relevanz, wenn kartellrechtliche Ansprüche von Inkassodienstleistern geltend gemacht werden. Im EU-Ausland wie etwa in Deutschland arbeiten Prozessfinanzierer mit Unternehmen, sog. «*special purpose vehicles*» (SPV), zusammen, die die notwendige Infrastruktur für die Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche zur Verfügung stellen. Kartellopfer treten ihre Ansprüche an ein SPV ab – im Fall einer erfolgreichen Durchsetzung des Kartellschadenersatzes erhält der Zessionar einen Teil des schlussendlich erstrittenen Schadenersatzes. Allerdings werden in der Gerichtspraxis hohe Anforderungen an das SPV gestellt, etwa im Hinblick auf die unterschiedlichen Interessen der jeweiligen Zessionare.¹⁰²² Zudem muss das SPV finanziell ausreichend ausgestattet sein, damit die Forde-

1017 MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. 49 N 53.

1018 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356 Fn. 115.

1019 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 357.

1020 Siehe zu der Beschränkung der Verwertung von Kronzeugeninformationen unten § 15. 3.

1021 Siehe oben § 14. 1.

1022 Siehe hierzu LG München I, Urteil vom 07.02.2020, 37 O 18934/17, N 140.

rungsabtretung – zumindest nach deutschem Recht – nicht als sittenwidrig qualifiziert wird.¹⁰²³

Sollte der Schweizer Gesetzgeber in Anlehnung an die KSRL in Erwägung ziehen¹⁰²⁴, Ausnahmen von der gesamtschuldnerischen Haftung der Kartelltäter einzuführen, etwa für Selbstanzeiger oder KMU, ist ferner die Möglichkeit auszuschliessen, dass die Informationen als «*bargaining chip*» verwertet werden. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn sich ein Kartellopfer und ein Kartelltäter aussergerichtlich einigen wollen und der Kartelltäter dem Kartellopfer die Verfahrensdokumente zukommen lässt, um für sich eine möglichst vorteilhafte aussergerichtliche Einigung auszuhandeln. Dies könnte für den Kartelltäter zudem den Vorteil haben, dass das Risiko einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme der übrigen am Verstoss beteiligten Unternehmen steigt, was sich zu seinen Gunsten auswirken kann.¹⁰²⁵

Die Verwertung der Informationen ist ausserhalb des Verfahrens, in dem sie erhoben wurden, bis zur verfahrensabschliessenden Verfügung der Weko einzuschränken. Das erstinstanzliche Verfahren gilt erst als abgeschlossen, wenn es gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten mit Parteilichkeit abgeschlossen ist, einschliesslich «hybrid» gewordener Verfahren. Diese Einschränkung ist vor dem folgenden Hintergrund gerechtfertigt: Viele der Dokumente werden ausschliesslich im Hinblick auf ein Kartellverwaltungsverfahren erstellt. Ohne ein solches Verfahren würden die Informationen nicht existieren, würde kein Verwaltungsverfahren eröffnet und wäre die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche kaum möglich. Dies stellt sicher, dass nicht bereits während des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens vorläufige Erkenntnisse in Zivilprozesse eingeführt werden, ohne dass die Beteiligung an einem Wettbewerbsverstoss im Verfahren vor der Weko festgestellt worden ist. Zudem muss ein Unternehmen so nicht bereits während eines laufenden Verwaltungsverfahrens damit rechnen, dass die gelieferten Informationen gegen sich selbst verwertet werden – dies könnte den Kooperationswillen wesentlich schwächen. Die

1023 So in OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.02.2015, VI-U (Kart) 3/14, N 55 f.; siehe hierzu auch WEITBRECHT, Kartellschadensersatz 2017, S. 112.

1024 Art. 11 Abs. 4–6 KSRL, siehe ausführlich zur Umsetzung dieser Bestimmungen der KSRL in das deutsche Recht MACKENRODT, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle, 2017, S. 173 ff.

1025 Nach wie vor fehlt es – soweit ersichtlich – an ausländischer Rechtsprechung, die sich mit diesen Konstellationen auseinandersetzt. Allerdings haben im Rahmen dieser Arbeit durchgeführte Experteninterviews gezeigt, dass diese Option häufig in Betracht gezogen wird.

zeitliche Verwertungsbeschränkung verhindert zudem, dass die von der Weko gewählte Verfahrensstrategie bekannt wird.

Die zeitliche Verwertungsbeschränkung ist im Hinblick auf die relative Verjährungsfrist der deliktischen Ansprüche mit gebotener Zurückhaltung zu betrachten. Solange die Verjährungsfrist nicht während eines Verwaltungsverfahrens unterbrochen wird oder stillsteht, kommt es – nach wie vor¹⁰²⁶ – auf die Frage an, von welchem Zeitpunkt an die relative Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Nach Massgabe des Bundesgerichts beginnt die relative Verjährungsfrist zu laufen, sobald der potenziell Geschädigte nach Treu und Glauben sagen kann, dass es nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit zur weiteren Abklärung gibt und auch genügend Unterlagen zur Klageeinreichung vorliegen, sodass ihm die Einreichung der Klage zuzumuten ist.¹⁰²⁷ Eine auf Art. 25 Abs. 2 KG gestützte zeitliche Verwendungsbeschränkung, etwa bis zur verfahrensabschliessenden Verfügung der Weko, ist in der derzeitigen Ausgangslage wohl nur vertretbar, wenn die Beurteilung der relativen Verjährungsfrist so ausfällt, dass der kartellzivilrechtliche Anspruch des Kartellopfers nicht bereits vor Ablauf der zeitlichen Verwendungsbeschränkung verjährt ist.¹⁰²⁸

3. Insbesondere: Beschränkung der Verwertung von Selbstanzeigeeinformationen

I. Verwendung der Selbstanzeige

Der bereits dargestellte Schutz der Selbstanzeige im Rahmen der Akteneinsicht unterstreicht die wesentliche Bedeutung der Bonusregelung für die Wettbewerbsbehörden. Die Einschränkungen der Akteneinsicht in die

1026 Die im September 2014 gescheiterte Kartellgesetzrevision sah vor, dass die Verjährungsfrist für kartellzivilrechtliche Ansprüche in Zukunft «ab der Eröffnung einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörde bis zum rechtskräftigen Entscheid stillstehen» würden, KG Botschaft 2012, S. 6929.

1027 BGer 29.01.2010, 5A_563/2009, E. 4.1; vgl. auch zur Verjährungsproblematik im schweizerischen Kartellzivilrecht, PICH/FREUND, Kartelldurchsetzung, N 32 ff. m. w. N.

1028 Im Unterschied zur schweizerischen Ausgangslage, siehe das Urteil in der Rechtssache EuGH 28.03.2019, Rs. C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:263. Der EuGH stellte hierin fest, dass die Verjährungsfrist zwar dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Recht unterliege, diese aber dem Grundsatz der Effektivität entsprechen müsse.

Selbstanzeige führen zu einem faktischen Beweisverwertungsverbot, da die Hauptbeteiligten oder Dritte mit Parteistellung i. d. R. keiner Kopie der Selbstanzeige habhaft werden und diese dementsprechend nicht als Beweismittel in einem Zivilprozess offerieren können.¹⁰²⁹

Nicht entnehmen lässt sich dem Merkblatt/Bonusregelung, ob die Notizen oder diktierten Passagen in der Folge in einen *Follow-on*-Prozess eingebracht werden können. Von zivilprozessualer Warte aus betrachtet, ist zu fragen, wie diese Notizen zu bewerten sind. Vorliegend wird vorgeschlagen, eine Abschrift der Selbstanzeige, die möglicherweise nur in elliptischen Sätzen den Inhalt der Anzeige wiederzugeben vermag, nicht als Beweismittel zu qualifizieren, sondern als substantiierte Parteibeauptung und somit als Tatsachenbehauptung. Dieser Tatsachenbehauptung zufolge liegt den Wettbewerbsbehörden eine Selbstanzeige vor und weist den Inhalt gemäss den Notizen auf. Unbeachtlich ist, ob die Notizen im Tatsachenvortrag in der Rechtschrift oder in einer zur Rechtschrift eingereichten Abschrift wiedergegeben werden. Der Inhalt der Selbstanzeige lässt sich durch eine notizenhafte Abschrift nicht erstellen bzw. beweisen, sondern bleibt eine Behauptung. Als Beweismittel für den Inhalt müsste vielmehr eine Partei- bzw. Zeugenbefragung dienen, in der der Befragte bestätigt, dass er das Abgeschriebene gesehen habe und die Abschrift dem Gesehenen entspreche. Das kann auch als «schriftliche Zeugenaussage» erfolgen, die dann unter Umständen als Urkunde und damit als Beweismittel behandelt wird. Sollten an einem Zivilverfahren mehrere potenziell Geschädigte als Partei beteiligt sein, die im vorangegangenen Kartellverfahren Notizen der Selbstanzeige angefertigt haben, und sich diese Notizen dem Inhalt nach ähneln, vermag dies den Tatsachenbehauptungen Nachdruck zu verleihen, was als Indiz für deren inhaltliche Korrektheit spricht.

Trotz fehlenden Beweiswerts werden durch die notizenhafte Abschrift der Selbstanzeige der Substanziierungsgrad der Behauptung und somit auch der erforderliche Substanziierungsgrad einer Bestreitung erhöht: Je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts dargelegt werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Sollte ernsthaft versucht werden, auch dieser Form der Verwendung der Selbstanzeige beizukommen, sollte die im Merkblatt enthaltene Verwertungsbeschränkung entsprechend angepasst bzw. durch eine Geheimhaltungsverpflichtung ergänzt werden.

1029 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51, erstes Lemma.

Auch der praktische Mehrwert eines Verbots der Verwendung der Selbstanzeige ist nach der aktuellen Ausgestaltung der Akteneinsicht hypothetischer Natur – die Verfahrensbeteiligten erhalten i. d. R. keine Kopie der Selbstanzeige und können diese folglich nicht als Beweismittel in einem Kartellzivilprozess offerieren. Die Gefahr einer Verwendung einer Kopie der Selbstanzeige scheint damit vorerst nicht virulent zu werden. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass – sei es durch ein Versehen oder sogar eine Praxisänderung – andere Verfahrensbeteiligte einer Kopie der Selbstanzeige oder eines Auszugs daraus habhaft werden. Für diesen Fall hat die Weko vorzusehen, dass derartige Dokumente ausserhalb des Verwaltungsverfahrens allgemein einer Geheimhaltungsverpflichtung und einem Verwendungsverbot unterliegen.

Nicht auszuschliessen ist, dass in ein Kartellzivilverfahren vor Schweizer Gerichten Kronzeugenerklärungen aus Verfahren der Kommission oder einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde als Beweismittel eingebracht werden. Die in sämtlichen Mitgliedstaaten implementierte KSRL ist für die Schweiz nicht bindend, und somit ergeben sich in diesem Zusammenhang keine Einschränkungen der Verwendung von Kronzeugenerklärungen aus dem Unionsrechtsraum in schweizerischen Kartellzivilprozessen. Ähnliches muss in der umgekehrten Ausgangslage gelten.¹⁰³⁰ Das durch die KSRL eingeführte Verbot der Beweisverwertung von Kronzeugenerklärungen bezieht sich ausschliesslich auf die bei einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde oder der Kommission eingereichten Kronzeugenerklärungen.¹⁰³¹ Die Verwendung von Kronzeugenerklärungen aus Drittstaaten, wie etwa einer Selbstanzeige aus der Schweiz, vor den mitgliedstaatlichen Zivilgerichten wird durch die KSRL nicht berührt und ist somit grundsätzlich nicht ausgeschlossen.

Einschränkend gilt anzufügen, dass in Kartellzivilverfahren innerhalb der EU die Verwendung von Kronzeugenerklärungen nur dann ausgeschlossen ist, wenn diese durch die Ausübung der Akteneinsicht während eines Verwaltungsverfahrens erlangt wurden.¹⁰³² Nicht erfasst ist die Verwendung dieser Dokumente, wenn sie auf eine andere Art wie etwa den Zugang nach der TransparenzVO beschafft wurden.¹⁰³³ Eine Verwendung

1030 Vgl. Immenga/Mestmäcker/BACH, Band 2, GWB § 33g N 111.

1031 Der Begriff «Wettbewerbsbehörde» wird in Art. 2 Abs. 8 KSRL dahin gehend definiert, dass darunter mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden oder die Kommission fallen, vgl. Art. 2 Abs. 7 KSRL; siehe auch betreffend die durch die KSRL vorgenommene Kategorisierung *oben* § 8. 3.

1032 Vgl. Art. 6 Abs. 2 KSRL.

1033 Siehe *oben* § 10.

derart erlangter Kronzeugenerklärungen sollte somit auch in der Schweiz grundsätzlich bedenkenlos möglich sein.

Die Kommission wehrte sich in jüngster Vergangenheit aktiv und teilweise erfolgreich gegen eine Berücksichtigung von Kronzeugenerklärungen als Beweismittel in Kartellzivilprozessen ausserhalb der EU. Besonders aktiv ging sie gegen eine mögliche Verwendung von Kronzeugenerklärungen in amerikanischen Zivilprozessen vor. Konkret bat die Kommission die jeweiligen Zivilgerichte – teilweise erfolgreich –, von einer Offenlegung von Kronzeugenerklärungen in einer «*pre-trial discovery*» abzusehen oder die Kronzeugenerklärungen im Verfahren nicht zu berücksichtigen.¹⁰³⁴ Ein ähnliches Vorgehen der Kommission vor Schweizer Zivilgerichten ist nicht auszuschliessen, wenn in einen Zivilprozess durch die Ausübung der Akteneinsicht gewonnene Kronzeugenerklärungen als Beweismittel eingebracht werden sollen.

In einer entsprechenden Ausgangslage läge in der Schweiz ein Kartellzivilprozess mit internationalem Sachverhalt vor. Findet dann das europäische Wettbewerbsrecht oder das Wettbewerbsrecht eines der Mitgliedstaaten der Union Anwendung, müsste geprüft werden, ob die jeweiligen Beweisverbote der *Lex fori* oder der *Lex causae* der entsprechenden Jurisdiktion entsprechen. Bei der zweiten Variante könnte sich das Verwertungsverbot über die EU-Grenzen hinaus auswirken. Im gegenteiligen Fall ist allerdings fraglich, ob ein Schweizer Ober- oder Handelsgericht seine freie Beweiswürdigung zugunsten einer ausländischen Verwaltungsbehörde im Sinne der «*negative comity*»¹⁰³⁵ einschränkt. Falls es dies tut, könnte darin ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV bestehen.

1034 United States District Court of the District of Columbia, In Re: Vitamins Antitrust Litigation – Misc. No. 99–197; United States District Court of Northern District of California, In Re: Methionine Antitrust Litigation Case No. C-99-3941; United States District Court of Northern District of California, In Re: Rubber Chemicals Antitrust Litigation Case No. C04-1648 MJJ (BZ); vgl. auch zu diesem Themenkomplex KALLIRIS/PIKE, Intervener, S. 144; ASHTON, Competition, N 4.189; sowie die monografischen Abhandlungen von DENOTH, Kronzeugenregelungen, *passim*; SALEMME, Enforcing, *passim*.

1035 Vgl. zur «*comity*» im kartellrechtlichen Verfahren DIKE KG-FREUND, vor Art. 58–59 N 49 m. w. N.

II. Im Hinblick auf die Bonusregelung erstellte Dokumente

Verwaltungsverfahren bedingen, dass gewisse Dokumente durch die Verfahrensbeteiligten im Hinblick auf das Verfahren erstellt und an die Behörden übermittelt bzw. durch die Wettbewerbsbehörden eigens für das Verfahren erstellt und an die Verfahrensbeteiligten übermittelt werden.¹⁰³⁶ Dies sind etwa der Verfügungsantrag des Sekretariats an die Weko nach Art. 30 Abs. 1 KG und die hierzu von den Verfahrensbeteiligten abgegebenen Stellungnahmen nach Art. 30 Abs. 2 KG.¹⁰³⁷ Hierzu zählen ebenfalls die Antworten auf Auskunftersuchen der Wettbewerbsbehörden nach Art. 40 KG.¹⁰³⁸ Das Merkblatt/Bonusregelung äussert sich nicht zu einer möglichen Verwendung dieser Dokumente in einem allfälligen Kartellzivilverfahren. Auch kennt das schweizerische Kartellverfahrensrecht keine Bestimmung, die die Wettbewerbsbehörden explizit ermächtigt, die Verwendung dieser Dokumente in *Follow-on*-Prozessen oder die Weitergabe der Dokumente an Dritte zu untersagen.¹⁰³⁹ Vorliegend wird vertreten, dass die Verwertung dieser Informationen denselben Verwertungsbeschränkungen unterliegen sollte wie die Verfahrensdokumente aus Kartellverwaltungsverfahren ohne Selbstanzeige.¹⁰⁴⁰

III. Verwendung der Beilagen zur Selbstanzeige

Die Weko hält in Randnr. 51, zweites Lemma, des Merkblatts/Bonusregelung fest, dass die im Rahmen der Akteneinsicht «zur Verfügung gestellten Kopien [der vorbestehenden Beweismittel] nur zum Zwecke der Verteidigung im Kartellverwaltungsverfahren vor den schweizerischen Wettbewerbsbehörden verwendet werden dürfen (nicht aber in Zivil-, Straf- und ausländischen Verfahren).»

Entgegen der Ansicht der Weko ist infrage zu stellen, ob eine absolute Beschränkung der Verwendung der Beilagen zur Selbstanzeige in Kartell-

1036 Diese Dokumentenkategorie entspricht der durch die KSRL eingeführten «grauen Kategorie», siehe *oben* § 8. 3.

1037 Zur fehlenden Geheimhaltungspflicht des Verfügungsantrags des Sekretariats, vgl. BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356.

1038 Hierzu sind Dokumente, deren Edition nach Art. 40 KG verlangt wurde, grundsätzlich nicht zu zählen. Diese bestehen i. d. R. unabhängig vom Verfahren.

1039 Vgl. BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356 f.

1040 Siehe *oben* § 15. 2.

zivilverfahren angezeigt und auf der Grundlage der aktuellen Gesetzeskonzeption überhaupt möglich ist.¹⁰⁴¹ Zweifelhaft ist, ob das Merkblatt eine genügende Rechtsgrundlage für die Einführung eines Beweisverwertungsverbots darstellt. Es erschwert oder verunmöglicht sogar die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche, ohne dass diese Dokumente eines nur annähernd ähnlich grossen Schutzes bedürfen wie die eigentliche Selbstanzeige – ein solcher Schutz der vorbestehenden Beweismittel geht zu weit. Anders als die Selbstanzeige werden diese Dokumente nicht im Hinblick auf einen möglichen Sanktionserlass erstellt. Die Informationen bzw. die entsprechenden Dokumente können von den potenziell Geschädigten oder den Wettbewerbsbehörden auch auf anderem Weg ausfindig gemacht werden. Vorliegend wird vertreten, dass die Verwertung dieser Informationen denselben Verwertungsbeschränkungen unterliegen sollte wie die Verwertung von Kenntnissen aus Kartellverwaltungsverfahren ohne Selbstanzeige.¹⁰⁴²

4. Grundrechtsrelevanz der Verwertungsbeschränkung

Eine Verwertungsbeschränkung tangiert das Recht, in zukünftige Verfahren sämtliche Beweise einzubringen – das Recht auf Beweis wird eingeschränkt. Dieses resultiert aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, das nach Art. 29 Abs. 2 BV allen Parteien eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens zusteht.¹⁰⁴³ Eine überprozessuale Beschränkung der Verwertung von im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich gemachten Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche ist ein Eingriff in dieses (Verfahrens-)Grundrecht.¹⁰⁴⁴ Aufgrund des verfassungsrechtlichen Rangs des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist jede Einschränkung ein Grundrechtseingriff. Hinzu kommt, dass eine Geheimhaltungspflicht der Verfahrensbeteiligten eine Einschränkung der Kommunikationsfrei-

1041 Vgl. BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 349 f.; siehe DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 302 Fn. 1644, die auch auf die Notwendigkeit einer expliziten gesetzlichen Grundlage verweist; BSK KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 49a N 147; vgl. auch ZIMMERLI, Dogmatik, S. 743 f.

1042 Siehe *oben* § 15. 2.

1043 GRONER, Beweisrecht, S. 56; BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 5; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 53 N 1; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 37, 50; vgl. auch MEYER-LADEWIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 6 EMRK N 101.

1044 Vgl. STÄUBER, Schutz, S. 173 und da Fn. 771; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 53 N 11; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, vor Art. 9–13a N 90.

heit nach Art. 16 BV darstellt.¹⁰⁴⁵ Die folgenden Ausführungen setzen sich ausschliesslich mit einer möglichen Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auseinander.

Einschränkungen der Verfahrensgrundrechte sind nur insofern zulässig, als der Eingriff einen rechtmässigen Zweck verfolgt, verhältnismässig ist und den Kerngehalt des Grundrechts nicht tangiert.¹⁰⁴⁶ Art. 36 BV, der primär Eingriffe in materielle und nicht verfahrensrechtliche Grundrechte regelt, findet sinngemäss Anwendung.¹⁰⁴⁷ Eine Grundrechtseinschränkung bedarf nach Art. 36 BV insbesondere einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, die sich auf Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsebene finden kann.

Die verfassungsrechtliche Problematik einer überprozessualen Verwertungsbeschränkung wurde – ohne jedoch explizit vom Recht auf Beweis zu sprechen – bereits in Bezug auf Zivilprozesse aufgegriffen. Eine strafbewehrte, prozessüberdauernde Geheimhaltungspflicht und ein Verbot der Verwendung von im Rahmen der zivilrechtlichen Akteneinsicht erlangten Dokumenten bedürften einer expliziten gesetzlichen Ermächtigung.¹⁰⁴⁸ Nicht ausgeschlossen sei allerdings ein Abstellen auf Art. 156 ZPO, wenn sich die Massnahme im Einzelfall als gerechtfertigt und verhältnismässig erweise.¹⁰⁴⁹

Im VwVG fehlt es an einer mit Art. 156 ZPO vergleichbaren Vorschrift. Vorliegend wird Art. 25 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 25 Abs. 2 KG als materiell-rechtliche Norm verstanden, deren Schutzgut die kartellrechtskonforme Verwertung der Behördenkenntnisse ist. Wird die Verwendung von Dokumenten beschränkt, ist Art. 25 KG die gesetzliche Grundlage, um das Recht auf Beweis im hier interessierenden Umfang einzuschränken. Das Recht auf Beweis wird dahin gehend beschränkt, dass im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangte Kenntnisse ausschliess-

1045 Gemäss HÄUSERMANN, Vertraulichkeit, S. 67, darf dieses Persönlichkeitsgrundrecht nicht über Gebühr eingeschränkt werden, weshalb eine Einschränkung i. S. v. Art. 27 ff. ZGB nicht übermässig sein darf; BSK DSG-GRAMINA/MAURER-LAMBROU, Art. 9 N 10.

1046 EGMR vom 28.05.1985, *Ashingdane/Vereinigtes Königreich*, AZ 8225/78, N 93; EGMR vom 15.02.2000, *Garcia/Spanien*, AZ 38695/97, N 36; EGMR vom 06.03.2006, *Besseau/Frankreich*, AZ 73893/01, N 23; EGMR vom 14.12.2006, *Markovic u. a./Italien*, N 58.

1047 Die durch den EGMR entwickelten Kriterien werden durch das BGer sinngemäss angewandt; BGE 132 I 134, E. 2.1; BGE 131 II 169, E. 2.2.3, je m. w. N.; SUNARIC, Partei, S. 105.

1048 STÄUBER, Schutz, S. 202, unter Anlehnung an DROESE, Akteneinsicht, S. 175 f.

1049 STÄUBER, Schutz, S. 202.

lich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden können. Nicht von Art. 25 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 25 Abs. 2 KG gedeckt wäre hingegen eine Verwertungsbeschränkung, die eine Verwertung von im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangten Kenntnissen zu kartellrechtlichen Zwecken ausschliesst. Eine derartige Beschränkung wäre nicht mit Art. 25 Abs. 2 KG vereinbar, der eine Verwertung der Kenntnisse der Wettbewerbsbehörden zur Erreichung aller Durchsetzungsziele, namentlich der Kompensation, durchaus zulässt.¹⁰⁵⁰ Die Gesetzmässigkeit einer Verwertungsbeschränkung scheint allerdings immer dann fragwürdig, wenn diese Beschränkung zu einer faktischen Undurchsetzbarkeit anderer zivilrechtlicher Ansprüche führt.¹⁰⁵¹

5. Zivilrechtliche Beurteilung einer verwaltungsrechtlichen Verwertungsbeschränkung

Falls ein Hauptbeteiligter oder ein Dritter mit Parteistellung seine Kenntnisse entgegen einer allfälligen Verwertungsbeschränkung verwerten will, ist Art. 152 Abs. 2 ZPO zu beachten. Nach dieser Vorschrift sind rechtswidrig beschaffte Beweismittel in einem Zivilprozess nur zu berücksichtigen, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Unterschieden wird zwischen formell und materiell rechtswidrig beschafften Beweismitteln.¹⁰⁵² Ein Beweismittel ist formell rechtswidrig beschafft, wenn es unter Verletzung einer verfahrensrechtlichen Vorschrift beigebracht wurde.¹⁰⁵³ Es ist materiell rechtswidrig beschafft, wenn es unter Verletzung einer materiell-rechtlichen Bestimmung beigebracht wurde.¹⁰⁵⁴ Der Begriff des Beschaffens beschränkt sich nicht auf den Vorgang der Erlangung der Verfügungsgewalt über ein Medium, das eine bestimmte Information enthält. Ein Beweismittel ist i. S. v. Art. 152 Abs. 2 ZPO materiell rechtswidrig beschafft, wenn als vertraulich vermerkte Anwaltskorrespondenz als Be-

1050 Siehe *oben* § 15. 1. II. b.

1051 Vgl. SUNARIC, Partei, S. 106 f. bei und mit Fn. 21; siehe in diesem Zusammenhang auch die Diskussion über die Wirksamkeit einer absoluten Verwertungsbeschränkung *unten* § 15. 5.

1052 BGE 140 III 6, E. 3.1; RÜEDI, Haftpflichtprozess, S. 158; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 152 N 13 ff.; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 785 f.

1053 BGE 140 III 6, E. 3.1; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 152 N 14; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 786.

1054 BGE 140 III 6, E. 3.1; RÜEDI, Haftpflichtprozess, S. 158.

weismittel in einem Zivilprozess offeriert wird.¹⁰⁵⁵ Materiell rechtswidrig ist hier nicht die Erlangung der Verfügungsgewalt über das Beweismittel – dieses wurde normkonform unter Rechtsanwälten ausgetauscht –, sondern die zweckfremde Verwendung der Korrespondenz als Beweismittel in einem Zivilprozess.¹⁰⁵⁶

Ähnlich verhält es sich mit der Einbringung von im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangten Informationen in ein Zivilverfahren. Im Rahmen der Akteneinsicht in einem Verwaltungsverfahren erlangte Kenntnisse sind nicht widerrechtlich beschafft,¹⁰⁵⁷ da sie in Ausübung des rechtlichen Gehörs erlangt wurden. Ordnet die Weko hingegen, gestützt auf Art. 25 KG, eine Verwertungsbeschränkung an, ist die Einbringung der Informationen in einen Zivilprozess ein Verstoss gegen die besagte Norm. Dies lässt die Parallelen zur oben dargestellten Ausgangslage in Bezug auf die Verwendung der Anwaltskorrespondenz erkennen. Der potenziell Geschädigte erlangt auch hier auf rechtmässigem Weg Informationen; allerdings ist die beabsichtigte Verwertung dieser Informationen nach Art. 152 Abs. 2 ZPO materiell rechtswidrig. Das Zivilgericht muss somit im Einzelfall abwägen, inwiefern es die fraglichen Beweismittel berücksichtigen darf.¹⁰⁵⁸

Stellt sich in einem Zivilverfahren die Frage, ob ein Beweismittel berücksichtigt werden darf, muss insbesondere geprüft werden, ob das Interesse am Schutz des durch die Beweismittelverwertung beeinträchtigten Rechtsguts das Interesse an der materiellen Wahrheit überwiegt.¹⁰⁵⁹ Das Gericht hat zwischen dem Interesse an der Wahrheitsfindung und dem Interesse am Schutz des Rechtsguts, das durch die beabsichtigte Beweisverwertung tangiert wird, abzuwägen.¹⁰⁶⁰ Das Interesse an der Wahrheitsfindung hängt ab von

1055 BGE 140 III 6, E. 3.1.

1056 BGE 140 III 6, E. 3.1.

1057 Ein Beweismittel wurde rechtswidrig erlangt, wenn es unter Verletzung eines Rechtsguts beschafft wurde und somit ohne dass dafür ein Rechtfertigungsgrund bestand; Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-HASENBÜHLER, Art. 152 N 35.

1058 Vgl. zu diesem Thema die monografische Abhandlung des Art. 152 ZPO durch RÜEDI, Beweismittel im Zivilprozess.

1059 BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 47.

1060 BGE 140 III 6, E. 3.1; BGE 139 II 7, E. 6.4.1; BGE 136 V 117, E. 4.2.2; BGE 131 I 272, E. 4.1.2; Botschaft ZPO 2006, S. 7312; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 152 N 14.

- der den Prozess beherrschenden Verfahrensmaxime (1),
 - der Höhe des infrage stehenden Streitwerts (2),
 - dem Interesse am Schutz des verletzten Rechtsguts (3) und
 - einer allfälligen Mitwirkungspflicht der Gegenpartei (4).
- (1) Dem Wahrheitsfindungsinteresse kommt im Geltungsbereich der klassischen Untersuchungsmaxime die grösste Bedeutung zu, wohingegen diesem Interesse im Geltungsbereich der klassischen Verhandlungsmaxime die geringste Bedeutung zugemessen wird.¹⁰⁶¹ Werden kartellrechtliche Ansprüche im Nachgang zu Verwaltungsverfahren geltend gemacht, unterliegt der Prozess der klassischen Verhandlungsmaxime.¹⁰⁶² Dies spricht in der Tendenz gegen eine Berücksichtigung von Informationen, die entgegen einer Verwertungsbeschränkung verwertet werden.
 - (2) Weiter hat das Gericht den Streitwert zu berücksichtigen. Das Interesse an der Wahrheitsfindung steigt mit dem Streitwert.¹⁰⁶³ Die bisherigen *Follow-on*-Prozesse im EU-Ausland zeichneten sich durch hohe Streitwerte aus.¹⁰⁶⁴ Diese Ausgangslage dürfte sich in Bezug auf *Follow-on*-Prozesse in der Schweiz nicht bedeutend ändern, weshalb der Streitwert i. d. R. für eine Berücksichtigung der Beweismittel spricht.
 - (3) Der Rang des beeinträchtigten Rechtsguts bestimmt das Interesse an der Wahrheitsfindung. Bei einer rechtswidrigen Verwertung von Informationen aus einem Verwaltungsverfahren wäre das betroffene Interesse die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung. Dieses Interesse wäre gegen das Interesse des Kartellopfers am Schadenersatz abzuwägen. Ferner müsste berücksichtigt werden, dass die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes nicht ausschliesslich private Interessen verfolgt.¹⁰⁶⁵
 - (4) Ausserdem ist zu berücksichtigen, ob der Inhaber des beeinträchtigten Rechtsguts eine Mitwirkungspflicht hatte. Verweigert der Kartelltäter etwa im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO seine Mitwirkung oder weigert er sich, eine entsprechende Urkunde nach Art. 160 Abs. 1 ZPO zu edieren, wird

1061 BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 51; ZK-ZPO HASENBÖHLER, Art. 152 N 38.

1062 Siehe *oben* § 1.

1063 RÜEDI, Haftpflichtprozess, S. 167 f.; RÜEDI, Beweismittel im Zivilprozess, N 338; wohl auch SPÜHLER, Verwendung von legal und illegal beschafften Beweismitteln, S. 148 f.

1064 Vgl. FREUND, Munich trucks cartel.

1065 Siehe *oben* § 6.

das Interesse am Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts deutlich geringer gewichtet.¹⁰⁶⁶ In diesem Fall ist die Berücksichtigung eines einer Verwendungsbeschränkung unterliegenden Dokuments, das im Rahmen der Edition oder vorsorglichen Beweisführung zugänglich gemacht werden müsste, nach Art. 152 Abs. 2 ZPO möglich.

Für eine Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweismittels kann auch der Umstand sprechen, dass die beweisbelastete Partei in Beweisnot ist und das infrage stehende Beweismittel das einzige Mittel darstellt, um ihr zu ihrem Recht zu verhelfen.¹⁰⁶⁷ In dieser Ausgangslage kann in Art. 152 Abs. 2 ZPO ein notwendiges Korrektiv erblickt werden, um in diesen Ausnahmefällen einer unverhältnismässigen Einschränkung des Rechts auf Beweis entgegenzuwirken. Diese Überlegungen können auf die Einbringung einer im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erhaltenen Kopie der Selbstanzeige, von Auszügen daraus oder weiteren einem Beweisverwertungsverbot unterliegenden Dokumenten in einen Kartellzivilprozess angewandt werden. Im Vergleich zu der durch die KSRL nivellierten Ausgangslage gereicht es dem vorliegenden Vorschlag zum Vorteil, dass die Durchsetzung eines kartellzivilrechtlichen Anspruchs nicht verunmöglicht wird, auch wenn dies nur in Extremsituationen zutreffen dürfte.¹⁰⁶⁸ In diesen Ausgangslagen, in denen etwa einzig die (Kopie der) Selbstanzeige oder eine Beilage das entscheidende Beweismittel darstellt, ist Art. 152 Abs. 2 ZPO ein entscheidendes Sicherheitsventil.

6. Wertende Zusammenfassung (§§ 13–15)

Die Besonderheit, dass sich Dritte, wie Kartellopfer, unter Umständen als Partei an einem Kartellverwaltungsverfahren beteiligen können, ist grundsätzlich zu begrüssen. Dies kann sich positiv auf das Verfahren auswirken, weil so die Verfahrensdokumente zusätzlich durch Dritte kontrolliert und kommentiert werden. Ebenso können auf diesem Weg neue Informationen in das Verfahren gelangen, was die öffentliche Durchsetzung stärkt. Zudem können so Beweismittel zusammengetragen werden, die die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche erleichtern. Die Akteneinsicht Dritter mit Parteistellung bewegt sich innerhalb der Grenzen des

1066 Vgl. RÜEDI, Beweismittel im Zivilprozess, N 350 f.

1067 BJ, Begleitbericht VE-ZPO, Art. 147; GRONER, Beweisrecht, S. 144.

1068 Siehe zur europäischen Ausgangslage *oben* § 8. 3.

Art. 27 VwVG. Allerdings können die Grenzen der Akteneinsicht in Bezug auf verfahrensbeteiligte Dritte mit Parteistellung enger gezogen sein als bei den Hauptparteien. Das ausschlaggebende Kriterium ist, inwiefern es der Akteneinsicht zur Wahrung der Interessen der Verfahrensbeteiligten bedarf.

Die Beteiligung Dritter als Verfahrenspartei in Kartellverwaltungsverfahren, denen ein *Hardcore*-Kartell nach Art. 5 Abs. 3 KG zugrunde liegt, wird äusserst streng und im Hinblick auf die Beweismittelbeschaffung suboptimal gehandhabt. Allerdings scheint diese Handhabung durch das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung gerechtfertigt. Denn Kartellopfer verfügen i. d. R. über keine oder kaum Informationen, die sie für das Verfahren liefern können. Hingegen könnte das Verfahren durch die Ausübung ihrer Verfahrensrechte wie das Einsichtsrecht beeinträchtigt werden. Die strengen Anforderungen der Praxis an die Parteistellung Dritter scheinen deshalb gerechtfertigt. Diese restriktive Handhabung ist allerdings nur insofern möglich, als sich Kartellopfer nach Art. 43 KG wirksam als Dritte am Kartellverwaltungsverfahren beteiligen können. In Bezug auf die Beteiligung Dritter nach Art. 43 KG verfügt die Behörde über ein weites Ermessen. Um die strenge Handhabung der Beteiligung Dritter als Verfahrenspartei zu kompensieren, sollte die Ausgestaltung ihrer Beteiligung nach Art. 43 KG durchwegs ihr Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz berücksichtigen.

Im Rahmen der Akteneinsicht ist ferner zu berücksichtigen, dass das Alter einer Information einen massgeblichen Einfluss auf ihren wirtschaftlichen Wert hat und dass eine Information – zumindest grundsätzlich – nach fünf Jahren nicht mehr schutzwürdig ist. In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass eine Information, die in einem zu engen Näheverhältnis zu einem Wettbewerbsverstoss steht, nicht schutzwürdig und somit im Rahmen der Akteneinsicht immer zugänglich zu machen ist. Über die Frage, wann eine Information in einem entsprechenden Näheverhältnis steht, ist im Einzelfall zu entscheiden, wobei sich an der Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu orientieren ist.

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die im Rahmen der Akteneinsicht gewonnenen Informationen grundsätzlich frei verwertbar sind, was im Hinblick auf die vielfältigen Beteiligungsformen am Kartellverwaltungsverfahren kritisch zu betrachten ist. Beteiligen sich etwa Kartellopfer oder Konkurrenten an einem Kartellverwaltungsverfahren, können Informationen, auf die sonst kein Zugriff besteht, zu nicht kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden. Dies kann den Kooperationswillen der Hauptbeteiligten schwächen. Um diese Problematik zu entschärfen, sollte die

Verwertbarkeit der Informationen, die durch Akteneinsicht erlangt wurden, begrenzt werden:

- In sachlicher Hinsicht dürfen diese Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken und insbesondere zur Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche verwertet werden.
- In persönlicher Hinsicht ist sicherzustellen, dass ausschliesslich das die Akteneinsicht ausübende Unternehmen und seine Rechtsnachfolger die Kenntnisse verwerten dürfen.¹⁰⁶⁹
- In zeitlicher Hinsicht ist eine Verwertung der Informationen erst ab dem Verfahrensabschluss des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens gegenüber allen Verfahrensparteien möglich.

Die Beschränkungen der Verwertung der Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken ermöglichen es den Wettbewerbsbehörden, den involvierten Interessen gerecht zu werden, ohne das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung über Gebühr zu beeinträchtigen. Für die Selbstanzeigeinformationen – bis auf die Selbstanzeige – sollten ähnliche Beschränkungen gelten. Gelangen die Selbstanzeige oder Auszüge daraus an Verfahrensbeteiligte, ist die Verwertung dieser Informationen ausserhalb des Verwaltungsverfahrens grundsätzlich zu untersagen, wobei eine Verwertung in Extremsituationen möglich sein muss.

1069 Einschliesslich Singularsukzessor betreffend den kartellzivilrechtlichen Anspruch.

§ 16. Veröffentlichung von (Sanktions-)Verfügungen

1. Öffentlichkeitsarbeit der Weko

Die Öffentlichkeit hat ein grosses Interesse an der Arbeit der Wettbewerbsbehörden. Um diesem Interesse gerecht zu werden und eine aktive Informationspolitik zu ermöglichen, bedarf es auf Behördenseite entsprechender Handlungsmöglichkeiten.¹⁰⁷⁰ Auch wenn das BGÖ nur die passive Informationstätigkeit der Behörden regelt und somit auf die Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen keine Anwendung findet,¹⁰⁷¹ wird die Verwaltungstätigkeit vom Grundsatz der Transparenz bestimmt.¹⁰⁷² Dieser Grundsatz beeinflusst die aktive Informationspolitik der Wettbewerbsbehörden massgeblich und ist in Art. 49 KG verankert.¹⁰⁷³ Die Norm verschafft der Weko den notwendigen Spielraum, um die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren und insbesondere Kartellopfer auf ihre Ansprüche aufmerksam zu machen. Eine aktive Öffentlichkeitsarbeit der Wettbewerbsbehörden ist für die privatrechtliche Durchsetzung essenzi-

1070 Siehe hierzu auch TSCHÜMPERLIN, Publikation, S. 78. Zu berücksichtigen bleibt, dass der aktiven Informationstätigkeit die passive entgegensteht, nach der eine Behörde etwa auf Gesuch eines Bürgers hin verpflichtet ist, in ihrem Besitz befindliche Informationen zugänglich zu machen.

1071 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.2; diese Aussage trifft nur begrenzt zu, da die Verwaltung nach Art. 21 Bst. b und Bst. c BGÖ i. V. m. Art. 18 f. VBGÖ angehalten ist, Informationen über wichtige Aufgabenbereiche und Geschäfte und die entsprechenden Dokumente zugänglich zu machen. Zweifelsohne ist dieses Handeln der aktiven Informationspolitik zuzuordnen. Systematisch betrachtet dient dies jedoch der passiven Informationspolitik und somit dem Informationszugangsrecht. Hingegen geht von den Veröffentlichungsbestimmungen des Kartellgesetzes selbst eine Sperrwirkung aus. Wäre etwa von einer Veröffentlichung nach Massgabe des KG abzusehen, eine Veröffentlichung allerdings gestützt auf das BGÖ möglich, wäre dies der Einheitlichkeit der Rechtsordnung abträglich. Zudem erfahren Geschäftsgeheimnisse nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, der auch auf Veröffentlichungen i. S. v. Art. 18 f. VBGÖ Anwendung findet, im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 4 KG, keinen absoluten Schutz. Durch eine parallele Anwendbarkeit könnte dieser Schutz unterlaufen werden; vgl. BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.1.

1072 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.1; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.1.1; in BGE 142 II 268, E. 4.2.5.2, ist von einer Politik des «*open government*» die Rede; mit ähnlichem Tenor BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.3; siehe zum Gesetzeszweck des BGÖ unten § 17. 1.

1073 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.2 m. w. N.; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.2.

ell.¹⁰⁷⁴ Das Kartellgesetz kennt eine Reihe von Bestimmungen, nach denen die Behörden die Öffentlichkeit über ihre entsprechende Verwaltungstätigkeit zu informieren haben.¹⁰⁷⁵ Vorliegend interessiert die Veröffentlichung der nicht vertraulichen Fassung der Sanktionsverfügungen («Veröffentlichung»).

2. Ermessensentscheid

Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide¹⁰⁷⁶ veröffentlichen. Hierzu zählen insbesondere Verfügungen i. S. v. Art. 5 VwVG und somit auch Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG.¹⁰⁷⁷ Der Entscheidungsbegriff wird weit ausgelegt, weshalb hierunter auch die Schlussberichte der Vorabklärung fallen.¹⁰⁷⁸ Die Wettbewerbsbehörden sind nach Art. 48 Abs. 1 KG angehalten, vollständige Verfügungen und nicht nur einzelne Passagen daraus oder Zusammenfassungen der wesentlichen Entscheidungsgründe zu veröffentlichen.¹⁰⁷⁹ Dies sollte aber nicht ausschliessen, dass einzelne Passagen, etwa als Veranschaulichungsbeispiele, in Merkblättern oder Medienmitteilungen, gestützt auf Art. 49 KG, veröffentlicht werden.¹⁰⁸⁰

1074 Vgl. TSCHÜMPERLIN, Publikation, S. 78; CR CONCURRENCE-TERCIER/MARTENET, Art. 49 N 5; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 49 N 4.

1075 So die Veröffentlichung der Eröffnung einer Kartelluntersuchung im Schweizerischen Handelsamtsblatt unter Nennung der Untersuchungsadressaten wie des Untersuchungsgegenstands nach Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 KG und der regelmässig auf ein weites mediales Echo stossenden Pressemitteilung.

1076 Die Begriffe «Entscheid» und «Verfügung» werden im Folgenden synonym verwendet.

1077 BGE 142 II 268, E. 4.2.2; BGer 11.02.2020, 2C_690/2019, E. 5.2; BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 4.2.2; für eine weite Auslegung des Begriffs «Entscheid» auch DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 6f.; CR CONCURRENCE-TERCIER/MARTENET, Art. 48 N 10 ff.; BREMER/STREBLER vertreten hingegen die Ansicht, dass sich Art. 48 Abs. 1 KG ausschliesslich auf Endverfügungen bezieht, BREMER/STREBLER, Verfügungsantrag, S. 347 f.

1078 BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.4.2, 5.5.5.

1079 Vgl. BGE 142 II 268, E. 4.2.6.

1080 A. A. wohl BREMER/STREBLER, Verfügungsantrag, S. 348, die in Bezug auf Veröffentlichungen von Verfügungen Art. 48 Abs. 1 KG als *Lex specialis* zu Art. 49 Abs. 1 KG auslegen und nach denen von Art. 48 Abs. 1 KG eine Sperrwirkung ausgeht.

Die Veröffentlichung von Verfügungen liegt nach Art. 48 Abs. 1 KG grundsätzlich im Ermessen der Weko¹⁰⁸¹ – der Gesetzeswortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG spricht von «können» und nicht von «müssen». ¹⁰⁸² Das Ermessen ist pflichtgemäss und somit angemessen auszuüben. ¹⁰⁸³ Besteht hingegen ein «genügendes Interesse» an der Veröffentlichung, steht der Behörde nach dem Bundesgericht kein Ermessensspielraum zu. ¹⁰⁸⁴ Die Verfügung ist dann zu veröffentlichen. ¹⁰⁸⁵ Höchst unbefriedigend ist es, dass sich weder aus dem Gesetzestext noch aus der Rechtsprechung erschliesst, wann ein «genügendes Interesse» besteht. In der Praxis ist die Frage, ob eine Verfügung missbräuchlich veröffentlicht wurde, kaum überprüfbar. Überprüft werden kann hingegen die Art und Weise der Veröffentlichung. ¹⁰⁸⁶

Nicht überzeugend ist der Umstand, dass es sich bei der Veröffentlichung von Verfügungen um einen Ermessensentscheid und nicht um eine Behördenpflicht handelt. Dies leuchtet im Hinblick auf das Zusammenspiel von verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Durchsetzung nicht ein. So kann die Behörde etwa die Frage, ob eine Verfügung für die Wirtschaftsteilnehmer von Relevanz und folglich zu veröffentlichen ist, nur dem Ansatz nach beantworten. Über die Relevanz einer Verfügung entscheidet schlussendlich der einzelne Wirtschaftsteilnehmer. Vor dem Hintergrund der Transparenz der Verwaltung¹⁰⁸⁷ und der Sensibilisierung sämtlicher Geschädigten sowie in Anbetracht der geringen Zahl bereits

1081 BGE 142 II 268, E. 4.2.2; BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 4.2.3; BGer 11.02.2020, 2C_690/2019, E. 5.2.1; BVGer 24.10.2017, B-149/2017, E. 5.3.

1082 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, N 2.2; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.1; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 302 f.

1083 BVGer 24.10.2017, B-149/2017, E. 5.3; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 21 m. w. N.

1084 BGE 142 II 268, E. 4.2.2; BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 4.2.2; BVGer 24.10.2017, B-149/2017, E. 5.2.

1085 BGE 142 II 268, E. 4.2.2; die Botschaft KG 1994, S. 618, hält fest, dass die Wettbewerbsbehörden zu einer Publikation ermächtigt, aber nicht verpflichtet sind; in diesem Sinne auch BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 5.1.2; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 10; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 48 N 7; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 302 f.; BORER, Kartellgesetz, Art. 48 N 1; SHK KG-KOLLER, Art. 48 N 1; SCHMIDHAUSER, Homburger (KG), Art. 48 N 3.

1086 Vgl. BGE 142 II 268, E. 4.2.6; BVGer 24.10.2017, B-7768/2016, E. 3.4; siehe zu den Informationen, die grundsätzlich nicht veröffentlicht werden können, unten § 16. 5.

1087 Vgl. zu Art. 30 Abs. 3 BV, SGK BV-GOLDMANN, Art. 30 N 50 m. w. N.

veröffentlichter Verfügungen sollten sämtliche Verfügungen der Weko veröffentlicht werden.¹⁰⁸⁸

3. Veröffentlichungszwecke

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung verfolgt die Veröffentlichung drei Zwecke:

- (1) Die Veröffentlichung verbessert die Prävention und die Rechtssicherheit: Dem KG liegt ein System von Legalausnahmen zugrunde. Die Wirtschaftsteilnehmer überprüfen von sich aus ihr Wirtschaften auf dessen Normkonformität mit dem KG. Besonders in Bezug auf vertikale Abreden und Marktmachtmissbrauch besteht seitens der Unternehmen eine grosse Ungewissheit darüber, welche Verhaltensweisen zulässig sind und welche nicht. Dem kann zumindest teilweise durch eine grosszügige Veröffentlichungspraxis beigesteuert werden. Zudem werden durch die Veröffentlichungen auch andere Wirtschaftsteilnehmer dafür sensibilisiert, ihr Wirtschaften an die wettbewerbsrechtlichen Verhaltensvorschriften anzupassen.¹⁰⁸⁹ Die Veröffentlichungen sind somit als eine Art «Warnpraxis der Wettbewerbsbehörden»¹⁰⁹⁰ und als generalpräventiv wirkendes Instrument zu verstehen. Angesichts der geringen Zahl bundesgerichtlicher Urteile und der Tatsache, dass nicht jede ursprünglich strittige Frage höchstrichterlich geklärt wird, ist eine grosszügige Veröffentlichungspraxis angezeigt.¹⁰⁹¹ Ferner betont das Bundesverwaltungsgericht, dass in spezialpräventiver Hinsicht kein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung oder an einer pönalen Wirkung im Sinne einer Reputationsstrafe bestehe¹⁰⁹²

1088 Vgl. BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.3, wo die geringe Zahl höchstrichterlicher Entscheide und die lange Verfahrensdauer erwähnt werden.

1089 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.1 m. w. N.; BGer 11.02.2020, 2C_690/2019, E. 4.5; BVGer 22.05.2018, B-5108/2016, E. 6; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.2; BVGer 24.10.2017, B-7768/2016, E. 3.4; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.3, 8.5.2, worin vom hauptsächlichen Zweck die Rede ist; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 14.

1090 BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 4.2.4.

1091 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.1; BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 3.2.1.

1092 BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 5.3; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.2; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.2.

– die Veröffentlichungspraxis verfolgt somit keinen spezialpräventiven Zweck.¹⁰⁹³

- (2) Die Veröffentlichung dient der Transparenz der Verwaltungstätigkeit: Rechtsanwendung und Rechtsentwicklung sollen sich dem Bürger wie der Öffentlichkeit erschliessen.¹⁰⁹⁴ Nach dem Bundesgericht ist die Möglichkeit der Veröffentlichung der Verfügung eine Vorwegnahme des im Jahr 2004 durch das BGÖ eingeführten Transparenzprinzips; das «*open government*» befriedige das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit und verschärfe so die Kontrolle der Verwaltung.¹⁰⁹⁵
- (3) Einheitlichkeit der Rechtsordnung: Mit Wirtschaftsfragen befasste Behörden werden durch die Veröffentlichungen über die Praxis informiert. Neben der Signalwirkung für Unternehmen können sich kantonale Behörden – namentlich Zivilgerichte – bei der Anwendung des Kartellzivilrechts nach den veröffentlichten Verfügungen richten.¹⁰⁹⁶ Besonders im dualen Durchsetzungssystem dient die Veröffentlichung dem Entscheidungseinklang.

Neben dieser Zwecktrias wird ferner davon ausgegangen, dass die Wettbewerbsbehörden mithilfe der Veröffentlichungen, ebenso wie durch Stellungnahmen nach Art. 45 KG und durch Empfehlungen nach Art. 46 KG, den Gesetzgeber zu legislatorischen Änderungen anregen können.¹⁰⁹⁷

Ferner ist in Betracht zu ziehen, dass das Bundesgericht im entsprechenden «*leading case*» (BGE 142 II 268) bei der Aufzählung der Veröffentli-

1093 Interessant ist, dass bei einer ähnlichen Ausgangslage in Deutschland ganz klar von einer Prangerwirkung der Veröffentlichung der Bussgeldmitteilung ausgegangen wird; PODSZUN in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle, Kap. 16 N 17.

1094 BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.3; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.2; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 16; vgl. auch allgemein für die Veröffentlichung von Gerichtsurteilen TSCHÜMPERLIN, Publikation, S. 69 f.

1095 BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 3.2.2.

1096 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.3 m. w. N.; BGer 11.02.2020, 2C_690/2019, E. 4.5, spricht vom Interesse, andere mit Kartellrechtsfragen involvierte Stellen zu informieren; BVGer 24.10.2017, B-149/2017, E. 5.4; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.3; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.2; BVGer 24.10.2017, B-7768/2016, E. 3.4; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.2; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 17; vgl. auch TSCHÜMPERLIN, Publikation, S. 69 f.

1097 DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 18, mit Verweis auf TSCHÜMPERLIN, Publikation, S. 69; vgl. für andere Formen der Einflussnahme auf die Wettbewerbspolitik, DIKE KG-FREUND, Art. 60 N 8 f.

chungszwecke auf das europäische Kartellverfahrensrecht¹⁰⁹⁸ bzw. auf ein von KLEES verfasstes und im Jahr 2005 erschienenes Werk verwies.¹⁰⁹⁹ Dieses erwähnt an der zitierten Stelle auch die drei genannten Zwecke.¹¹⁰⁰

Dennoch geht der Verweis auf das Unionsrecht fehl. Das Urteil des Bundesgerichts erging am 26. Mai 2016. Vergleicht man die Entwicklung der europäischen Rechtsprechung und der legislativen Arbeiten zwischen den Jahren 2005 und 2016, wird ersichtlich, dass das zitierte Werk zum Entscheidungszeitpunkt nicht dem Stand der damaligen Rechtsprechung oder der legislatorischen Arbeiten entsprach. Folglich umfasst der Verweis auf KLEES nicht die aktuelle Zweckperzeption der Kommissionsbeschlüsse nach Art. 30 VO 1/2003. Wie bereits dargelegt wurde, betont der EuGH mitunter, dass die Veröffentlichungen der Kommissionsbeschlüsse Kartellopfern eine Stütze böten. Zu den Veröffentlichungszwecken zählt es somit auch, die kartellzivilrechtliche Durchsetzung zu erleichtern.¹¹⁰¹ Dieses Zweckverständnis scheint das Bundesgericht, trotz seines Verweises auf das europäische Kartellverfahrensrecht, nicht zu teilen oder zumindest für nicht entscheiderelevant befunden zu haben. Im Gegensatz dazu ging die Vorinstanz in ihrem Urteil im Einklang mit der EU-Rechtsprechung noch davon aus, dass die Veröffentlichung den betroffenen Unternehmen und Kartellopfern dazu diene, sich über das Verfahren kundig zu machen.¹¹⁰² Dieser Zweck wurde vom Bundesgericht nicht explizit aufgegriffen und findet sich auch nicht in der im Nachgang zu dem Urteil des Bundesgerichts ergangenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

Vorliegend wird gefordert, dass die positiven Auswirkungen für potenziell Geschädigte, die von der Veröffentlichung ausgehen, nicht als positive

1098 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.

1099 Im Rahmen der Recherchen in Bezug auf dieses Kapitel wurde festgestellt, dass das Werk KLEES, Kartellverfahrensrecht, bisher einzig im Jahr 2005 publiziert wurde. Hingegen kursieren im Internet Hinweise auf eine zweite Auflage dieses Werks. Auf Rückfrage beim Verlag vom 11.12.2019 gebe es Pläne für eine zweite Auflage, mit der nicht vor 2030 zu rechnen sei.

1100 KLEES, Kartellverfahrensrecht, § 5 N 33 f.; diese Aufzählung entspricht sodann auch der Kommentierung MIERSCH, in: Grabitz/Hilf, EU-Kartellverfahrensverordnung, Art 30 N 1 ff.

1101 Siehe *oben* § 9. 3.

1102 BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 5.1.2; vgl. auch Weko, Jahresbericht 2019, S. 28, nach der die Wettbewerbsbehörden potenziell Geschädigten verschiedene Informationen zur Verfügung stellen, indem sie detailliert begründete Verfügungen veröffentlichen.

Nebenwirkung, sondern als eigener Zweck anerkannt werden.¹¹⁰³ Die Veröffentlichung kann so mehr Informationen enthalten, die den Geschädigten zur Durchsetzung ihrer Ansprüche dienen.¹¹⁰⁴ Dieses Zweckverständnis rechtfertigt es sodann, eine bereits veröffentlichte Verfügung erneut und mit einem erhöhten Detaillierungsgrad zu veröffentlichen, etwa um den Kartellopfen die Beweismittelbeschaffung zu erleichtern. Dies ist unter anderem deswegen angezeigt, weil gewisse Informationen mit der Zeit an wirtschaftlichem Wert und somit an Schutzwürdigkeit verlieren.¹¹⁰⁵

Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die veröffentlichten Verfügungen – etwa mittels eines Wasserzeichens – den Vermerk tragen sollten, dass es sich um eine provisorische Veröffentlichung handelt. Ohne einen derartigen Vermerk kann eine erneute und detailliertere Veröffentlichung mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes konfliktieren. Aber selbst wenn ein solcher Vermerk fehlt, überwiegt grundsätzlich das Interesse an der Stärkung der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung die vorgenannten Grundsätze.

4. Veröffentlichungszeitpunkt

Die Verfügungen der Wettbewerbsbehörden werden unabhängig von einem allfälligen Rechtsmittelverfahren in der RPW veröffentlicht.¹¹⁰⁶ Die Praxis steht in einem Spannungsfeld zu der sich aus dem Verfassungs- und Konventionsrecht (Art. 32 Abs. 1 BV wie Art. 6 Nr. 2 EMRK) ergebenden Unschuldsvermutung, nach der jeder bis zur Rechtskraft eines strafrechtlichen Verfahrens als unschuldig gilt.¹¹⁰⁷ Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung genießt das Interesse der Untersuchungsadressaten an der Unschuldsvermutung allerdings weniger Schutz als die den Veröffentli-

1103 Zu den in dieser Arbeit verwendeten Begrifflichkeiten von Zweck und Wirkung siehe *oben* § 2. 2.

1104 Sinngemäß auch Ö-OGH 16 Ok 14/13, E. 3.5 m. w. N.

1105 Für die Ausgangslage in der Schweiz: siehe *oben* § 14. 1. III. b. (3); für die Ausgangslage in der EU: siehe *oben* § 8. 1. II. a. (1). (ii).

1106 Siehe anstelle vieler BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 48 N 8.

1107 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.3.2 m. w. N.; BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 6.2.2; BVGer 19.12.2013, B-506/2010, E. 6.3.1.

chungszwecken zugrunde liegenden Interessen,¹¹⁰⁸ weshalb die Veröffentlichungspraxis nicht zu beanstanden ist.

5. Umfang der Veröffentlichung

Im Rahmen der Veröffentlichung hat die Behörde unterschiedliche öffentliche wie private Interessen zu berücksichtigen, weshalb über den Umfang einer Veröffentlichung nur im Einzelfall entschieden werden kann.¹¹⁰⁹ Zu berücksichtigen ist auch hier der Verhältnismässigkeitsgrundsatz.¹¹¹⁰ Die Verhältnismässigkeit der Veröffentlichung einer Information bemisst sich nach den Veröffentlichungszwecken,¹¹¹¹ zu denen nach der vorliegenden Ansicht auch die Schützenhilfe für die *Follow-on*-Kläger durch die Wettbewerbsbehörden zählt.¹¹¹²

Grob gefasst, sollte die Veröffentlichung eine detaillierte Darstellung der Umstände enthalten, die den Wettbewerbsverstoss begründen. Auch ist die Funktionsweise des Kartells so zu schildern, dass ersichtlich wird, wer das Kartell gegründet und wer es fortgeführt hat, wer die treibende Kraft bei der Kontrolle der Absprache gewesen ist und wer wie lange an der Verhaltensweise teilgenommen hat. Auch können die Orte der einzelnen Zusammenkünfte mögliche Gerichtsstände eröffnen, weshalb auch die Informationen über die Örtlichkeiten eine wichtige Rolle spielen. Nicht anonymisiert oder geschwärzt werden sollten die betroffenen Produktnamen, die Zahlen zu den festgesetzten Preisen und die von den Beteiligten hinsichtlich der Preise und der Aufteilung der Marktanteile verfolgten Ziele.¹¹¹³

1108 BGer 26.05.2016, 2C_1065/2014, E. 8.3, nicht publiziert in BGE 142 II 268; BVGer 24.10.2017, B-149/2017, E. 4.2; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.3.6, 3.2.

1109 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.3.4; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.3.6 m. w. N.

1110 BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 6.8; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 27.

1111 Siehe *oben* § 16. 3.

1112 Zum Gegenstand der europäischen Veröffentlichungspraxis siehe *oben* § 9. 4.

1113 Vgl. EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 104; EuG 28.01.2015, T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 73 ff., 104.

I. Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen

Geschäftsgeheimnisse sind nach Art. 25 Abs. 4 KG absolut geschützt. Qualifiziert eine Information als Geschäftsgeheimnis, kann sie folglich nicht veröffentlicht werden. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass die Information mittels Bandbreiten umschrieben wird, sodass keine substanziellen Rückschlüsse darauf möglich sind.¹¹¹⁴ Welche Informationen als Geschäftsgeheimnisse qualifiziert werden, wurde bereits dargelegt.¹¹¹⁵ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die entsprechende Rechtsprechung zur verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht sinngemäss auf die Behandlung von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen von Art. 48 KG anzuwenden ist.¹¹¹⁶ Demnach sind solche Informationen nicht schutzwürdig, denen ein kartellrechtswidriger Inhalt zukommt. Auch ist der spezifische Bezug der Informationen zum Wettbewerbsverstoss für deren Schutzwürdigkeit massgeblich.¹¹¹⁷ Wird akzeptiert, dass der wirtschaftliche Wert von Informationen im Rahmen des Kartellrechts ein konstitutives Kriterium des Geschäftsgeheimnisbegriffs darstellt, muss zwingend auch das Alter der Informationen berücksichtigt werden.¹¹¹⁸ Dies ermöglicht eine erneute und detailliertere Veröffentlichung zu einem späteren Zeitpunkt, womit insbesondere den Kartellopfen geholfen wird.¹¹¹⁹

Ein Geschäftsgeheimnis können auch Personendaten nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a DSGVO darstellen. Wird eine Information ebenso als Geschäftsgeheimnis wie als Personendatum qualifiziert, ist eine Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 i. V. m. Art. 25 Abs. 4 KG untersagt. Soweit Personendaten

1114 BGE 142 II 268, E. 5.3.2; BVGer 03.05.2018, B-5114/2016, E. 9.4.2; BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 6.4; Reko/Wef, RPW 2002/4, Vertrieb von Tierarzneimitteln, S. 698 ff., E. 3.1.2; Weko, RPW 2010/4, Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation, S. 703 ff., N 11 ff.

1115 Siehe *oben* § 14. 1. III. b.

1116 Für eine Konvergenz und somit eine sinngemässen Anwendung der relevanten Rechtsprechung zur Akteneinsicht nach Art. 26 f. VwVG und der Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 KG, siehe Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 – Geschäftsgeheimnisse, S. 142 ff., N 32 und da Fn. 46; ähnlich BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 6.4; wohl auch BGE 142 II 268, E. 5.3.2; vgl. auch Kommission, Confidentiality Claims, N 11; explizit für eine sinngemässe Anwendung WILS/ABBOTT, File, S. 273.

1117 Siehe *oben* § 14. 1. III. b. (1).

1118 Siehe *oben* § 14. 1. III. b. (3).

1119 Siehe *oben* § 16. 3.

ein Geschäftsgeheimnis darstellen, geht das KG dem DSGVO als spezialgesetzliche Regelung vor.¹¹²⁰

II. Datenschutzgesetz (DSG)

Die materiellen Untersuchungsadressaten des Kartellverwaltungsverfahrens sind Unternehmen i. S. v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, die wiederum i. d. R. aus einer oder mehreren juristischen Personen bestehen.¹¹²¹ Nach der aktuellen Konzeption des DSGVO gelten auch Informationen über juristische Personen als Personendaten.¹¹²² Nun enthalten Sanktionsverfügungen «i. d. R. eine Fülle von Personendaten»¹¹²³. Auch nach dem Bundesgericht handelt es sich bei dem Inhalt von Verfügungen um Personendaten nach Art. 3 Bst. a und Bst. c DSGVO.¹¹²⁴ Das DSGVO als Querschnittsgesetz, insbesondere Art. 3 DSGVO, findet somit auf die Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen Anwendung.¹¹²⁵ Zu berücksichtigen ist zudem, dass aus Kartellverwaltungsverfahren stammende Personendaten nach Art. 3 Bst. c Nr. 4 DSGVO «besonders schützenswerte Personendaten» sind.¹¹²⁶ Eine Veröffentlichung dieser Personendaten ist eine «Bekanntgabe besonders schüt-

1120 BGer 11.02.2020, 2C_690/2019, E. 6.2.

1121 Nicht ausgeschlossen ist hingegen, dass natürliche Personen nach dem funktionalen Unternehmensbegriff Adressaten einer Untersuchung darstellen; vgl. DIKE KG-HEIZMANN/MAYER, Art. 2 N 25; BREMER, Strafsanktionen, S. 43; siehe als Praxisbeispiel Weko, RPW 2019/2, Fahrlehrertarife Oberwallis, S. 513 ff.; Reko/Wef, RPW 2001/1, Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC), S. 200 ff.; Reko/Wef, RPW 2003/4, Fahrlehrer im Kanton Graubünden, S. 890 ff.; vgl. zur Ausgangslage in der EU: KERSE/KHAN, Procedure, N 7.003 mit und bei Fn. 4.

1122 Das DSGVO befindet sich in Revision. Das Inkrafttreten des revidierten DSGVO ist auf den 01.09.2023 angesetzt, siehe <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html>; laut der laufenden Revision soll das DSGVO in diesem Punkt an die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Union angepasst werden. Entfällt für juristische Personen ein allfälliger Schutz durch das DSGVO, können sich diese zudem auf den Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ff. ZGB, auf das UWG, auf das URG, auf die Bestimmungen über den Geheimnisschutz und auf Art. 13 BV berufen; Erläuternder Bericht DSGVO 2016, S. 19; vgl. DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 25 mit Fn. 58.

1123 DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 22.

1124 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 4.2.

1125 BGer 26.05.2016, 2C_1065/2014, E. 6.

1126 BGE 142 II 268, E. 6.1; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.7.

zenswerter Personendaten» nach Art. 19 DSGVO.¹¹²⁷ Nach Art. 17 i. V. m. Art. 19 Abs. 1 DSGVO dürfen diese Informationen nur veröffentlicht werden, wenn ein Gesetz im formellen Sinn diese Bearbeitungsart explizit vorsieht.¹¹²⁸ Da das DSGVO selbst nicht als gesetzliche Grundlage betrachtet werden kann, bedarf es einer expliziten Norm in einem anderen Gesetz.¹¹²⁹ Eine solche Norm ist Art. 48 Abs. 1 KG.¹¹³⁰

Trotz dieser expliziten gesetzlichen Grundlage sind die Wettbewerbsbehörden nicht frei, sämtliche Informationen zu veröffentlichen.¹¹³¹ Nach Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO sind wesentliche private oder öffentliche Interessen zu berücksichtigen.¹¹³² Hervorzuheben ist, dass das Interesse eines Kartelltäters, zivilrechtlich nicht in Anspruch genommen zu werden, kein schutzwürdiges Interesse i. S. v. Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO darstellt.¹¹³³ Auch der Umstand, dass eine Verfügung der Wettbewerbsbehörden im Instanzenzug aufgehoben werden kann und der Verfügungsadressat schlussendlich nicht sanktioniert wird, rechtfertigt es nicht, von einer Veröffentlichung abzusehen.¹¹³⁴ Die Anonymisierung einer natürlichen Person ist zudem nicht angezeigt, wenn diese materielle Verfügungsadressatin ist¹¹³⁵ oder ihr Name bereits im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 KG veröffentlicht worden ist. Hoch zu gewichten ist hingegen das Interesse von Dritten, wie

1127 BGE 142 II 268, E. 6.4.1; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.7.

1128 BGE 142 II 268, E. 6.4.1.

1129 BGE 142 II 268, E. 6.4.1.

1130 BGE 142 II 268, E. 6.4.2; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.7; BVGer 30.10.2017, B-5911/2014, E. 3.7; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 8.4; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.7; kritisch DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 25 m. w. N.

1131 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.7.

1132 BGE 142 II 268, E. 6.4.3; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 8.5; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 31.

1133 BGER 26.05.2016, 2C_1065/2014, E. 6.5.2f., wo der Schutz der Reputation genannt wird; vgl. hierzu auch EuG 15.07.2015, Rs. T-465/12, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:T:2015:505, N 43; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 110f.; EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 78; vgl. EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 49, worin festgehalten wird, dass das Interesse einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme für einen Kartellverstoss nicht schutzwürdig ist; explizit Art. 5 Abs. 5 KSRL; Ö-OGH 16 OK 14/13, E. 2.3; siehe hierzu auch § 14. 1. III. b. (1); siehe zur europäischen Ausgangslage *oben* § 8. 1. II. a. (2).

1134 BVGer 24.10.2017, B-7768/2016, E. 4.2.3.

1135 Exemplarisch Weko, RPW 2019/2, Fahrlehrertarife Oberwallis, S. 513 ff., Dispositiv; vgl. auch EuG 12.10.2007, Rs. T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe/Kommission*, EU:T:2007:306, N 73; siehe zum Begriff «Verfügungsadressat» *oben* § 13. 1. I.

dem Anzeiger i. S. v. Art. 26 Abs. 1 KG, an der Wahrung ihrer Anonymität. Hierfür sprechen private und öffentliche Interessen: Der Anzeiger ist vor wirtschaftlichen Repressalien zu schützen, damit insbesondere diese Art von Informationsquellen in künftigen Verfahren nicht versiegt.¹¹³⁶

III. Schutz von Selbstanzeigeinformationen

Die Wettbewerbsbehörden sehen sich zu einem «schonungsvollen Umgang» mit Selbstanzeigeinformationen verpflichtet.¹¹³⁷ Soweit ersichtlich, zeigt sich die Weko im Hinblick auf die Veröffentlichung wortgetreuer Zitate aus Selbstanzeigeinformationen zurückhaltend. Dieser Umgang erscheint im Hinblick auf die genannten Zwecke, insbesondere in Bezug auf die Stärkung des Kartellzivilrechts, nicht zwingend zielführend. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Weko wie auch die verwaltungsrechtlichen Instanzgerichte an der Praxis der Kommission orientiert, ohne jedoch hieran gebunden zu sein.¹¹³⁸ Es wurde bereits aufgezeigt, wie die Kommission mit Kronzeugeninformationen in den Veröffentlichungen ihrer Beschlüsse verfährt.¹¹³⁹ Diese Praxis ist sinngemäss zu übernehmen, da so sämtlichen Veröffentlichungszwecken und somit auch dem wirksamen Wettbewerb gedient ist. Aus Rechtssicherheitsgründen sollte das Merkblatt/Bonusregelung entsprechend angepasst werden. Aus dem Merkblatt sollte deutlich hervorgehen, dass die Selbstanzeige und wörtliche Zitate daraus nicht veröffentlicht werden dürfen, sämtliche anderen Selbstanzeigeinformationen hingegen durchaus.¹¹⁴⁰ Diese Anpassung stünde sodann in Übereinstimmung mit den vorgeschlagenen Beschränkungen

1136 Vgl. auch zur britischen Rechtspraxis, *Ping Europe Limited v Competition and Markets Authority (Disclosure Application)* [2018] CAT 17, N 21, wo einer Offenlegung der Anonymität eines Beschwerdeführers nicht stattgegeben wurde; 2 *Travel Group plc (in liquidation) v Cardiff City Transport Services Limited* [2012] CAT 7, N 10f.; die Beispiele finden sich auch bei BREALEY/GEORGE, *Competition Litigation*, N 9.59 bei und mit Fn. 120.

1137 BVGer 30.10.2017, 5943/2014, E. 3.1.1, 4.4; Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 24; mit ähnlichem Tenor Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 47 ff.

1138 BVGer 30.10.2017, 5943/2014, E. 3.9.

1139 Siehe *oben* § 9. 4. III.

1140 ZIMMERLI, Publikation, N 9 ff.

der Verwertung von Kenntnissen, die im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangt wurden.¹¹⁴¹

6. Wertende Zusammenfassung

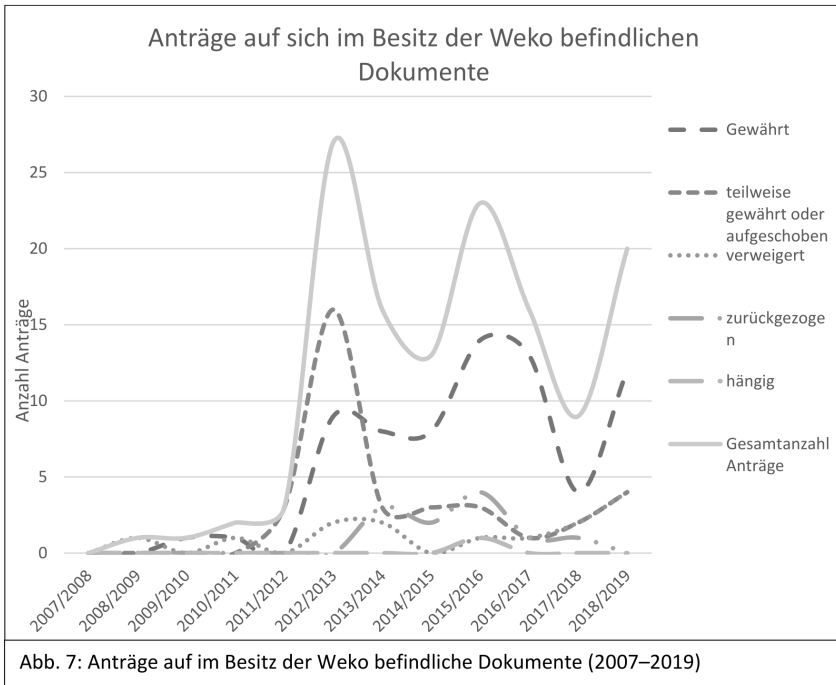
Die Rechtsprechung hat das Potenzial der Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen erkannt und betont deren Bedeutung für die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung. Zu bedauern ist, dass das Bundesgericht die Bedeutung der Veröffentlichung für die Kartellopfer nicht hervorhebt – trotz seines Hinweises auf die EU-Praxis, die diesen Zweck anerkennt. Vorliegend wird vertreten, dass die Bedeutung der Veröffentlichung für die Kartellopfer explizit anzuerkennen ist, um dem Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz gerecht zu werden. Detailliertere Veröffentlichungen wären dann zweckentsprechend, ebenso wie die erneute Veröffentlichung bereits veröffentlichter Sanktionsverfügungen. Von dieser Zweckänderung werden sich insbesondere positive Rückwirkungen auf andere Zugangsmöglichkeiten erhofft. Ist allgemein mit detaillierten Verfügungen zu rechnen, kann dies die Attraktivität einer Verfahrensbeteiligung mindern oder auf das BGÖ gestützte Zugangsgesuche erübrigen – im Hinblick auf die wirksame öffentliche Rechtsdurchsetzung wäre dies eine zu begrüßende Entwicklung. Zudem wäre eine Pflicht der Weko zur Veröffentlichung sämtlicher Verfügungen zu begrüßen. Zu betonen bleibt, dass ein wirksamer Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen eine unabdingbare Voraussetzung für die öffentliche Rechtsdurchsetzung ist. Allerdings genießen Informationen, die einen Kartellverstoss belegen oder zu eng mit einem solchen im Zusammenhang stehen, nicht den Schutz der Rechtsordnung. Ähnliches gilt für den wirtschaftlichen Wert von Informationen – dieser sinkt mit dem Zeitablauf. Hingegen lässt sich nicht verallgemeinern, wann die Schutzwürdigkeit einer Information entfällt, sodass hierüber im Einzelfall entschieden werden muss.¹¹⁴² Hierbei ist hervorzuheben, dass die Selbstanzeigeinformationen veröffentlicht werden dürfen, zumal wenn Kartellopfer sonst kaum an ähnliche Informationen gelangen würden – hiervon ausgenommen sind die Informationen aus der eigentlichen Selbstanzeige.

1141 Siehe *oben* § 15.

1142 Siehe *oben* § 14. 1. III. b.

§ 17. Zugang nach dem BGÖ

Eine Beteiligung am erstinstanzlichen Kartellverwaltungsverfahren ist für Kartellopfer mit hohen Hürden verbunden und nur bedingt zur Beweismittelbeschaffung geeignet. Auch fällt der Informationsgehalt der veröffentlichten Sanktionsverfügung häufig zu gering aus. Folglich sind die zur kartellzivilrechtlichen Durchsetzung notwendigen Informationen anderweitig beizubringen. Abhilfe vermag der Zugang nach dem BGÖ zu verschaffen. Dieses Gesetz trat am 1. Juli 2006 in Kraft und wird seither rege in Anspruch genommen¹¹⁴³ – dieser Eindruck wird zumindest durch die jährlichen Tätigkeitsberichte des EDÖB vermittelt. Diese Berichte listen sämtliche bei der Bundesverwaltung und somit auch die bei der Weko eingegangenen Gesuche auf. Eine Auswertung dieser Berichte ergibt folgendes Bild.



1143 Vgl. für eine numerische Auswertung der BGÖ-Zugangsansträge seit der Einführung des BGÖ BOLLER/HUNKEMÖLLER, Zugangsrechte, S. 775.

Vom Inkrafttreten des BGÖ bis einschliesslich Juni 2019 gingen bei den Wettbewerbsbehörden insgesamt 146 Zugangsgesuche ein. Jährlich werden im Durchschnitt elf Gesuche gestellt. Die Wettbewerbsbehörden gaben 56 % der Gesuche statt; bei 26 % der Gesuche wurde ein teilweiser oder zeitlich aufgeschobener Zugang gewährt; 10 % der Gesuche wurden verweigert, und 8 % der Gesuche wurden zurückgezogen.¹¹⁴⁴ Allerdings geben die Tätigkeitsberichte keinen Aufschluss darüber, ob sich die Gesuche auf Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren oder aus dem Verwaltungsalltag der Behörde beziehen.¹¹⁴⁵ Vermutlich sind ausschliesslich Erstere für das *«private enforcement»* relevant.

Die aufgezeigte Entwicklung ist aus Sicht von Rechtsuchenden bzw. Kartellopfern positiv zu bewerten – auch wenn bei der Weko im Jahr 2019 lediglich sieben Zugangsanträge gestellt wurden.¹¹⁴⁶ Die zunehmende Attraktivität dieser Zugangsrouten stösst allerdings auf Behördenseite auf Skepsis. Exemplarisch hierfür sind die Ausführungen des SECO aus dem Jahr 2012 zur Änderung des KG, wonach das BGÖ zwar grundsätzlich auf die Wettbewerbsbehörden Anwendung finden sollte, hingegen die Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26–30 KG explizit auszunehmen seien.¹¹⁴⁷ Diesen restriktiven Grundtenor vorausgeschickt, wird nachfolgend die auf das BGÖ gestützte Beweismittelbeschaffung untersucht.

1144 Die in den Tätigkeitsberichten auch jeweils erwähnten hängigen Gesuche bedürfen vorliegend keiner eingehenderen Auseinandersetzung.

1145 Bezeichnenderweise behandeln zwei von insgesamt drei der Empfehlungen des EDÖB keine Zugangsanträge zu Dokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren, vgl. Empfehlung des EDÖB 27.05.2015 und Empfehlung des EDÖB 03.09.2013, vgl. zu letzterer Empfehlung auch das Urteil des BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, sowie Weko, RPW 2015/3, Verfügung vom 27.07.2015 in Sachen BG über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung betreffend Zugangsgesuch zu Mitarbeiterdaten, S. 541 ff.; anderes hingegen in der Empfehlung des EDÖB 04.03.2020. Dieser Empfehlung lag ein Zugangsgesuch eines Medienschaffenden zu den Dokumenten eines Zusammenschlussverfahrens zugrunde.

1146 Weko, Jahresbericht 2019, S. 24.

1147 SECO, Erläuternder Bericht, S. 49.

1. Transparenzgrundsatz der Verwaltung

Die Verwaltungstätigkeit galt bis zum Inkrafttreten des BGÖ als geheim mit Ausnahmeverbehalt.¹¹⁴⁸ Die Bürger verfügten folglich über keinen Anspruch auf Informationen über die Verwaltungstätigkeit des Bundes.¹¹⁴⁹ Diese Ausgangslage wurde von den 1990er-Jahren an zunehmend als unbefriedigend empfunden und sollte durch das BGÖ verbessert werden.¹¹⁵⁰ Das BGÖ kehrte den Grundsatz der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit («Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt») zugunsten des Öffentlichkeitsprinzips («Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt») um.¹¹⁵¹

Die Verwaltungstransparenz verfolgt grundsätzlich drei (Haupt-)Ziele:

- Verwirklichung des Grundrechts der Informationsfreiheit nach Art. 16 BV¹¹⁵²
- demokratische Mitwirkung und Kontrolle der Verwaltung durch den Bürger¹¹⁵³
- Verwaltungsmodernisierung^{1154, 1155}

Die Botschaft unterstreicht sodann die vielschichtigen «Nutzenaspekte» des Öffentlichkeitsprinzips.¹¹⁵⁶ Als «Annezziel» des BGÖ gelten auch Effizienzgewinne für die Wirtschaft.¹¹⁵⁷ Der Einzelne gelange mithilfe des Öffentlichkeitsprinzips an eine «Fülle zuverlässigen Wissens» und könne dieses für seinen eigenen (wirtschaftlichen) Nutzen einsetzen.¹¹⁵⁸ Diese

1148 Botschaft BGÖ, S. 1965; die damals bereits geltenden Ausnahmen vom Geheimhaltungsprinzip werden in der Botschaft exemplarisch aufgezählt; Botschaft BGÖ, S. 1966 f.; SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Konzept, Kontext, N 4 ff.; BSK DSG/BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ, N 1.

1149 Botschaft BGÖ, S. 1967.

1150 Botschaft BGÖ, S. 1965 Fn. 5.

1151 BGE 142 II 340, E. 2.2.

1152 Botschaft BGÖ, S. 1973.

1153 Botschaft BGÖ, S. 1973 f., 1976; BGE 133 II 209, E. 2.3.1; BGE 136 II 399, E. 2.1; BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 3.2; HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip I, S. 146 f.; HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip II, S. 285 f.; BSK DSG/BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ, N 3.

1154 Botschaft BGÖ, S. 1976; BRUNNER/FLÜCKIGER, Zugang, N 3.

1155 SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Konzept, Kontext, N 4; ähnlich BSK DSG/BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ, N 3; mit Verweis auf die erwähnten Autoren BGE 142 II 313, E. 3; BGE 133 II 209, E. 2.3.1.

1156 Botschaft BGÖ, S. 1973.

1157 SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Konzept, Kontext, N 45.

1158 Botschaft BGÖ, S. 1974; HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip II, S. 286.

Form der Informationsbeschaffung erfolge etwa durch die Einsicht «in die behördliche Praxis und Entscheidungsfindung».¹¹⁵⁹ Die Botschaft lässt keinen Zweifel daran, dass die erlangten Informationen zum eigenen Vorteil verwendet werden dürfen; die Wirtschaftsakteure sollten ihr Handeln auf eine bessere Wissensgrundlage stützen dürfen.¹¹⁶⁰ Das gewonnene Wissen solle sich namentlich auf die Erfüllung wirtschaftlich relevanter Bundesaufgaben der Verwaltung beziehen.¹¹⁶¹ Der Einzelne solle Bescheid wissen, wie die Verwaltung ihre Bundeskompetenz durchsetzt, und dieses Wissen zu seinem Vorteil einsetzen dürfen.

In der vorliegenden Arbeit steht die in Art. 96 Abs. 1 BV geregelte Bundeskompetenz im Vordergrund. Aufgrund dieser hat der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen und Missbräuche bei der Preisbildung zu verhindern.¹¹⁶² Der Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden als Teil der Bundesverwaltung dient somit – grob formuliert – der Kontrolle des Vollzugs der in Art. 96 Abs. 1 BV geregelten Bundeskompetenz. Besonders im Kartellverwaltungsrecht ist die Transparenz der Verwaltung von besonderer Relevanz, weil die Kartellbeteiligten mit den Behörden kooperieren, etwa im Rahmen von einvernehmlichen Regelungen nach Art. 26 KG oder Selbstanzeigeverfahren nach Art. 49a Abs. 2 KG. Aufgrund verkürzter Verfügungen oder einer weitgehenden Geheimhaltung der Informationen des Selbstanzeigers erlangen potenziell Geschädigte nur wenige Informationen über die verfahrenswesentlichen Umstände. Ferner kommt es in diesen Fällen nur selten zu einer Inanspruchnahme des verwaltungsrechtlichen Instanzenzugs, sodass die Verwaltungstätigkeit nicht durch die Verwaltungsgerichte kontrolliert wird. Das BGÖ dient besonders hierbei der wirksamen Kontrolle des Vollzugs einer Bundeskompetenz durch die Verwaltung¹¹⁶³ und verhindert verwaltungsrechtliche «Dunkelkammern».

Die soeben erwähnte Kontrolle wird durch einen allgemeinen Anspruch auf Zugang zu den Dokumenten der Verwaltungsbehörde ermöglicht,¹¹⁶⁴

1159 Botschaft BGÖ, S. 1974; SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Konzept, Kontext, N 45; BSK DSG/BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ, N 3.

1160 Botschaft BGÖ, S. 2037.

1161 Botschaft BGÖ, S. 2037.

1162 In diesem Sinne auch BIAGGINI, Art. 96 N 2 BV; SGK BV-JACOBS, Art. 96 N 4.

1163 Nach BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 63, soll das BGÖ verhindern, dass es innerhalb der Verwaltung zu Geheimbereichen mit erhöhtem Missbrauchspotenzial kommt und die Kontrolle über das Verwaltungshandeln erhöhen.

1164 Botschaft BGÖ, S. 1976.

der sich in Art. 6 Abs. 1 BGÖ findet. Diese Norm ist die Kernbestimmung des BGÖ und verschafft jeder Person einen individuellen und subjektiven Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten.¹¹⁶⁵ Die Anspruchshürden sind äusserst niedrig – so muss der Gesuchsteller kein besonderes Interesse nachweisen.¹¹⁶⁶ Ebenfalls unerheblich ist die vorgesehene Verwendung der Dokumente.¹¹⁶⁷ Nicht von Bedeutung sind zudem die Nationalität, der Wohnsitz oder das Alter des Gesuchstellers.¹¹⁶⁸ Sodann stellt das BGÖ die widerlegbare Vermutung auf, dass grundsätzlich sämtliche Dokumente dem Öffentlichkeitsgrundsatz unterliegen.¹¹⁶⁹ Die Behörde trägt somit die Beweislast dafür, dass ein Dokument nicht dem Zugang nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ unterliegt.¹¹⁷⁰ Neben diesen niedrigen Zugangsschranken besteht ein zusätzliches Wesensmerkmal des BGÖ darin, dass ein einer Person einmal zugänglich gemachtes Dokument für alle Personen gleichermaßen öffentlich zugänglich ist.¹¹⁷¹ Dieser Grundsatz wird in der Botschaft als «*access to one, access to all*» beschrieben.¹¹⁷²

Eine Behörde kann ein Zugangsgesuch auf dreierlei Weise behandeln, und zwar nicht, teilweise oder vollständig Zugang gewähren.¹¹⁷³ Nach der Botschaft kann eine Behörde in Fällen, in denen ein Dokument teilweise oder vollständig dem Zugang der Öffentlichkeit entzogen ist, einzelnen

1165 BGE 142 II 324, E. 3.4; BGE 136 II 399, E. 2.1; BGE 133 II 209, E. 2.1; BGer 10.08.2016, 1C_428/2016, E. 2.3; BGer 18.05.2016, 1C_296/2015, E. 3.2; BVGer 22.04.2013, A-4962/2012, E. 4; BVGer 24.11.2014, A-3122/2014, E. 4.1.

1166 BGE 136 II 399, E. 2.1; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 6 N 10; Botschaft BGÖ, S. 2002.

1167 BVGer 17.11.2014, A-3403/2013, E. 3.2 m. w. N.; Botschaft BGÖ, S. 2002.

1168 BVGer 24.07.2007, A-7369/2006, E. 4.1; Botschaft BGÖ, S. 2001; BSK DSG/BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, Art. 10 N 15; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 6 N 9.

1169 BVGer 27.04.2016, A-6313/2015, E. 5.3; BVGer 10.02.2016, A-5146/2015, E. 5.3.3; Empfehlung des EDÖB 18.09.2012, N 30.

1170 BGE 142 II 324, E. 3.4; BVGer 17.11.2014, A-3403/2013, E. 3.2; BRUNNER/FLÜCKIGER, Zugang, N 3; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 6 N 11; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 6 N 11.

1171 Art. 2 VBGÖ; Botschaft BGÖ, S. 1976; BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 3; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 6 N 10.

1172 BVGer 16.05.2018, A-2070/2017, E. 5.3; Empfehlung des EDÖB 26.02.2014, N 36; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 6 N 20 ff.; Botschaft BGÖ, S. 2001; vgl. für die EU: Art. 4 TransparenzVO, nach der ein Dokument, in das Einsicht gewährt wurde, als verbreitet gilt; vgl. auch EuG 18.09.2014, Rs. T-447/11, *Lian Catinis/Kommission*, EU:T:2014:267, N 47; siehe zum «*erga omnes-Ansatz*» oben § 10. 1.

1173 BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 3.

Personen Zugang unter entsprechenden Auflagen gewähren.¹¹⁷⁴ Wird ein solcher Zugang gewährt, handelt es sich, genau betrachtet, nicht um einen Zugang nach dem BGÖ, sondern um eine unmittelbar auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Akteneinsicht, die den Gegenstand des nachfolgenden Kapitels darstellt.¹¹⁷⁵

2. Das amtliche Dokument

I. Begriff des amtlichen Dokuments (Art. 5 Abs. 1 BGÖ)

Laut BGÖ gilt eine Information als amtliches Dokument, wenn sie

- auf einem Informationsträger gespeichert ist (Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ),
- sich im Besitz derjenigen Behörde befindet, durch die sie hergestellt wurde oder die sie erhalten hat (Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ) und
- der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient (Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ).

Aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ ergibt sich, dass die Information bereits auf einem Informationsträger gespeichert sein muss – es sie also bereits gibt. Das Öffentlichkeitsprinzip verpflichtet die Behörde somit nicht, Informationen zu sammeln, sondern nur, bereits im Behördenbesitz befindliche Informationen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.¹¹⁷⁶ Demzufolge ist das BGÖ für Geschädigte kein Instrument, um die Wettbewerbsbehörden zur Beweismittelbeschaffung zu veranlassen. Immerhin sind nach Art. 5 Abs. 2 BGÖ Dokumente, die sich nicht im Behördenbesitz befinden, aber durch einen einfachen elektronischen Vorgang erstellt werden können, von der Behörde zu erstellen und zugänglich zu machen.¹¹⁷⁷

Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ muss sich eine Information im Besitz der Behörde befinden, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt wurde. Somit sind vom BGÖ nicht nur Informationen erfasst, die von der Behörde erstellt wurden, sondern auch solche, die der Behörde von Dritten mitgeteilt wurden.¹¹⁷⁸ Somit müssen Dritte grundsätzlich bereits seit dem

1174 Botschaft BGÖ, S. 2005, siehe auch S. 2001.

1175 Siehe dazu *unten* § 18; vgl. BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 3.

1176 Vgl. Botschaft BGÖ, S. 1992; BSK DSG/BGÖ-BÜHLER, Art. 5 N 10.

1177 Vgl. BGer 02.12.2015, 1C_50/2015, E. 7.3; BGer 18.05.2016, 1C_122/2015, E. 3.5.2; bezeichnenderweise spricht BSK DSG/BGÖ-BÜHLER, Art. 5 Überschrift VI zu N 17 ff., vom «virtuellen Dokument».

1178 Vgl. BSK DSG/BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, Art. 10 N 27; HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip II, S. 292; BOLLER/HUNKEMÖLLER, Zugangsrechte, S. 773.

Inkrafttreten des BGÖ in Kauf nehmen, dass Informationen, die sie der Weko mitteilen, dem BGÖ unterliegen und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden können.¹¹⁷⁹

Ferner muss eine Information nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ in Bezug zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen. Dies trifft zu, sobald die Information dem Vollzug einer Bundeskompetenz dient¹¹⁸⁰ – nicht hingegen, wenn sie zum persönlichen Gebrauch bestimmt ist.¹¹⁸¹ Eine Information ist nach Art. 1 Abs. 3 VBGÖ zum persönlichen Gebrauch bestimmt und somit kein amtliches Dokument nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ, wenn sie zwar dienstlichen Zwecken dient, ihre Benutzung aber ausschliesslich dem Ersteller oder einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitshilfsmittel vorbehalten ist, wie Notizen oder Arbeitskopien von Dokumenten.¹¹⁸² Ob eine Information für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bestimmt ist oder unter die Ausnahme des Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ fällt, ist häufig schwierig zu beantworten, was nachfolgend anhand des *«fil rouge»* aufgezeigt wird.

II. «Fil rouge»

Das Sekretariat amtet in Kartellverwaltungsverfahren als Untersuchungsbehörde und informiert die Weko über die Entscheidungsgrundlage. Dies erfolgt insbesondere mittels des vom Sekretariat zu erstellenden *«fil rouge»*¹¹⁸³ – eine Art Zusammenfassung des Entscheidungsantrags an die Weko.¹¹⁸⁴ Dieses Dokument verschafft einen summarischen Überblick über die Untersuchungsergebnisse und dient der ersten Orientierung über den Verfahrens-

1179 Siehe zur Ausnahme nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ auch *unten* § 17. 6. II. d.

1180 Vgl. Botschaft BGÖ, S. 1994, der von einer «Aufgabe des Bundes» spricht; vgl. auch BGE 142 II 324, E. 2.4.

1181 Vgl. Botschaft BGÖ, S. 2000; die zuletzt genannte Kategorie konkretisierend, BVGer 23.11.2015, A-7405/2014, E. 5.1.4.

1182 Vgl. BGE 142 II 324, E. 2.5.2; Botschaft BGÖ, S. 2000.

1183 BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 176.

1184 BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 177: «Er erwähnt tabellarisch die involvierten Parteien, den Verfahrensverlauf, die geprüften Tatbestände, das Dispositiv sowie die Fallverantwortlichen. Zudem enthält er insbesondere eine kurze Zusammenfassung des Sachverhalts, Ausführungen zu technischen Aspekten sowie Erwägungen bzw. zu erörternde Sachfragen im Hinblick auf die Entscheidungsfindung durch die Wettbewerbskommission».

gegenstand, um den Mitgliedern der Weko den Zugang zum Antrag zu erleichtern.¹¹⁸⁵

Nach dem Bundesverwaltungsgericht ist im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht nach Art. 26 ff. VwVG der Zugang zum «*fil rouge*» ausgeschlossen – es fehle ihm als internem Dokument am Beweischarakter.¹¹⁸⁶ Diese Wertung kann hingegen nicht für den Zugang nach dem BGÖ übernommen werden, denn die Ziele des VwVG und des BGÖ sind grundverschieden.¹¹⁸⁷ Der Umstand, dass ein Dokument nicht veröffentlicht wird und lediglich eine Art Nebenprodukt der Sanktionsverfügung darstellt, ist für den Öffentlichkeitszugang unerheblich.¹¹⁸⁸ Fraglich ist somit, ob der «*fil rouge*» zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient oder als ein für den persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument qualifiziert wird. Im zweiten Fall wäre es kein amtliches Dokument nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ und unterläge folglich nicht dem Öffentlichkeitszugang.

a. Eng begrenzter Personenkreis

Ein Dokument gilt als zum persönlichen Gebrauch bestimmt und somit nicht als amtliches Dokument, wenn es einen gewissen Ausschliesslichkeitscharakter aufweist, weil es nur einem eng begrenzten Personenkreis zugänglich ist.¹¹⁸⁹ Von welcher Zahl von Personen an, die Zugang zu einem Dokument haben, das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises überschritten ist, lässt sich weder dem Gesetz noch der Verordnung oder den Gesetzesmaterialien entnehmen.¹¹⁹⁰ Bei der Beantwortung dieser Frage ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Norm im Sinne des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Verwaltung restriktiv auszulegen ist.¹¹⁹¹

1185 BVerfGE 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 178.

1186 BVerfGE 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 180; siehe *oben* § 14. 1. II.

1187 Das BGÖ bezweckt nach Art. 1 BGÖ die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern sowie zur Information der Öffentlichkeit beizutragen, indem der Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet werden soll. Das VwVG hingegen bezweckt u. a. die Gewährung des rechtlichen Gehörs während des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens.

1188 Zu berücksichtigen ist dann ebenfalls, dass die Kategorie «interne Dokumente» dem BGÖ fremd ist, BVerfGE 18.05.2016, 1C_122/2015, E. 2.3; BJ, Umsetzung, S. 22 f.

1189 Art. 1 Abs. 3 VBGÖ.

1190 BVerfGE 23.11.2015, A-7405/2014, E. 5.2.2.2.

1191 BVerfGE 23.11.2015, A-7405/2014, E. 3, 5.2.2.2.

Auf den ersten Blick mag das Verhältnis zwischen dem Sekretariat und der Weko als Austausch zwischen einem rangniedrigeren Mitarbeiter und seinem Vorgesetzten erscheinen. Das Sekretariat stellt als Untersuchungsbehörde der Weko als Entscheidbehörde die notwendigen Informationen zur Verfügung und gibt in Form einer Verfügung seine rechtliche Einschätzung ab.¹¹⁹² Bezeichnenderweise wird die Funktion des Sekretariats im Entscheidstadium mit der eines Gerichtsschreibers verglichen.¹¹⁹³ Trotz dieses offensichtlichen Subordinationselements verdeutlicht ein zweiter Blick, dass es dem «*fil rouge*» am Ausschliesslichkeitscharakter fehlt. Nach dem Bundesverwaltungsgericht ist keine Ausschliesslichkeit gegeben, wenn ein Dokument von 20 Personen benutzt wird.¹¹⁹⁴ Von einem eng begrenzten Personenkreis ist ebenfalls nicht auszugehen, wenn nur ein kleiner, ausschliesslich aus Kadermitarbeitern bestehender Kreis Kenntnis eines Dokuments hat.¹¹⁹⁵ Auch ein Outlook®-Kalender weist einen interaktiven Charakter auf, unterstützt die Zusammenarbeit der Benutzer auf verschiedene Weise und erfüllt somit nicht per se das Ausschliesslichkeitskriterium.¹¹⁹⁶

Die Weko besteht derzeit aus zwölf Mitgliedern (Stand 19. Februar 2020).¹¹⁹⁷ Der «*fil rouge*» ist nicht nur diesen Personen vorbehalten, sondern steht notwendigerweise auch den Mitarbeitern des Sekretariats zur Einsicht offen, die das Dokument schliesslich erstellt haben. Auch das Sekretariat untergliedert sich wiederum in die Geschäftsleitung und die jeweiligen Dienste,¹¹⁹⁸ was weiter dafür spricht, dass der «*fil rouge*» durch «mehrere Hände» wandert, bevor er der Weko zukommt. Folglich erfüllt der «*fil rouge*» nicht das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises.¹¹⁹⁹ Sollte dieses Kriterium entgegen der vorliegend vertrete-

1192 DIKE KG-BRUCH/MEIER, Art. 23 N 63 ff.

1193 BSK KG-BANGERTER, Art. 23 N 24.

1194 BVGer 07.12.2011, A-1135/2011, E. 5.2.2.; BVGer 23.11.2015, A-7405/2014, E. 5.2.2.2.

1195 BVGer 28.10.2014, A-6291/2013, E. 6.5.2.; BVGer 23.11.2015, A-7405/2014, E. 5.2.2.2.

1196 BVGer 23.11.2015, A-7405/2014, E. 5.2.2.2.

1197 Siehe Website der Weko (www.admin.weko.ch); vgl. auch Botschaft KG 1994, S. 599, nach der von einer gewünschten Anzahl von 11 bis 15 Mitgliedern der Weko auszugehen ist.

1198 BRUCH/MEIER sprechen bezeichnenderweise von Kommandobrücke und Maschinenraum, DIKE KG-BRUCH/MEIER, Art. 23 N 17, 20.

1199 Gegen eine Qualifikation einer Aktennotiz/Aide-mémoire als amtliches Dokument, siehe Empfehlung des EDÖB 11.12.2008, Nr. II. B. 4.

nen Ansicht dennoch bejaht werden, wäre ausserdem fraglich, ob der «*fil rouge*» als Arbeitshilfsmittel nach Art. 1 Abs. 3 VBGÖ qualifiziert wird.

b. Arbeitshilfsmittel

Die Bezeichnung eines Dokuments als «*fil rouge*» weist auf dessen Natur als Arbeitsgrundlage oder Arbeitshilfsmittel hin. Die innerhalb der Verwaltung verwendete Bezeichnung eines Dokuments, hier «*fil rouge*», ist allerdings nicht ausschlaggebend für die nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ vorzunehmende Qualifikation.¹²⁰⁰ Der «*fil rouge*» enthält insbesondere die geprüften Tatbestände, das (vorläufige) Dispositiv, eine kurze Zusammenfassung des Sachverhalts und Ausführungen zu den technischen Aspekten. Somit handelt es sich um mehr als nur um eine Gedankenstütze oder ein Arbeitshilfsmittel. Der «*fil rouge*» enthält eine systematische Zusammenstellung des von der Untersuchung erfassten Sachverhalts sowie eine Erörterung der möglichen Tatbestände und ist die Grundlage der von der Weko zu erlassenden Verfügung. Dementsprechend handelt es sich um ein gedanklich weiterentwickeltes und inhaltlich ausgereiftes Dokument¹²⁰¹, das nicht als lediglich behelfsmässig erstellt betrachtet werden kann.¹²⁰²

Bei der vorliegenden Qualifikationsfrage ist ferner das Transparenzziel nicht aus den Augen zu verlieren. Die Transparenz soll es der Öffentlichkeit ermöglichen, die Verwaltungstätigkeit zu kontrollieren. Insofern liegt eine Qualifikation des «*fil rouge*» als amtliches Dokument nahe, weil das Dokument Ausführungen zu den geprüften Tatbeständen enthält, die sich nicht zwingend in der Sanktionsverfügung wiederfinden.¹²⁰³ Herauszufinden, ob und inwiefern ein Tatbestand von der Weko geprüft oder auch nicht eingehend geprüft wurde, ist ein legitimes Interesse der Öffentlichkeit und führt zu einer wirksamen Kontrolle der Verwaltungstätigkeit. Dies ist gerade in einer Ausgangslage, in der nicht mit einer Inanspruchnahme des Instanzenzugs zu rechnen ist, von besonderer Bedeutung.

Somit konnte festgestellt werden, dass der «*fil rouge*» nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ grundsätzlich nicht vom Öffentlichkeitszugang auszunehmen

1200 BVerG 28.10.2014, A-6291/2013, E. 6.5.2.

1201 Vgl. Empfehlung des EDÖB 27.05.2015, N 19.

1202 Vgl. BVerG 07.12.2011, A-1135/2011, E. 5.2.2.

1203 Siehe hierzu exemplarisch Weko, RPW 2016/3, Flügel und Klaviere, S. 652 N 39.

ist. Das Dokument erfüllt das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises nicht und ist ebenfalls kein reines Arbeitshilfsmittel.

3. Geltungsbereich des BGÖ

I. Persönlicher Anwendungsbereich

Das BGÖ erfasst nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ die gesamte Bundesverwaltung. Der Begriff der Bundesverwaltung deckt sich mit demjenigen in Art. 178 BV und in Art. 2 RVOG.¹²⁰⁴ Demnach zählen auch die dezentralen Bundesverwaltungseinheiten zur Bundesverwaltung.¹²⁰⁵ Die Weko ist eine Behördenkommission, die administrativ dem WBF unterstellt und Teil der dezentralen Bundesverwaltung ist.¹²⁰⁶ Der persönliche Geltungsbereich des BGÖ umfasst demzufolge die Verwaltungstätigkeit der Wettbewerbsbehörden.¹²⁰⁷

II. Sachlicher Geltungsbereich

Vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ sind nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Nr. 1–6 BGÖ im Wesentlichen sämtliche Dokumente ausgenommen, die Justizverfahren betreffen.¹²⁰⁸ So sind Dokumente aus Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege ebenso wie aus Zivil- und Strafverfahren, zu denen auch das Verwaltungsstrafrecht zählt, vom Zugang der Öffentlichkeit ausgeschlossen.¹²⁰⁹ Die Ausnahmen erfassen rechtshängige und rechtskräftige Justizverfahren.¹²¹⁰ Das erstinstanzliche (Kartell-)Verwaltungsverfahren zählt nicht zu den Justizverfahren und ist

1204 Botschaft BGÖ, S. 1985; BSK DSG/BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2 N 1.

1205 SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 N 21 ff.

1206 BGE 139 I 72, E. 4.3; BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1; Botschaft BGÖ, S. 1986; BSK DSG/BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2 N 4; SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 N 23; vgl. auch WALDMANN/BICKEL, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 12 N 13 f. mit Fn. 52.

1207 BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1; vgl. auch BSK DSG/BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2 N 21; Empfehlung des EDÖB, 19. Tätigkeitsbericht (2011/2012), S. 115.

1208 BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1.

1209 Botschaft BGÖ, S. 1989.

1210 BGE 133 II 209, E. 2 f.; BGer 03.08.2018, 13Y_2/2018, E. 2.1.1; Botschaft BGÖ, S. 1989; BSK DSG/BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 3 N 5; a. A. SHK BGÖ-SCHWEI-

folglich nicht vom sachlichen Geltungsbereich ausgeschlossen. Diese Erkenntnis wird durch Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ bestätigt, der die Akteneinsichtnahme durch die Verfahrenspartei des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ ausschliesst. Der Geltungsbereich wird somit durch Art. 3 Abs. 1 Bst. a und Bst. b BGÖ negativ definiert.¹²¹¹ Im Umkehrschluss ergibt sich, dass amtliche Dokumente aus erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ erfasst sind.¹²¹²

Nicht unerwähnt bleiben darf die in der Schweizer Literatur geführte Diskussion über die rechtliche Qualifikation von Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG. Im Kern dreht sich diese Diskussion um die Frage, ob es sich bei einem Kartellverwaltungsverfahren um ein verwaltungsrechtliches oder um ein strafrechtliches Verfahren handelt. Würde das Kartellverwaltungsverfahren als straf- oder verwaltungsstrafrechtliches Verfahren qualifiziert,¹²¹³ wäre die Informationsbeschaffung nach dem BGÖ in den hier interessierenden Konstellationen ausgeschlossen, da das BGÖ auf Strafverfahren keine Anwendung findet.¹²¹⁴ Die Frage ist demnach für die vorliegende Arbeit von praktischer Relevanz, wird aber angesichts der höchstrichterlichen Klärung nur grob dargestellt. Der Übersicht

ZER/WIDMER, Art. 3 N 10; offen gelassen von BOLLER/HUNKEMÖLLER, Zugangsrechte, S. 773.

1211 Botschaft BGÖ, S. 1989; BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1; BVGer 13.07.2016, A-8073/2015, E. 5.2.1.

1212 Botschaft BGÖ, S. 1989; BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1; BVGer 13.07.2016, A-8073/2015, E. 5.2.1; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 31.

1213 Das KG sieht neben dem Untersuchungsverfahren zahlreiche andere Aufgaben und Verwaltungsverfahren vor. Diese sind der Erlass von allgemeinen Bekanntmachungen nach Art. 6 KG, die ausnahmsweise Zulassung vor dem Bundesrat nach Art. 31 KG, die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 32 ff. KG, die Marktbeobachtung und Empfehlungen an Behörden nach Art. 45 KG, das Ausfällen von Verwaltungsanktionen nach Art. 50 ff. KG, die Ausfällung von Strafsanktionen nach Art. 54 ff. KG, die Ausführung internationaler Abkommen nach Art. 58 f. KG, die Stellungnahmen in Gesetzgebungsverfahren nach Art. 46 KG; die Gutachten nach Art. 15 und Art. 47 KG, sowie das nicht ausdrücklich im Kartellgesetz geregelte Verfahren der Nachkontrolle der angeordneten Massnahmen der Weko.

1214 Bezeichnenderweise hielt die Weko in einer Verfügung aus dem Jahr 2014 fest, dass das BGÖ nicht zur Anwendung kommt, Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten, S. 150 ff., N 14; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 22, siehe aber auch N 13; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Gemeinde Koblenz), S. 433 ff., N 19, siehe aber auch N 10; Weko, RPW 2018/4, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Graubünden), S. 723 ff., N 14.

halber ist zwischen der Qualifikation der Sanktionen nach Art. 49a KG als Strafe nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II (1) und der Qualifikation der Sanktionen nach Art. 49a KG als Strafverfahren nach innerstaatlichem Recht (2) zu unterscheiden.

- (1) Einstimmigkeit herrscht darüber, dass es sich bei den Sanktionen, die in Kartellverwaltungsverfahren verhängt werden, um Strafen nach Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II handelt und die strafrechtlichen Minimalgarantien auch in Kartellverwaltungsverfahren zu berücksichtigen sind.¹²¹⁵
- (2) Der im BGÖ verwendete Begriff des Strafverfahrens richtet sich hingegen nach innerstaatlichem Recht und ist dementsprechend zu qualifizieren. Die Lehrmeinungen zu dieser Qualifikationsfrage lassen sich in vier Kategorien aufteilen, die die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG als
 - genuin strafrechtliche Sanktionen¹²¹⁶,
 - quasistrafrechtliche Sanktionen¹²¹⁷,
 - verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen¹²¹⁸ oder
 - (Kartell-)Verwaltungssanktionen mit strafrechtsähnlichem Charakter

1215 BGE 139 I 72, E. 2.2.2; BGer 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 8.5.3; CR Concurrence-ROTH, Rem. Art. 49a-53 LCart N 19 ff.; BSK KG-NIGGLI/RIEDO, vor Art. 49a KG N 43; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 1105; ZÄCH, Vorgabe, S. 54 f.; BORER, Kartellgesetz, Art. 49a KG N 2; JAAG, Sanktionen II, S. 17 f.; KUBLI, Sanktionssubjekt, S. 144 f.; SEITZ, Swissscom, S. 653; BREITENMOSEER/WALDER, Verfahrensrechtliche Fragen, S. 31 f.; CR Concurrence-MARTENET, Rem. Art. 39-43 LCart N 20 ff.; HANGERTER, Aspekte, S. 269; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 3.205; TAGMANN, Sanktionen, S. 92 f.; SHK KG-REINERT, Art. 49a N 4; ZIMMERLI, Dogmatik, S. 452 ff.; KOBEL, Sanctions, S. 1153 f.; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, S. 184, 188; vgl. auch Botschaft KG 2001, S. 2033 f.; allgemein HÄNER, Mindestgarantien, *passim*; REIMANN, Strafrechtsähnliche Rechtsnatur, N 43.

1216 RIEDO/NIGGLI, Verwaltungsstrafrecht I, S. 48 ff.; NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, S. 52 ff.; BSK KG-NIGGLI/RIEDO, vor Art. 49a KG N 43 f.; NIGGLI/RIEDO, Kartellstrafrecht, S. 647, 657; NIGGLI/MAEDER, Verwaltungsstrafrecht, S. 29; NACHT/WOHLMANN, Kartellsanktionen, *passim*; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Kartellrechtliche Verantwortlichkeit, S. 206; LANG, Untersuchungsmaßnahmen, N 9; wohl auch HIRSBRUNNER/WERNER, Überholt, N 9.

1217 HEINE/ROTH, Kartellrechtsrevision, S. 10 f.; HEINE, Quasi-Strafrecht, S. 112 ff.; diesem Ansatz gegenüber kritisch NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, S. 113 f.; für eine Qualifikation der Strafsanktionen nach Art. 49a KG als «neue Art der Sanktion» siehe auch, SPITZ, Problemstellungen, S. 555; wohl implizit auch REINERT P., Sanktionsregelung, S. 149.

1218 ZIMMERLI, Dogmatik, S. 455 ff.; wohl auch BORER, Kartellgesetz, Art. 39 N 20.

qualifizieren.¹²¹⁹

Nach den ersten drei Lemmata lässt sich vertreten, dass das Straf- oder Verwaltungsstrafrecht auf Kartellverwaltungsverfahren Anwendung finden sollte. Dies würde nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Nr. 2 BGÖ zum Ausschluss des BGÖ in Kartellverwaltungsverfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG führen. Allerdings qualifizierte das Bundesgericht in Kartellverwaltungsverfahren verhängte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG nach dem vierten Lemma als Verwaltungsanktionen mit strafrechtsähnlichem Charakter.¹²²⁰

Wohl nicht völlig unberechtigt wird von Teilen der Literatur geltend gemacht, dass angesichts der strafrechtsähnlichen Natur sanktionsbewehrter Kartellverwaltungsverfahren ein vergleichbares Interesse am Schutz der Informationen bestehe wie in strafrechtlichen Verfahren, weshalb die Verfahrensakten nicht vom Öffentlichkeitsprinzip erfasst seien.¹²²¹ Entgegen diesem Einwand hat das Bundesgericht, wenn auch nur als Obiter Dictum, explizit festgehalten, dass das Verfahren auf Erlass einer Sanktionsverfügung nach Art. 49a KG kein Strafverfahren, sondern ein Verwaltungsverfahren darstelle und das BGÖ grundsätzlich anwendbar sei.¹²²² In Übereinstimmung hiermit hat auch das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass das Sanktionsverfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG als Verwal-

1219 DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 4; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a N 7; CR Concurrence-MARTENET, Rem. Art. 39-43 LCart N 4 ff.; SHK KG-COURVOISIER, Art. 39 N 4; BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 86; BSK KG-BILGER, Art. 39 N 29; TAGMANN, Sanktionen, S. 86; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 53 N 43; CR Concurrence-MOREILLON, Art. 53 N 5; Doss, Vertikalabreden, S. 72, 77; HEINEMANN, Sanktionen, N 27 ff.; MÜLLER, Passing-on Defense, S. 234 f.; HANGERTER, Verhältnis, S. 265 f.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 1108; WASSER, Verfahrensrecht, S. 81; JAAG, Sanktionen I, S. 952; JAAG, Sanktionen II, S. 17; LOCHER, Sanktionen, S. 185 ff.; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, S. 184, 188; VON BÜREN, Zulässigkeit, S. 197 f.; RAGETTLI, Garantien, N 58; REIMANN, Strafrechtsähnliche Rechtsnatur, N 100 m. w. N.

1220 BGE 139 I 72, E. 2.2.2, 4.3; BGE 142 II 243, E. 3.4; BGer 26.05.2016, 2C_1065/2014, E. 8.1 f., nicht publiziert in BGE 142 II 268; BGE 143 II 297, E. 9.1; BGE 144 II 194, E. 5.1; BGE 145 II 259, E. 2.6.2; BGer 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 8.1; BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.6.2; BVGer 25.06.2018, B-880/2012, E. 5.2; BVGer 14.09.2015, B-7633/2009, N 60, S. 643 f.; BVGer 23.09.2014, 8399/2010, E. 6.4.1; BVGer 23.09.2014, B-8430/2010, E. 7.4.1, 8.12; BVGer 13.11.2015, B-3332/2012, E. 3.11.3; BVGer 15.11.2012, B-851/2012, E. 5.1.

1221 BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 70; BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 348 Fn. 26; a. A. DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 31.

1222 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.2; in BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 4.1 wird ebenfalls auf einen möglichen Zugang nach Art. 6 BGÖ verwiesen.

tungsverfahren grundsätzlich in den Geltungsbereich des BGÖ falle.¹²²³ Auch der EDÖB hat in seinem 19. Tätigkeitsbericht deutlich festgehalten, dass anlässlich der letzten, gescheiterten KG-Revision kein Anlass bestehe, das Kartellverwaltungsverfahren auch nur teilweise vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ auszunehmen.¹²²⁴ Somit finden die strafrechtlichen Erlasse wie die StPO keine Anwendung, sondern – wegen der Natur als erstinstanzliches Verwaltungsverfahren – das VwVG.¹²²⁵ Die Vorabklärung und das Untersuchungsverfahren der Weko sind folglich vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ erfasst.¹²²⁶

Ausser Zweifel steht zudem, dass amtliche Dokumente, die die Verwaltungstätigkeit der Wettbewerbsbehörden betreffen, wie etwa Mitarbeiterlisten der Weko für bestimmte Zusammenschlussvorhaben¹²²⁷ oder Marktbeobachtungsstudien¹²²⁸, unter dem Vorbehalt allfälliger Ausnahmen dem Öffentlichkeitsprinzip unterliegen.¹²²⁹

1223 BVerfG 23.08.2016, A-6315/2014, A-6315/2014, A-6334/2014, E. 4.2; BVerfG 23.10.2018, A-592/2018, E. 12; BVerfG 18.10.2018, A-590/2018, E. 13; BVerfG 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1, hingegen nicht in Bezug auf amtliche Dokumente aus einem Untersuchungsverfahren; offengelassen in BVerfG 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.1.2.

1224 Empfehlung des EDÖB, 19. Tätigkeitsbericht (2011/2012), S. 115.

1225 BVerfG 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.6.2; DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 4; BSK KG-BILGER, Art. 39 N 29; CR Concurrence-MARTENET, Rem. Art. 39-43 LCart N 4; siehe auch als kritischen Rundumschlag die Würdigung von REINERT M., Flickwerk, *passim*.

1226 DIKE KG-SÜTTER, Art. 25 N 31; DIKE KG-BEURET, Art. 26 N 52; CR Concurrence-MARTENET, Art. 21 N 24, Art. 25 N 37; Art. 39 N 46; implizit wohl auch DIKE KG-BICKEL/WYSSLING, Art. 41 N 23; Empfehlung des EDÖB, 19. Tätigkeitsbericht (2011/2012), S. 115; für eine a. A. jedoch noch vor der neuen Rechtsprechung BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 70; nach BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 348 Fn. 26, besteht die Gefahr, dass das Bekenntnis des BVerfG zur strafrechtsähnlichen Natur der Sanktionen nach Art. 49a KG durch die Anwendbarkeit des BGÖ riskiere, zu einem «Lippenbekenntnis» zu verkommen; nach DENOETH, Kronzeugenregelung, S. 297 f., besteht in der Schweiz kein allgemeiner Zugang zu Dokumenten der Weko. Daher unterstehe die Weko der Öffentlichkeit gegenüber lediglich einer gewissen Informationspflicht; anscheinend geht auch ZIMMERLI nicht von einer Anwendbarkeit des BGÖ auf das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren aus, da er es im § 15 seiner monografischen Abhandlung, wo er sich mit der «Diskretionsproblematik» auseinandersetzt, nicht abhandelt, ZIMMERLI, Dogmatik, S. 721 ff.; RAGETTLI, Garantien, N 165.

1227 Empfehlung des EDÖB 03.09.2013.

1228 Empfehlung des EDÖB 27.05.2015.

1229 Zu den Ausnahmen nach Art. 7 BGÖ siehe unten § 17. 6. II.

Vom sachlichen Anwendungsbereich ausgenommen sind allerdings Dokumente, die im Rahmen verwaltungsstrafrechtlicher Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbsbehörden in Behördenbesitz gelangt sind¹²³⁰ – wie etwa im Rahmen von Hausdurchsuchungen beschlagnahmte Dokumente.¹²³¹ Auf das Verfahren einschliesslich der Entsiegelung der beschlagnahmten Dokumente finden die Bestimmungen des VStrR Anwendung.¹²³² Der sachliche Geltungsbereich des BGÖ ist dann nicht eröffnet.¹²³³

Anzufügen bleibt, dass das BGÖ ebenfalls auf die Vorabklärung der Weko Anwendung findet, obwohl nach Art. 26 Abs. 3 KG im Verfahren der Vorabklärung kein Recht auf Akteneinsicht besteht (zur Frage, ab welchem Zeitpunkt der Zugang nach BGÖ zu gewähren ist, siehe den folgenden Abschnitt).¹²³⁴ Führt eine Vorabklärung nicht zur Eröffnung einer Untersuchung durch die Weko, drängt sich eine Einsicht durch die Öffentlichkeit auf. Denn dann muss kontrolliert werden können, weshalb die in der Vorabklärung gegenständliche Verhaltensweise, die häufig von in ihren Rechten beeinträchtigten Dritten gemeldet wird, keinen Anlass zur Verfahrenseröffnung gegeben hat.

III. Zeitpunkt des frühestmöglichen Zugangs der Öffentlichkeit

Der Zugang nach dem BGÖ und die Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren verfolgen funktional dasselbe Ziel – den Zugang zu amtlichen Dokumenten bzw. die Akteneinsicht in Verfahrensdokumente. Dennoch unterscheiden sich die Anspruchsvoraussetzungen deutlich. Die Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren hängt grundsätzlich von der Parteistellung ab; verfahrensbeteiligte Dritte ohne Parteistellung verfügen über stark eingeschränkte Akteneinsichtsmöglichkeiten. Dem steht quasi diametral der Öffentlichkeitszugang entgegen, nach dem Dritte nahezu voraussetzungslos Einsicht in amtliche Dokumente nehmen können.

Die parallele Anwendbarkeit der beiden Regularien birgt die Gefahr von Wertungswidersprüchen und vermag den reibungslosen Ablauf des

1230 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 31.

1231 Art. 42 Abs. 2 KG.

1232 BANGERTER, Hausdurchsuchungen, S. 39 ff.

1233 Art. 3 Abs. 1 Bst. a Nr. 2 BGÖ; BVGer 28.01.2016, A-4186/2015, E. 6.1, 7.2.2.4 m. w. N.; Botschaft BGÖ, S. 1989.

1234 DIKE KG-BEURET, Art. 26 N 49 f.; a. A. BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 72.

Verwaltungsverfahren zu stören, weshalb es einer klaren Regelung des Zusammenspiels dieser Regularien bedarf. Wer entsprechende Regelungen in den einschlägigen Gesetzen sucht, der sucht allerdings vergeblich. Das KG, das VwVG oder das BGÖ enthalten keine expliziten Vorschriften, die etwa rechtshängige Kartellverwaltungsverfahren vom Geltungsbereich des BGÖ ausnehmen.

Somit stellt sich die Frage, ob der Öffentlichkeit bereits während eines rechtshängigen Verfahrens, nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens oder sogar erst ab dessen Rechtskraft der Zugang gewährt wird. Der Beantwortung dieser Frage ist voranzustellen, dass sich an ein erstinstanzliches Kartellverwaltungsverfahren häufig ein über Jahre andauernder Instanzenzug anschliesst. Der Erlass der verfahrensabschliessenden Verfügung und deren Rechtskraft liegen somit häufig deutlich auseinander. Dies unterstreicht die Relevanz der Frage, wann Kartellopfern der Zugang zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden gewährt wird. Wird berücksichtigt, dass die Verjährung kartellzivilrechtlicher Ansprüche während eines Verwaltungsverfahrens nicht stillsteht, wird die Frage zusätzlich relevant.

In der Verwaltungsrechtspraxis herrscht Uneinigkeit über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Zugangs der Öffentlichkeit. Dem EDÖB zufolge ist das BGÖ erst nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss auf Zugangsgesuche von Parteien oder Dritten anzuwenden.¹²³⁵ Im Gegensatz zum Bundesgericht¹²³⁶ hat sich das Bundesverwaltungsgericht bereits zum Zeitpunkt des frühestmöglichen Zugangs der Öffentlichkeit geäußert: Ein auf das BGÖ gestützter Zugang zu Dokumenten eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens sei erst nach Rechtskraft zu gewähren.¹²³⁷ Die Erläuterungen des BJ lassen allerdings auf ein abweichendes Verständnis schliessen, nach dem das BGÖ bereits auf rechtshängige Verfahren Anwendung

1235 Empfehlung des EDÖB 12.05.2015, N 36 Fn. 8; Empfehlung des EDÖB 20.12.2016, N 24; Empfehlung des EDÖB 19.12.2016, N 21; so auch BJ, Umsetzung, S. 12. Im gleichen Dokument wird weiter festgehalten, dass auf Zugangsgesuche, die während eines hängigen Verfahrens an die erstinstanzliche Behörde oder an die Beschwerdeinstanz gerichtet werden, nicht eingetreten wird, BJ, Umsetzung, S. 10. Dass die Aussage des BJ im Widerspruch zu den ebenfalls vom Bundesamt für Justiz stammenden Erläuterungen zum VBGÖ steht, nach denen der Zugang bereits nach dem Entscheidungszeitpunkt gewährt werden soll, sei hier nur am Rande erwähnt.

1236 Vgl. allerdings BGE 142 II 268, E. 4.2.5.2.

1237 BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1; BVGer 12.04.2017, A-1675/2016, A-1681/2016, E. 4.3; BVGer 13.07.2016, A-8073/2015, E. 5.2.1.

finde – jedoch unter dem Vorbehalt, dass die entsprechenden Dokumente nicht die Grundlage des verfahrensabschliessenden Entscheids seien und keine der in Art. 7 BGÖ vorgesehenen Ausnahmen greife.¹²³⁸

Ein ähnlich heterogenes Bild zeigt sich in der Lehre. Auch hier herrscht keine Einigkeit über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Zugangs zu amtlichen Dokumenten aus einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren. Die Meinungen reichen vom Zugang erst ab Rechtskraft,¹²³⁹ über den Zugang vom Entscheidzeitpunkt an¹²⁴⁰ bis hin zum Zugang bereits während der Rechtshängigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens bei einer weiten Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ¹²⁴¹.

In der vorliegenden Arbeit orientiert sich die Beantwortung der Frage des frühestmöglichen Zugangs an dem folgenden Leitgedanken. Nahezu die gesamte Verwaltungstätigkeit wurde durch das BGÖ dem Öffentlichkeitsprinzip unterstellt, um das Vertrauen der Bürger in den Staat zu stärken. Dieser Gedanke bestimmt den Zweck von Art. 1 BGÖ. Zudem ver-

1238 BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 2 f.

1239 Aus der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre BSK DSG/BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 3 BGÖ N 26; ebenso BRUNNER, Öffentlichkeit, S. 141; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 523; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 26 N 20; zur ähnlichen Ausgangslage im Kanton Zürich siehe RUDIN, in: Baeriswyl/Rudin, IDG ZH, § 20 N 39 f.; SHK BGÖ-SCHWEIZER/WIDMER, Art. 3 N 12; aus der Kartellrechtslehre CR Concurrence-MARTENET, Art. 21 N 24, Art. 25 N 37; anders dann jedoch CR Concurrence-MARTENET, Art. 25 N 55. Kritisch bleibt anzumerken, dass dieses Verständnis von Art. 8 Abs. 2 BGÖ zugleich dessen Existenzgrundlage entzieht. Findet das BGÖ erst mit Rechtskraft eines Entscheids Anwendung, ist ein Aufschieben des Zugangs zu amtlichen Dokumenten, die die Grundlage eines Verwaltungsentscheids bilden, überhaupt nicht möglich; der Zugang wird ja in jedem Fall erst mit Rechtskraft des Entscheids gewährt. Art. 8 Abs. 2 BGÖ gibt demzufolge für das Abwarten der Rechtskraft keinen Anhaltspunkt und spricht aus systematischer Betrachtung gegen dieses Verständnis.

1240 Aus der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 8 N 30 ff.

1241 Aus der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 910; vgl. auch BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 8 N 8, wonach die Einsichtnahme in entscheidrelevante Dokumente des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens i. d. R. bis zur Rechtskraft aufzuschieben ist; aus der Kartellrechtslehre BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 74, wobei seine Ausführungen unter dem Vorbehalt stehen, dass das BGÖ auf das Kartellverwaltungsverfahren keine Anwendung finden soll; DIKE KG-BEURET, Art. 26 N 51; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 32, weist explizit darauf hin, dass sich für ein Abwarten der Rechtskraft der Verfügung keine Stütze im Zweck wie im Wortlaut des Gesetzes finde.

leiht das BGÖ den einzelnen Bürgern zur Verfolgung dieses Zwecks einen individuellen und subjektiven Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten der Verwaltung. Bei der Klärung des frühestmöglichen Zugangs nach dem BGÖ sind dieses legislatorische Grundanliegen und der durch das BGÖ angestrebte Paradigmenwechsel stets zu berücksichtigen.¹²⁴²

Auch wenn das BGÖ den frühestmöglichen Zeitpunkt nicht definiert, finden sich einige Anhaltspunkte im Gesetzestext. Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ richtet sich das Akteneinsichtsrecht der Verfahrenspartei während des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens nach dem VwVG, was angesichts der unterschiedlichen Zielsetzungen des BGÖ und des VwVG gerechtfertigt ist. Häufig wird die Akteneinsicht der Verfahrenspartei im Vergleich zum Zugang der Öffentlichkeit weitreichender sein, um den Anspruch auf rechtliches Gehör wirksam zu gewährleisten.¹²⁴³ Genannt wird in Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ hingegen ausschliesslich die Akteneinsicht der Verfahrensparteien. Dem Gesetzestext ist keine weitere Einschränkung des sachlichen Geltungsbereichs zu entnehmen.¹²⁴⁴ Aus dem Umstand, dass die Akteneinsicht durch das BGÖ nicht berührt wird, kann im Umkehrschluss nicht gefolgert werden, dass das BGÖ nicht auf rechtshängige Verwaltungsverfahren anwendbar ist, sondern nur, dass sich die Akteneinsicht der jeweiligen Verfahrensparteien nach dem VwVG richtet und nicht nach dem BGÖ.

Nach Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ unterliegt ein amtliches Dokument vom Zeitpunkt seiner Fertigstellung an dem Öffentlichkeitsprinzip. Die Fertigstellung eines amtlichen Dokuments erfolgt häufig bereits vor Verfahrensabschluss. Dementsprechend hält Art. 1 Abs. 2 Bst. b VBGÖ fest, dass ein Dokument bereits fertiggestellt ist, wenn es vom Ersteller an den Adressaten definitiv übergeben wurde, etwa als Entscheidungsgrundlage. Nicht notwendig ist somit, dass der entsprechende Entscheid bereits getroffen wurde oder – *de maiore ad minus* – rechtskräftig ist. Ein vorbereitendes amtliches Dokument kann als fertiggestellt gelten, noch bevor das Gesamtprojekt fertiggestellt ist.¹²⁴⁵ Vorbereitende Dokumente gelten folglich als fertiggestellt, sobald sie – im Gegensatz zum eigentlichen Verfahren – selbst definitiven Charakter haben.¹²⁴⁶ Die Qualifikation des für den Öff-

1242 Exemplarisch BGE 136 II 399, E. 2.1.

1243 Vgl. SHK BGÖ-SCHWEIZER/WIDMER, Art. 3 N 51; siehe zur «Weite» des Akteneinsichtsrecht *oben* § 14. I. II.

1244 A. A. BVGer 28.01.2016, A-4186/2015, E. 7.3.2.

1245 BSK DSG/BGÖ-BÜHLER, Art. 5 N 24.

1246 SHK BGÖ-NUSPLIGER, Art. 5 N 36.

fentlichkeitszugang ausschlaggebenden «Grades der Fertigstellung» eines amtlichen Dokuments erfolgt demnach unabhängig vom Stand des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens.

Dieser Eindruck wird durch die Gesetzesmaterialien gestützt. Während der Debatte im Nationalrat hielt das Nationalratsmitglied Gerhard Pfister fest, dass gewisse Bereiche der Verwaltung die Gewähr haben müssten, dass nicht jedes Dokument öffentlich zugänglich ist.¹²⁴⁷ Im Umkehrschluss bedeutet dies wiederum, dass das Öffentlichkeitsprinzip auch während eines hängigen Verwaltungsverfahrens bereits anwendbar ist, jedoch nicht sämtliche Verfahrensdokumente erfasst.

Der Gesetzestext und die Gesetzesmaterialien lassen somit keine Einschränkung des Öffentlichkeitsprinzips erkennen, die den Öffentlichkeitszugang während eines rechtshängigen Verfahrens ausschliessen. Demzufolge wird vorliegend vertreten, dass amtliche Dokumente grundsätzlich bereits während rechtshängiger erstinstanzlicher Verfahren nach dem BGÖ zugänglich sind.

Dies bedeutet hingegen nicht, dass die parallele Anwendung der Akteneinsichtsrechte nach dem VwVG einerseits und der Zugangsrechte nach dem BGÖ andererseits zu einer Aushöhlung des verwaltungsrechtlichen Akteneinsichtsrechts führt. Die Gefahr einer Aushöhlung wird durch Art. 8 Abs. 2 BGÖ gemindert. Laut dieser Bestimmung ist der Zugang bis zum abschliessenden Entscheid bzw. Erlass der Sanktionsverfügung aufzuschieben, wenn zwischen dem Dokument und dem Entscheid ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Zudem muss das Dokument für den betreffenden Entscheid von beträchtlichem materiellem Wert sein.¹²⁴⁸ Im Zusammenhang mit kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren ist diese Bestimmung weit auszulegen. Sämtliche Verfahrensdokumente eines Kartellverwaltungsverfahrens können in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang zur untersuchten Verhaltensweise und somit zum Entscheid stehen. Wie aufgezeigt wurde, zeichnen sich Kartellverwaltungsverfahren durch einen umfangreichen Aktenbestand aus, der mit dem Verfahrensverlauf zunimmt.¹²⁴⁹ Wie sich das Verfahren entwickelt und welchem Dokument welcher materielle Wert zukommt, lässt sich kaum während eines Kartellverwaltungsverfahrens feststellen. In der vorliegenden Untersuchung wird vertreten, dass ein verfrühter Zugang den Charakter des

1247 AB 2004 N 1253.

1248 BVGer 05.04.2017, A-1432/2016, E. 8.4; BVGer 15.09.2009, A-3631/2009, E. 3.5.1; BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 8 N 9.

1249 Siehe *oben* § 14. 1. I.

erstinstanzlichen Verfahrens verändern und dessen Ablauf beeinträchtigen kann. Dies würde zu Wertungswidersprüchen führen, sodass eine weite Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ angezeigt ist.¹²⁵⁰

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der sachliche Geltungsbereich des BGÖ auch rechtshängige erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren umfasst. Hingegen ist der Öffentlichkeitszugang nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ i. d. R. bis zum Verfahrensabschluss aufzuschieben¹²⁵¹ – zuvor ist noch kaum absehbar, welche Dokumente schlussendlich die Grundlage des Entscheids bilden werden. Ähnliches gilt für allfällige Dokumente aus der Vorabklärung, in der gemäss Art. 26 Abs. 3 KG kein Recht auf Akteneinsicht besteht: Das BGÖ ist grundsätzlich auf die (auch bereits während einer) Vorabklärung anwendbar, wobei aufgrund der (vorliegend geforderten) weiten Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ein Zugang während der Vorabklärung grundsätzlich auszuschliessen ist. Führt die Vorabklärung zur Eröffnung einer Untersuchung, bleibt der Zugang zu den Dokumenten der Vorabklärung bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens ebenfalls aufgrund von Art. 8 Abs. 2 BGÖ grundsätzlich ausgeschlossen. Führt die Vorabklärung zu keiner Untersuchung, ist der Zugang nach BGÖ nicht mehr nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ zu verwehren.

Einschränkend ist ferner zu betonen: Diese Verständnisweise bedeutet für die Kartellopfer nicht, dass sämtliche Verfahrensakten mit dem Verfahrensabschluss mit einem Schlag zugänglich werden. Gegen einen Öffentlichkeitszugang können weiterhin die in Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 BGÖ normierten Interessen sprechen.¹²⁵²

IV. Vorrang von Spezialbestimmungen

a. Geheimhaltungsnormen

Nach Art. 4 Bst. a BGÖ findet das Öffentlichkeitsprinzip keine Anwendung auf Informationen, die durch ein anderes Bundesgesetz als geheim bezeichnet werden. Zwar verpflichtet Art. 25 Abs. 1 KG die Weko, das Amtsgeheimnis zu wahren; allerdings ist diese Norm keine Geheimnisnorm nach Art. 4 Bst. a BGÖ. Aus Art. 25 Abs. 1 KG konnte lediglich bis

1250 Siehe zur Übereinstimmung dieses Verständnisses mit den in Fn. 1241 erwähnten Lehrmeinungen.

1251 Siehe Art. 8 Abs. 2 BGÖ; siehe auch BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 74.

1252 Siehe *unten* § 17. 6.

zum Inkrafttreten des BGÖ der allgemeine Geheimhaltungsgrundsatz der Verwaltung abgeleitet werden, der allerdings durch das BGÖ aufgehoben und durch den Grundsatz der Verwaltungstransparenz abgelöst wurde.¹²⁵³ Die Tragweite des Amtsgeheimnisses wurde durch die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips somit bedeutend eingeschränkt.¹²⁵⁴ Das Amtsgeheimnis schützt nur Informationen, die spezialgesetzlich als geheim gelten oder unter eine der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ vorgesehenen Ausnahmen fallen.¹²⁵⁵ Auch Art. 25 Abs. 4 KG, wonach Veröffentlichungen der Weko keine Geschäftsgeheimnisse enthalten dürfen, stellt keine allgemeine Regel auf, nach der Geschäftsgeheimnisse im gesamten Kartellverwaltungsverfahren als absolut geschützt gelten.¹²⁵⁶

Zu bedenken ist in diesem Kontext Folgendes: Nach Art. 25 Abs. 2 KG stellen die Behörden sicher, dass Informationen, die sich im Behördenbesitz befinden, ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden. Ein erfolgreicher Zugang nach dem BGÖ bewirkt, dass ein Dokument der Allgemeinheit zugänglich ist – eine Beschränkung der Verwertung der Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken ist nach der Konzeption des BGÖ nicht möglich. Somit liesse sich vertreten, dass Art. 25 Abs. 2 KG eine Spezialnorm nach Art. 4 Bst. a BGÖ darstellt und die Anwendung des BGÖ ausschliesst. Dem wäre zu entgegnen, dass bei dieser Auslegung der Grundsatz der Verwaltungstransparenz vernachlässigt wird, zumal es das Anliegen des Gesetzgebers ist, allfällige «Dunkelkammern» der Verwaltung zu verhindern. Nach der vorliegend vertretenen Meinung ist dies besonders dort angezeigt, wo Kartellbeteiligte mit der Behörde kooperieren und als Gegenleistung eine Sanktionserleichterung erhalten.¹²⁵⁷ Dies bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche Verfahrensdocumente der Wettbewerbsbehörden mit Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens dem BGÖ unterliegen. Das strenge Verfahrensrecht des KG und des VwVG ist bei der Anwendung des BGÖ

1253 So auch überzeugend KÄMPFER, Öffentlichkeitsprinzip, bei Fn. 8 ff. m. w. N. betreffend ähnliche Vorschriften in weiteren Bundesgesetzen; siehe hierzu auch *oben* § 17. 1.

1254 Botschaft BGÖ, S. 1978; DIKE KG-BICKEL/WYSSLING, Art. 41 N 23; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 30 ff.; vgl. BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 69; siehe hierzu auch die Ausführungen *oben* § 15. 1.

1255 AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 912; KÄMPFER, Öffentlichkeitsprinzip, bei Fn. 8 ff.

1256 Siehe zur Veröffentlichung der Sanktionsverfügung *oben* § 16.

1257 Siehe zum Zweck des BGÖ, das solche Geheimbereiche innerhalb der Verwaltung grundsätzlich verhindern soll *oben* § 17. 1.

zu berücksichtigen, indem bei der Anwendung der Ausnahmeregelungen nach Art. 7 BGÖ die im Kartellverwaltungsverfahren aufgestellten Grundsätze berücksichtigt werden.¹²⁵⁸ Das Gleiche gilt zudem auch für den Zeitpunkt des frühestmöglichen Zugangs, der – wie bereits dargestellt – erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gewährt werden kann, indem Art. 8 Abs. 2 BGÖ entsprechend weit auszulegen ist.¹²⁵⁹

b. Spezialgesetzliche Zugangsnormen

Ein auf das BGÖ gestützter Zugang ist nach Art. 4 Bst. b BGÖ nur unter dem Vorbehalt möglich, dass keine spezialgesetzlichen Zugangsnormen abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen. Der Öffentlichkeitszugang wird verdrängt, wenn andere Normen den Zugang zu amtlichen Dokumenten regeln. Diese Bestimmung ist von besonderer Relevanz, wenn ein auf Gemeinde-, Kantons- oder Bundesebene angesiedeltes Gemeinwesen kartellrechtliche Ansprüche im Nachgang zu einem Verwaltungsverfahren geltend macht.¹²⁶⁰ Nach dem Bundesgericht, und im Gegensatz zum Bundesverwaltungsgericht, ist Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG in dieser Konstellation keine spezialgesetzliche Zugangsnorm, die den Zugang nach BGÖ verdrängt.¹²⁶¹ Zudem ist auch in Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG keine spezialgesetzliche Zugangsregelung zu erblicken – die Bestimmung wird an späterer Stelle vertieft analysiert.¹²⁶²

4. Unterstützung des Gesuchstellers durch die Behörde

Das BGÖ verschafft keinen Zugang zu einer nicht näher eingrenzba- ren Menge von Informationen,¹²⁶³ sondern einen Anspruch auf Zugang zu bestimmten Dokumenten. Das Zugangsgesuch ist folglich hinreichend

1258 Im Ergebnis ähnelt dieses Verständnis der europäischen Ausgangslage, siehe *oben* § 10. 2; zu den Ausnahmen des Öffentlichkeitszugangs siehe *unten* § 17. 6. II.

1259 Siehe zur hier vorgeschlagenen weiten Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ *oben* § 17. 3. III.

1260 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 33 Fn. 51.

1261 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 4.1; a. A. BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.8.3, siehe auch E. 4.3.

1262 Siehe *unten* § 18. 3.

1263 BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 6 N 16.

genau zu formulieren.¹²⁶⁴ Es bedarf somit genügender Angaben, damit die Behörde das entsprechende Dokument identifizieren kann, etwa mittels der Angabe von Erstelldatum, Titel, Referenz, Zeitspanne, Ersteller oder Sachbereich.¹²⁶⁵ Sind die Angaben nicht genügend oder bezieht sich das Zugangsgesuch auf einen nicht näher definierten Umfang von Dokumenten, kann die Behörde den Gesuchsteller auffordern, sein Gesuch zu präzisieren.¹²⁶⁶ An das Erfordernis eines hinreichend genau formulierten Gesuchs sind – auch bei umfangreichen Gesuchen – keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.¹²⁶⁷ Es genügt grundsätzlich, wenn die Behörde das entsprechende Dokument ohne grössere Schwierigkeiten identifizieren kann.¹²⁶⁸

Im Nachgang zu einem Kartellverwaltungsverfahren findet ein Gesuchsteller häufig erste Hinweise auf die Verfahrensdokumente in der veröffentlichten Sanktionsverfügung – eine wichtige Stütze im Hinblick auf die Formulierung des Gesuchs. Die Sanktionsverfügungen enthalten i. d. R. eine beträchtliche Zahl von Verweisen auf die entsprechenden Verfahrensdokumente. Beziehen sich die Wettbewerbsbehörden in einer Verfügung etwa auch auf eine protokollierte Zeugenaussage, findet sich i. d. R. an entsprechender Stelle ein numerischer Aktenverweis. Wurde der Aktenverweis in der entsprechenden Fussnote geschwärzt, ist eine genügende Präzisierung nach wie vor möglich, indem der Gesuchsteller in seinem Gesuch auf die entsprechende Fussnote in der veröffentlichten Sanktionsverfügung verweist, wodurch die Wettbewerbsbehörden das entsprechende Dokument ohne grössere Schwierigkeiten identifizieren können. Doch wie verhält es sich mit Verfahrensdokumenten, auf die in einer Verfügung nicht explizit Bezug genommen wird? Etwa in Verfahren, in denen die Begründung der Sanktionsverfügung knapp ausfällt und entsprechend wenige Verweise enthält?

Kann ein Dritter diese Dokumente von sich aus nicht spezifischer bezeichnen, darf eine Behörde sein Gesuch nicht mangels hinreichender Präzisierung zurückweisen.¹²⁶⁹ Im Gegenteil: Die Behörde trifft dann die

1264 Art. 10 Abs. 3 BGÖ.

1265 BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 9; AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 912.

1266 Art. 7 Abs. 3 VBGÖ; BGE 142 II 324, E. 3.5; BVGer 18.04.2019, A-199/2018, E. 3.2.3; siehe exemplarisch auch Empfehlung des EDÖB 04.03.2020, N 3; AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 912.

1267 BGer 17.07.2017, 1C_155/2017, E. 2.5; kritisch BOLLER/HUNKENMÖLLER, Zugangsrecht, S. 776.

1268 BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 9.

1269 Art. 10 Abs. 3 BGÖ; Empfehlung des EDÖB 11.12.2008, Nr. II. B. I.

Pflicht, den Gesuchsteller zu unterstützen und ihm Auskunft über die verfügbaren amtlichen Dokumente zu geben.¹²⁷⁰ Diese Unterstützungspflicht gilt namentlich bei umfangreichen Verfahrensakten. Nach dem Bundesgericht hat die Behörde nach Art. 3 Abs. 1 VBGO Unterstützung zu leisten, indem sie etwa einen Auszug aus dem Dokumentenverwaltungssystem vorlegt.¹²⁷¹ Bezeichnenderweise hat auch das Bundesverwaltungsgericht bereits eine Verwaltungsstelle, die EStV, angewiesen, einem Gesuchsteller zwecks Präzisierung seines Zugangsgesuchs eine Auflistung der entsprechenden Dokumente zukommen zu lassen.¹²⁷²

Wie dargelegt wurde, erstellt die Weko angesichts der Aktenführungspflicht grundsätzlich in jedem Verfahren ein Verzeichnis sämtlicher Verfahrensdokumente.¹²⁷³ Somit verfügt die Weko i. d. R. über eine entsprechende Auflistung sämtlicher Verfahrensdokumente – namentlich auch derjenigen Dokumente, auf die in der veröffentlichten Sanktionsverfügung nicht verwiesen wird. Die Weko hat Dritten das Verfahrensverzeichnis auszuhändigen. Erst so werden Dritte häufig überhaupt erst in die Lage versetzt, hinreichend präzise Zugangsgesuche zu stellen. Der Zugang zum Aktenverzeichnis ist hingegen erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens in Erwägung zu ziehen. Zudem müssen die in Art. 7 BGÖ vorgesehenen Ausnahmen auch für allfällige Verzeichnisse oder Auflistungen gelten.

5. Konkrete und individuelle Prüfung

Ein Zugangsgesuch kann sich auf ein einzelnes, auf mehrere oder auch auf eine Vielzahl von Dokumenten beziehen – unter der Voraussetzung, dass diese genügend präzise bezeichnet werden. Die Behörde muss grund-

1270 Empfehlung des EDÖB 11.12.2008, Nr. II. B. I; BJ, Erläuterungen VBGO, S. 9; BSK DSG/BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, Art. 10 N 43; Art. 3 Abs. 1 VBGO.

1271 BGE 142 II 324, E. 3.5; siehe auch EDÖB 16.07.2012, E. 35, nach dem die Behörde dem Antragsteller beispielsweise einen Auszug aus ihrem Dokumentenmanagementsystem oder eine Liste mit den vorhandenen Dokumenten zukommen lassen muss. Dies ermöglicht dem Antragsteller, sein Gesuch zu präzisieren und dessen Ausmass besser einzuschätzen; Empfehlung des EDÖB 08.07.2013, N 32; SHK BGÖ-HÄNER, Art. 10 N 34; BSK DSG/BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, Art. 10 N 43; AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 912 f.

1272 BVGer 15.09.2009, A-3631/2009, E. 4; siehe auch Empfehlung des EDÖB 08.07.2013, N 32.

1273 Siehe *oben* § 14. 1. I.

sätzlich jedes einzelne Dokument einer konkreten und individuellen Prüfung unterziehen.¹²⁷⁴ Der Zweck des Öffentlichkeitsprinzips steht einer pauschalen – von der Zahl der betroffenen Dokumente unabhängigen – Behandlung von Gesuchen entgegen. Die Verwaltungstätigkeit soll der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Könnten umfassende Zugangsgesuche pauschal abgelehnt werden, würde dies das Öffentlichkeitsprinzip aushöhlen. Dem Vorangegangenen entsprechend, wird vertreten, dass die Interessenabwägung im Einzelfall die Essenz des BGÖ darstellt.¹²⁷⁵ Das Bundesgericht, das Bundesverwaltungsgericht und der EDÖB verlangen ebenfalls eine Einzelfallabwägung.¹²⁷⁶ Nur eine konkrete und individuelle Prüfung jedes Dokuments entspricht dem Gesetzeszweck.¹²⁷⁷ Die Pflicht zu einer konkreten und individuellen Prüfung erklärt sich auch vor dem Hintergrund der in Art. 10 VBGÖ getroffenen Regelung:¹²⁷⁸ Besonders aufwendige Gesuche können innert einer angemessenen Frist behandelt werden.¹²⁷⁹ Die Bearbeitung eines Gesuchs ist besonders aufwendig, wenn die Behörde das Gesuch mit ihren verfügbaren Ressourcen nicht bearbeiten kann, ohne dass die Erfüllung anderer Aufgaben wesentlich beeinträchtigt wird.¹²⁸⁰ Allein der Umstand, dass den Mitarbeitern einer Behörde durch ein Gesuch ein höherer Arbeitsaufwand entsteht, ist jedoch

1274 Im Folgenden ist der Begriff «konkrete und individuelle Prüfung» von dem der «Einzelfallabwägung» zu trennen. Der Begriff «konkrete und individuelle Prüfung» bezieht sich auf das tatsächliche Untersuchen jedes um Zugang ersuchten Dokuments. Der Begriff «Einzelfallabwägung» bezieht sich auf die Verpflichtung der Behörde, soweit erforderlich, für jedes einzelne Dokument zwischen dem Interesse der Öffentlichkeit und anderen öffentlichen oder privaten Interessen abzuwägen. In der Lehre scheint diese Differenzierung nicht vorgenommen zu werden. Wird in diesem Abschnitt von einer Einzelfallabwägung mit Verweis auf eine Lehrmeinung gesprochen, ist damit grundsätzlich die Pflicht zur konkreten und individuellen Prüfung gemeint.

1275 MADER, Öffentlichkeitsgesetz, S. 25; SHK BGÖ- COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 79; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N 8; BRUNNER, Öffentlichkeitsprinzip, S. 82.

1276 BGE 142 II 324, E. 3.5; BGE 133 II 209, E. 2.3.3; BVGer 18.04.2019, A-199/2018, E. 3.2.3; BVGer 15.09.2009, A-3631/2009, E. 4; Empfehlung des EDÖB 19.09.2014, N 24.

1277 Besonders konkret BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 26, nach dem die Summe aller Dokumente jedoch kein Ausnahmegrund nach dem BGÖ ist. Wird eine Ausnahme geltend gemacht, ist dies nachvollziehbar darzulegen. Hierzu bedarf es der Kontrolle jedes Dokuments.

1278 BGE 142 II 324, E. 3.5.

1279 Art. 10 Abs. 2 VGBÖ.

1280 Art. 10 Abs. 1 VGBÖ.

kein Grund zur Annahme einer besonders aufwendigen Bearbeitung. Erst wenn die Behörde durch die Bearbeitung des Gesuchs in der Erfüllung ihrer Kernaufgaben wesentlich beeinträchtigt bzw. ihr Geschäftsgang nahezu lahmgelegt wird, handelt es sich um ein besonders aufwendiges Gesuch.¹²⁸¹ Doch selbst dann kann die Behörde nicht von einer konkreten und individuellen Prüfung absehen – ein Verzicht auf eine Einzelfallprüfung ist im Gesetz nicht vorgesehen. In einer solchen Situation steht es der Behörde lediglich offen, das Gesuch «innert angemessener Frist» zu bearbeiten. Die Angemessenheit der Frist bestimmt sich namentlich im Hinblick auf die Wahrung der ordnungsgemässen Verwaltungstätigkeit. Jedoch steht es der Behörde in einer derartigen Ausgangslage frei, Rücksprache mit dem Gesuchsteller zu halten, um sein Gesuch einzuschränken.¹²⁸² Das BGÖ zeichnet für solche Fälle eine Verhandlungslösung vor.

6. Beschränkungen des Zugangsanspruchs

Der subjektive und individuelle Zugangsanspruch wird in Art. 7 BGÖ mehrfach relativiert. Der Zugang kann eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn eines der in Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 BGÖ abschliessend aufgelisteten öffentlichen oder privaten Interessen gefährdet oder beeinträchtigt ist. Hierbei ist stets zu beachten, dass sich auch im Rahmen des BGÖ die gesamte Verwaltungstätigkeit am Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV auszurichten hat. Daher beschlägt eine der in Art. 7 BGÖ normierten Ausnahmen i. d. R. nicht das gesamte amtliche Dokument, sondern ausschliesslich die entsprechenden Passagen. Betroffen und entsprechend zu schützen sind nur die jeweiligen schutzwürdigen Passagen eines Dokuments, weshalb i. d. R. ein eingeschränkter Zugang in Erwägung zu ziehen ist.¹²⁸³ Bevor die geschützten Interessen einzeln dargestellt werden, gilt es, vorab zu klären, ob bei der konkreten und individuellen Prüfung eine Einzelfallabwägung der involvierten Interessen vorzunehmen ist oder ob es zu einer Schadensrisikoprüfung kommt.

1281 BGE 142 II 324, E. 3.5; BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 12; BSK DSG/BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, Art. 10 N 67.

1282 Exemplarisch hierfür Empfehlung des EDÖB 04.03.2020, N 3.

1283 BGE 142 II 324, E. 3.3.

I. Schadensrisikoprüfung oder Einzelfallabwägung?

Konsultiert man die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹²⁸⁴, die Empfehlungen des EDÖB¹²⁸⁵, die Mehrheit der Literatur¹²⁸⁶ und die Botschaft¹²⁸⁷, zeichnet sich ein einheitliches Bild ab. Wird eines der durch Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschützten Interessen durch einen Zugang beeinträchtigt oder gefährdet, kommt es nicht zu einer Abwägung zwischen dem Öffentlichkeitsinteresse und den in Art. 7 Abs. 1 Bst. a–h BGÖ normierten privaten oder öffentlichen Interessen. Eine Interessenabwägung wurde vom Gesetzgeber bereits vorweggenommen, indem Art. 7 Abs. 1 BGÖ abschliessend die Interessen aufzählt, bei denen das Geheimhaltungsinteresse das Transparenzinteresse überwiegt. Wird den Ausnahmen dieses Verständnis zugrunde gelegt, sind – bis auf die in Art. 7 Abs. 2 BGÖ enthaltene Ausnahme – sämtliche Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip absolut. Eine Interessenabwägung im Einzelfall ist dann nicht möglich.

Nach diesem Verständnis wird die individuelle und konkrete Prüfung des jeweiligen amtlichen Dokuments auf eine Schadensrisikoprüfung reduziert.¹²⁸⁸ Diese Prüfung führt jedoch nicht zu einem Automatismus, der den Zugang ausschliesst, sobald ein durch Art. 7 Abs. 1 Bst. a–h BGÖ geschütztes Interesse betroffen ist.¹²⁸⁹ Soll der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, müssen nach Massgabe der Schadensrisikoanalyse im Einzelfall zwei Kriterien erfüllt sein:

1284 BVerfG 11.12.2019, A-2352/2017, E. 4.4.1; BVerfG 23.10.2017, A-6755/2016, E. 6.4.1; BVerfG 26.05.2015, A-700/2015, E. 4.2; BVerfG 30.04.2015, A-1784/2014, E. 6.2.1; BVerfG 02.09.2015, A-3621/2014, E. 4.2.1, 5.2.2; BVerfG 15.09.2009, A-3631/2009, E. 2.2.

1285 Empfehlung des EDÖB 27.06.2013, N 22; Empfehlung des EDÖB 19.10.2012, N 18.

1286 KELLER/KÄMPFER, Öffentlichkeitsgesetz 2017, S. 101 f.; BSK DSG/BGÖ-STEINEN, Art. 7 N 3; SHK BGÖ-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 3, 5; AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 915.

1287 Botschaft BGÖ, S. 2006.

1288 BVerfG 11.12.2019, A-2352/2017, E. 8.3.3 m. w. N.; Empfehlung des EDÖB 27.06.2013, N 22; AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 915.

1289 BVerfG 11.12.2019, A-2352/2017, E. 8.3.3.

- Die potenzielle Verletzung muss eine gewisse Erheblichkeit aufweisen.¹²⁹⁰
- Eine Verletzung der jeweiligen öffentlichen oder privaten Interessen muss ernstlich drohen.¹²⁹¹ Die Gefährdung darf nicht nur denkbar oder lediglich entfernt möglich erscheinen; nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz ist auch eine Beeinträchtigung.¹²⁹²

Auch wenn diese Interpretation in der Botschaft eine Stütze findet¹²⁹³, sind an der Schadensrisikoanalyse Zweifel anzubringen. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 BGÖ haben gemeinsam, dass sie gewisse Interessen vor dem Öffentlichkeitszugang schützen. Gefährdet ein Zugang eines der geschützten Interessen, ist der Zugang einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern. Im Gegensatz zu Abs. 1 wird Abs. 2 der Bestimmung in Bezug auf die Interessenabwägung konkreter: Ausnahmsweise kann Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt werden, wenn das öffentliche Interesse überwiegt. Die Gesetzssystematik lässt zwei Sichtweisen zu:

- Nach dem einen Verständnis, auf die sich wohl die eingangs erwähnte Praxis bezieht, bedeutet die Ergänzung in Art. 7 Abs. 2 BGÖ, dass der Schutz der Privatsphäre im Gegensatz zu den in Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschützten Interessen kein absolutes Schutzniveau genießt. Daher kommt es im Rahmen der individuellen und konkreten Prüfung nicht zu einer Interessenabwägung.
- Nach dem anderen und vorliegend vertretenen Verständnis ist die Ergänzung in Art. 7 Abs. 2 BGÖ dahin gehend zu verstehen, dass das Transparenzinteresse das Interesse am Schutz der Persönlichkeit nur ausnahmsweise überwiegt. Somit würde die Ergänzung in Art. 7 Abs. 2 BGÖ der Privatsphäre Dritter einen höheren Schutzstatus zuerkennen als den in Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschützten öffentlichen und privaten Interessen. Dass dieses Verständnis nicht als «abwegig» abgetan werden kann, zeigt insbesondere der Blick auf die Rechtslage in der EU. Die TransparenzVO schützt die Privatsphäre und die Integrität des Einzelnen in Art. 4 Abs. 1 Bst. b VO 1049/2001 absolut. Nicht absolut geschützt sind hingegen Geschäftsgeheimnisse, bei denen im Einzelfall

1290 KELLER/KÄMPFER, Öffentlichkeitsgesetz 2017, S. 101 f.; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N 4.

1291 BGE 144 II 77, E. 3.3; BGer 18.05.2016, 1C_296/2015, E. 4.2; BVGer 11.12.2019, A-2352/2017, E. 4.4.2 m. w. N.

1292 BGE 144 II 77, E. 3.3; BGer 18.05.2016, 1C_296/2015, E. 4.2; BVGer 11.12.2019, A-2352/2017, E. 4.4.2 m. w. N.

1293 KELLER/KÄMPFER, Öffentlichkeitsgesetz 2017, S. 102.

das Transparenzinteresse gegen das private Schutzinteresse abzuwägen ist.¹²⁹⁴

Beide Sichtweisen sind vertretbar, führen jedoch zu unterschiedlichen Ergebnissen. Das Bundesgericht tendierte in seiner älteren Rechtsprechung dazu, im Einzelfall eine Interessenabwägung und keine Schadensrisikoanalyse vorzunehmen.¹²⁹⁵ Von diesem Verständnis ist das Bundesgericht in BGE 144 II 77 abgewichen. Der Gesetzgeber habe die Güterabwägung bereits vorweggenommen, indem in Art. 7 Abs. 1 BGÖ die Gründe abschließend aufgezählt werden, bei denen das Geheimhaltungsinteresse das Transparenzinteresse überwiegt.¹²⁹⁶ Eine Abwägung im Einzelfall sei dann ausgeschlossen. Die Aufnahme der entsprechenden Erwägung in ein amtlich publiziertes Urteil und die fast wortgleiche Wiederholung der relevanten Passagen in späteren Urteilen verdeutlichen, dass das Bundesgericht von seiner früheren Rechtsprechung abgerückt ist und die Schadensrisikoanalyse in den Vordergrund gestellt hat. Erstaunlich ist jedoch der Umstand, dass dieselbe Abteilung des Bundesgerichts zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu der im Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung zurückkehrte.¹²⁹⁷

Diese inkonsistente Rechtsprechung ist zu bedauern und schafft Rechtsunsicherheit. Nach dem vorliegenden Verständnis steht die in BGE 144 II 77 begründete Rechtsprechung im Widerspruch zum vorliegend vertretenen Gesetzeszweck, die Verwaltungstätigkeit transparent zu machen. Dem entspricht es nicht, einen langen Katalog absolut geschützter Interessen in das Gesetz aufzunehmen. Wird lediglich eine Schadensrisikoprüfung vorgenommen, besteht die Gefahr, dass in einer Vielzahl der Fälle das Interesse der Öffentlichkeit vernachlässigt wird, weil es überhaupt nicht berücksichtigt werden kann. Ein Paradigmenwechsel hin zu einer transparenten Verwaltung scheint so als Ziel aus den Augen verloren zu werden.¹²⁹⁸ Bei der konkreten und individuellen Prüfung eines amtlichen Dokuments sollte deshalb immer eine Interessenabwägung zwischen den in Art. 7 Abs. 1 Bst. a–h BGÖ normierten Interessen und

1294 Siehe *oben* § 10. 2. I.

1295 BGE 133 II 209, E. 2.3.3; BGE 142 II 313, E. 3.6; BGE 142 II 324, E. 3.3; ähnlich auch in BGer 02.12.2015, 1C_50/2015, E. 2.3 f.

1296 BGE 144 II 77, E. 3; BGer 10.08.2016, 1C_428/2016, E. 3; BGer 21.03.2019, 1C_222/2018, E. 3.3.

1297 BGer 17.04.2019, 1C_462/2018, E. 5.1; kritisch hierzu KÄMPFER/KELLER, Öffentlichkeitsprinzip 2020, N 31.

1298 Siehe zum hier angesprochenen Paradigmenwechsel *oben* § 17. 1.

dem Transparenzinteresse vorgenommen werden.¹²⁹⁹ Dieses Verständnis entspricht mehr dem Gesetzeszweck und spiegelt das dem BGÖ inhärente politische Anliegen wider. Der verfassungsrechtlichen Dimension des Öffentlichkeitsanspruchs wird so ebenfalls gerecht.¹³⁰⁰ Die unterschiedlichen verfassungsmässigen Interessen sind grundsätzlich gleichrangig. Durch absolute Ausnahmen werden sie in ein allzu starres Rangverhältnis zueinander versetzt.¹³⁰¹

II. Geschützte Interessen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ

Art. 7 Abs. 1 BGÖ normiert insgesamt sieben öffentliche und private Interessen, die im Einzelfall gegen einen Öffentlichkeitszugang sprechen. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf die vier für relevant befundenen Interessen. Bei der Untersuchung der einzelnen Ausschlussgründe ist stets Folgendes zu bedenken:

- Im Rahmen der konkreten und individuellen Prüfung sind die für einen BGÖ-Zugang sprechenden Interessen gegen die in Art. 7 Abs. 1 BGÖ normierten Interessen abzuwägen. Das persönliche Interesse des Gesuchstellers ist i. d. R. nicht zu berücksichtigen – unabhängig davon, ob es sich um ein schweizerisches KMU oder um ein durch einen US-Investor finanziertes Klagevehikel handelt. Allerdings ist im Rahmen dieser Abwägung zu berücksichtigen, dass der Kartellschadenersatz nicht nur private Interessen, sondern auch öffentliche Interessen verfolgt – die Interessenabwägung hat somit stets auch diese zu berücksichtigen.¹³⁰² Grundsätzlich sollte gelten: Je weniger Informationen den Kartellopfen zur Verfügung stehen, desto grösser ist das öffentliche Interesse an der erfolgreichen Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche und desto eher ist der Zugang zu den Verfahrensdokumenten zu gewähren.

1299 Grundsätzlich zurückhaltender, aber im Ergebnis ähnlich, FLÜCKIGER/JUNOD, Reconnaissance, N 108 f.; wohl auch MADER, Öffentlichkeitsgesetz, S. 25 f.; vgl. auch HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip II, S. 288 f.

1300 Zur Grundrechtsrelevanz des Anspruchs auf Transparenz, BRUNNER/FLÜCKIGER, Zugang, N 5 m. w. N.

1301 Wie eine Interessenabwägung im Einzelfall erfolgen kann, ist noch eingehend darzulegen, siehe *unten* § 17. 6. IV.

1302 Zur Zweckdualität des Kartellschadenersatzes siehe *oben* § 6; siehe zudem die Ausführungen *oben* § 2. 2, inwiefern der zweigliedrige Zweck die Interessenabwägung der Behörde beeinflussen kann.

- Auch wenn die aufzuzählenden Interessen im Folgenden einzeln dargestellt werden, betreffen häufig mehrere Interessen gleichzeitig ein einzelnes Dokument. Die Abwägung ist dann grundsätzlich für das jeweilige Interesse vorzunehmen, obwohl es sich lediglich um ein einzelnes Dokument handelt.
- Ein Öffentlichkeitszugang nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist grundsätzlich erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens möglich.¹³⁰³

a. Freie Meinungs- und Willensbildung (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ)

Beeinträchtigt der öffentliche Zugang die freie Meinungs- und Willensbildung der Behörde, ist er zu verweigern, aufzuschieben oder einzuschränken. Ein verfrühter Zugang – so die Befürchtung – verhindere die Meinungs- und Willensbildung der Behörde. Bevor der Bestimmungsinhalt dieser Ausnahme dargelegt wird, bedarf es der Konturierung des Zusammenspiels von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ, die ähnliche Zwecke verfolgen.

(1) Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ

Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ verfolgen ähnliche Zielrichtungen,¹³⁰⁴ unterscheiden sich jedoch insbesondere im Hinblick auf ihre Anwendungsdauer. Wie bereits dargelegt wurde, ist nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ der Zugang zu amtlichen Dokumenten in Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich bis zum Erlass der verfahrensabschliessenden Verfügung, dem Entscheidzeitpunkt, aufzuschieben.¹³⁰⁵ Derselbe Zeitraum ist grundsätzlich auch von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ erfasst, erstreckt sich jedoch auch über den Entscheidzeitpunkt hinaus.¹³⁰⁶

Diesen Bestimmungen liegt die folgende gesetzssystematische Konkordanz zugrunde: Der Öffentlichkeitszugang ist während eines rechtshängigen erstinstanzlichen Kartellverwaltungsverfahrens nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ

1303 Siehe hierzu *oben* § 17. 3. III.

1304 BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N 14; bezeichnenderweise wird ein Zugang in der Praxis auch häufig mit einem pauschalen Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ verweigert; vgl. Empfehlung des EDÖB 01.10.2019, N 2, 4.

1305 Siehe *oben* § 17. 3. III.

1306 Botschaft BGÖ, S. 2008.

häufig auszuschliessen. Eine konkrete und individuelle Prüfung ist nicht vorzunehmen, da – wie in der vorliegenden Arbeit vertreten¹³⁰⁷ – grundsätzlich sämtliche Dokumente entscheiderelevant sind. Über den Entscheidungszeitpunkt hinaus entfällt diese Möglichkeit. Allerdings kann der Zugang nach Verfahrensabschluss gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn dies das Ergebnis einer konkreten und individuellen Prüfung ist.¹³⁰⁸

(2) «When in the spotlight ...»

«Es ist schwieriger, seine Meinung im Scheinwerferlicht zu ändern»¹³⁰⁹, lautet die Botschaft. Eine sofortige Veröffentlichung bestimmter Dokumente nach Verfahrensabschluss kann zu einer Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung der Behörde führen, weshalb die Einsichtnahme aufgeschoben werden kann.¹³¹⁰ Dies trifft allerdings nicht auf sämtliche Verfahrensdokumente zu, weshalb vorliegend zwischen zwei Dokumentenkategorien unterschieden wird. Zur ersten Kategorie zählen die vom Sekretariat erstellten Verfahrensdokumente. Zur zweiten Kategorie zählen diejenigen Dokumente, die von der Weko erstellt werden, insbesondere Sitzungsprotokolle.

Nach Art. 14 Abs. 3 GR-Weko sind die Sitzungen der Weko nicht öffentlich – eine Teilnahme der Verfahrensbeteiligten ist somit ausgeschlossen. Ob hingegen auch die Sitzungsprotokolle¹³¹¹ von dieser Ausnahme erfasst und somit nicht zugänglich sind, ergibt sich nicht aus dem Reglement. Vorliegend wird vertreten, dass diese Dokumente von den Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ erfasst sind. Die einzelnen Mitglieder der Weko sind nicht zwingend derselben Ansicht über die rechtliche Qualifikation einer Verhaltensweise. Damit sämtliche Mitglieder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt geschlossen nach aussen auftreten können, ist der Zugang aufzuschieben – vorliegend wird als relevanter Zeitpunkt die Rechtskraft der verfahrensabschliessenden Verfügung vorgeschlagen. Die Protokolle, in denen die unterschiedlichen Ansichten vermerkt sind, ge-

1307 Siehe *oben* § 17. 3. III.

1308 Vgl. Empfehlung des EDÖB 20.12.2019, N 25; Botschaft BGÖ, S. 2007; für ein anderes Verständnis wohl DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 32.

1309 Botschaft BGÖ, S. 2007.

1310 Botschaft BGÖ, S. 2008.

1311 Vgl. Art. 7 und Art. 16 GR-Weko.

langen so nicht unmittelbar nach dem Entscheidungszeitpunkt nach aussen. Spätestens ab Rechtskraft der entsprechenden Verfügung ist der Zugang zu den Sitzungsprotokollen allerdings nicht mehr zu verweigern.

Nicht zu übersehen ist allerdings, dass die Art der Protokollführung den Mehrwert für Kartellopfer massgeblich beeinflusst. Beschränkt sich das Protokoll auf die Namen der Sitzungsteilnehmer, die Traktanden, die gestellten Anträge und die gefassten Beschlüsse bzw. auf den nach GR-Weko zulässigen Mindestgehalt, verschafft das Dokument Kartellopfern wohl nur einen beschränkten Mehrwert. Eine solche Protokollführung, die zumindest nach GR-Weko zulässig sein soll, ist hingegen mit Blick auf die Transparenz des Verwaltungshandelns kritisch zu hinterfragen: Ein Protokoll muss die ausgetauschten Argumente enthalten, um den Inhalt der jeweiligen Sitzung sowie die eigentliche Meinungsbildung nachvollziehen zu können. Werden ausschliesslich die Ergebnisse der Verhandlungen festgehalten, ist das Handeln der staatlichen Behörde bzw. Weko für Dritte nicht nachvollziehbar. Eine solche Protokollführung verhindert eine wirksame Informationsbeschaffung, derer es wiederum zwingend bedarf, damit das Transparenzprinzip zum Durchbuch gelangt. Kurz um: Damit Dritte (bzw. die Öffentlichkeit) das Verwaltungshandeln überhaupt nachvollziehen können, braucht es einer entsprechenden Protokollführung, die den Inhalt der jeweiligen Sitzung abbildet und die Nachverfolgung der Meinungsbildung ermöglicht.

Diese Überlegungen lassen sich nicht auf die erste Kategorie von Dokumenten übertragen, nämlich die vom Sekretariat erstellten Dokumente und die übrigen Verfahrensdokumente. Grundsätzlich kommt dem Sekretariat in Kartellverwaltungsverfahren eine der Kommission zudienende Funktion zu.¹³¹² Seine Vorarbeiten wie etwa rechtliche Qualifikationen sind für die Wettbewerbsbehörden nicht bindend,¹³¹³ weshalb der Zugang zu diesen Dokumenten – im Gegensatz zu den Sitzungsprotokollen – i. d. R. nicht als «Gesichtswahrungsmassnahme» ausgeschlossen werden kann. Auch das Argument, dass eine Verfügung von den Beschwerdegerichten aufgehoben werden könne und somit mit einer allfälligen Neuurteilung zu rechnen sei, vermag keine Einschränkung des Öffentlichkeitszugangs zu rechtfertigen, und zwar vor dem Hintergrund, dass in Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich das Beweismass des strikten Beweises herrscht. Danach gilt ein Beweis als erbracht, wenn von einer Tatsache mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgegangen

1312 Siehe *oben* § 17. 2. II. a.

1313 Exemplarisch dazu Weko, RPW 2016/3, Flügel und Klaviere, S. 652 ff., N 85.

werden kann.¹³¹⁴ Könnte sich eine Wettbewerbsbehörde auf das genannte Argument berufen, würde das bedeuten, dass sie nicht von ihrer eigenen Entscheidung überzeugt ist. Dies wäre widersprüchlich. Über den Entscheidungszeitpunkt hinaus können sich die Wettbewerbsbehörden daher nur in spezifischen Ausnahmefällen, wie etwa bei den Sitzungsprotokollen, auf die in Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ normierte Ausnahme berufen.

b. Zielkonforme Durchführung behördlicher Massnahmen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ)

(1) Konkrete behördliche Massnahmen

Wird die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt, kann nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ der Zugang der Öffentlichkeit eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden. Was unter einer konkreten Massnahme zu verstehen ist, erschliesst sich nicht aus dem Gesetzestext. Auch die Botschaft äussert sich zu dieser Ausnahme kaum. Festgehalten wird zumindest, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung einer konkreten behördlichen Massnahme dienen.¹³¹⁵ Der EDÖB hat dies dahin gehend konkretisiert, dass die Beeinträchtigungsgefahr nicht im konkreten Einzelfall vorliegen müsse. Durch die Bestimmungen werde der Untersuchungszweck der Verwaltungseinheit allgemein geschützt.¹³¹⁶ Eine Behörde könne den Zugang zu amtlichen Dokumenten ausschliessen, wenn dies zur Aufrechterhaltung der Wirksamkeit allgemeiner Vorgehensweisen oder Strategien diene.¹³¹⁷

Entgegen der Auffassung des EDÖB teilt das Bundesverwaltungsgericht dieses weite Verständnis von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht, sondern erblickt im Ausnahmetatbestand des Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ eine auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnittene Schutzbestimmung. Die Wirksamkeit der Aufgabenerfüllung der Behörde falle nicht als solche unter diese Bestimmung. Zum Zeitpunkt des Gesuchs müsse eine klar definierte behördliche Massnahme beeinträchtigt sein bzw. drohen,

1314 Vertieft zum Beweismass im Kartellverwaltungsverfahren mit entsprechenden Nachweisen, TSCHUDIN, *Beweismass*, S. 1335 ff. m. w. N.

1315 Botschaft BGÖ, S. 2009.

1316 Empfehlung des EDÖB 19.09.2011, II. B. 4.1; vgl. aber für ein weitaus restriktiveres Verständnis, Empfehlung des EDÖB 17.02.2016, N 17.

1317 BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N 20; so dem Anschein nach auch das BVGer 20.10.2016, A-683/2016, E. 5.1.

beeinträchtigt zu werden.¹³¹⁸ Das Bundesgericht stützte in der Folge die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich und präzisierte, dass die drohende Verletzung von einem gewissen Gewicht sein müsse.¹³¹⁹

In grosser Mehrheit wird dann auch gefordert, Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ eng auszulegen. Dem ist zuzustimmen, weil eine weite Auslegung es ermöglicht, viele Zugangsgesuche pauschal abzuweisen. Die Geheimhaltung eines Dokuments muss für die wirksame Durchführung der betroffenen Massnahme absolut notwendig sein.¹³²⁰ Eine extensive Auslegung birgt die Gefahr, dass diese Ausnahme zu einer «*carte blanche*» der Behörden wird und dass somit unter Hinweis auf hypothetische Gefahren die Wirksamkeit des BGÖ ausgehöhlt wird.¹³²¹

(2) Bonusregelung als konkrete Massnahme

Die Bonusregelung ist eine allgemeine Behördenstrategie zur Bekämpfung von Wettbewerbsverstössen und schlussendlich mehr als nur eine konkrete Behördenmassnahme. Diesen Unterschied scheint die Weko zu ignorieren und legt die Bestimmung dahin gehend aus, dass sich der Begriff «konkrete Massnahme» nicht auf den Einzelfall beziehe. Es genüge, dass durch den Zugang der Öffentlichkeit allgemeine Vorgehensweisen bekannt würden.¹³²² Die Weko vertritt die Auffassung, dass die Offenlegung von Selbstanzeigeeinformationen eine solche Vorgehensweise sei. Der Erfolg der Bonusregelung sei dann gefährdet, weshalb Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ gegen eine Offenlegung spreche.¹³²³

Die Weko hat sich allerdings nicht dazu geäussert, ob die Behörde im Rahmen der konkreten und individuellen Prüfung eine Einzelfallabwägung oder eine Schadensrisikoanalyse vornimmt. Vielmehr entsteht der

1318 BVGer 10.08.2016, A-4571/2015, E. 6.1; ähnlich restriktiv auch BVGer 18.10.2010, A-3443/2010, E. 5.2 f.

1319 BGE 144 II 77, E. 4.3.

1320 CANDRIAN, Öffentlichkeitsprinzip, S. 6; SHK BGÖ-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 24, sprechen von der Gefahr, dass diese Bestimmung zum Blankocheck der Verwaltung wird, um Zugangsgesuche abzulehnen; BOLLER/HUNKENMÖLLER, Zugangsrecht, S. 779.

1321 SHK BGÖ-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 24.

1322 Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 18.

1323 Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 18.

Eindruck, dass bei Anträgen auf Zugang zu Dokumenten aus Selbstanzeigeverfahren überhaupt keine individuelle und konkrete Prüfung vorgenommen wird. Das Gesuch wird folglich pauschal abgewiesen. Auch wenn das Verständnis der Behörde nachvollziehbar ist, ist die strikte Handhabe zu kritisieren. Es bedarf einer differenzierten Behandlung der Selbstanzeigeeinformationen. Im Folgenden werden die im Rahmen einer Selbstanzeige erstellten Dokumente in drei Kategorien aufgeteilt.¹³²⁴

- Die erste Kategorie bildet die Selbstanzeige. Dieses Dokument ist für die Wirksamkeit der Bonusregelung bedeutend und der Öffentlichkeit bzw. Kartellopfern grundsätzlich vorzuenthalten. Aber auch in Bezug auf dieses Dokument kann nicht pauschal auf eine individuelle und konkrete Prüfung verzichtet werden, weil mit zunehmendem Professionalisierungsgrad einer Absprache meist auch der Umfang der Beweismittel abnimmt und sich diese häufig ausschliesslich im Besitz der Weko befinden. In einer derartigen Ausgangslage kontrolliert ein auf das BGÖ gestützter Zugang die Verwaltungstätigkeit. Aber auch der Umstand, dass die privatrechtliche Durchsetzung neben privaten auch öffentliche Interessen verfolgt, kann im Einzelfall für den Zugang sprechen,¹³²⁵ und zwar insbesondere dann, wenn die Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche mit den Informationen aus der Selbstanzeige steht und fällt – wann dies der Fall ist, wurde bereits an anderer Stelle aufgezeigt.¹³²⁶ Wird der Zugang verweigert und von der Durchsetzung abgesehen, beeinträchtigt die Verweigerung übermässig private und öffentliche Interessen.
- Die zweite Kategorie bilden Dokumente, die hinsichtlich oder während eines Selbstanzeigeverfahrens von der Behörde oder den Verfahrensparteien erstellt wurden. Sie geben Aufschluss darüber, wie die Behörde die Selbstanzeige behandelt hat, in welchem Umfang sie dem Antragsteller entgegengekommen ist und wie sie die anschließende Untersuchung durchgeführt hat. Das Interesse an der Transparenz dieser Dokumente ist besonders gross, weil dadurch die Verwaltungstätigkeit überprüft werden kann. Ein Zugang zu diesen Dokumenten ist während des erstinstanzlichen Verfahrens aufgrund von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ausgeschlossen.¹³²⁷ Fraglich ist hingegen, ob die Dokumente der zweiten Kategorie vom Entscheidzeitpunkt an oder

1324 Siehe *oben* § 15. 3.

1325 Siehe *oben* § 2. 2.

1326 Siehe zu diesen Konstellationen *oben* § 8. 4.

1327 Siehe *oben* § 17. 3. III.

erst ab Rechtskraft der verfahrensabschliessenden Verfügung der Öffentlichkeit zugänglich sein sollten. Vorliegend wird vertreten, dass die Schutzwürdigkeit dieser Dokumente ab Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens und nicht erst ab Rechtskraft der Verfügung hinter das Transparenzinteresse zurücktritt.

- Die dritte Kategorie besteht aus den Beilagen zur Selbstanzeige. Diesen Dokumenten ist grundsätzlich ein geringes Schutzbedürfnis zuzubilligen. Vorliegend wird vertreten, dass die Schutzwürdigkeit dieser Dokumente vom Entscheidungszeitpunkt an hinter das Transparenzinteresse zurücktritt.

Weiter bleibt festzuhalten, dass, selbst wenn nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ ein Zugang zu Dokumenten der zweiten oder dritten Kategorie infrage kommt, weiterhin auch andere durch Art. 7 Abs. 1 BGÖ normierte Interessen wie die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen eine Einschränkung, einen Aufschub oder eine Verweigerung des Öffentlichkeitszugangs rechtfertigen können.

c. Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ)

Laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst der Begriff des Geschäftsgeheimnisses sämtliche Informationen, an deren Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse besteht und die einen Einfluss auf den geschäftlichen Erfolg eines Unternehmens haben. Eine Offenlegung gegenüber einem Konkurrenten würde den Wettbewerb verfälschen.¹³²⁸ Die Rechtsprechung deckt sich mit den Ausführungen zum Begriff der Geschäftsgeheimnisse im Kartellrecht – die dort als Berufs- und Fabrikationsgeheimnisse umfassend verstanden werden. Die Ausführungen in § 14 sind auch im Rahmen des BGÖ zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf

- den Verfall des Werts wirtschaftlicher Informationen,
- den nicht absoluten Schutzzumfang von Geschäftsgeheimnissen und
- den Umstand, dass das Interesse, für Wettbewerbsverstöße nicht zivilrechtlich in Anspruch genommen zu werden, nicht schutzwürdig ist.

Entscheidend ist wiederum, ob eine Schadensrisikoanalyse oder eine konkrete Interessenabwägung vorzunehmen ist. Ist eine Schadensrisikoanalyse

1328 BGE 142 II 340, E. 3.2 m. w. N.; ähnlich auch BGer 16.01.2019, 1C_665/2017, E. 3.3 m. w. N.

vorzunehmen, wird die relevante Information bzw. Dokumentenpassage faktisch immer vom Öffentlichkeitsprinzip ausgeschlossen. Denn ein Geheimnis ist offenbart, wenn es Aussenstehenden zur Kenntnis gebracht oder zugänglich gemacht wird¹³²⁹ – die relevante Passage wird also nie zugänglich gemacht. Kommt es hingegen, wie in dieser Arbeit gefordert, zu einer Einzelfallanalyse, ist nicht auszuschliessen, dass in einer bestimmten Ausgangslage das öffentliche Interesse höher zu gewichten ist als das private Interesse am Schutz eines Geheimnisses.

d. Zusicherung der Vertraulichkeit durch die Behörde (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ)

Teilen Dritte der Behörde Informationen freiwillig mit und sichert die Behörde deren Geheimhaltung zu, wird der Zugang nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert. Damit diese Ausnahme greift, muss

- die Freiwilligkeit der Übermittlung gegeben sein und
- die Behörde die Vertraulichkeit der Informationen zugesichert haben.

(1) Zur Freiwilligkeit der Übermittlung: Die Übermittlung von Informationen an eine Behörde durch einen Dritten ist ausschliesslich dann freiwillig, wenn dies nicht aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht erfolgt.¹³³⁰ So erfüllen etwa während eines Verwaltungsverfahrens an eine Behörde übermittelte Informationen das erforderliche Freiwilligkeitskriterium nicht, weil die Parteien wie Dritte in Verwaltungsverfahren grundsätzlich zur Mitwirkung verpflichtet sind.¹³³¹ Wird hingegen eine Selbstanzeige gestellt und führt diese zur Verfahrenseröffnung – die sog. Eröffnungskooperation –, kann die Freiwilligkeit der Übermittlung angenommen werden. Im Rahmen der Feststellungskooperation, also wenn das Verwaltungsverfahren bereits eröffnet wurde und die allgemeine Mitwirkungspflicht bereits greift, fehlt es an der Freiwilligkeit nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ.

(2) Zur Zusicherung der Vertraulichkeit: Die Geheimhaltung der Information muss zudem von der Behörde zugesichert worden

1329 BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 45.

1330 BVGer 23.10.2017, A-6755/2016, E. 7.3.

1331 Siehe Art. 40 KG.

sein.¹³³² Dies hat grundsätzlich in Schriftform zu erfolgen.¹³³³ Die Zusicherung muss von dem Dritten explizit verlangt und von der Behörde explizit abgegeben werden.¹³³⁴ Stillschweigende Begehren sind ebenso wie stillschweigende Zusicherungen mit grösster Zurückhaltung anzunehmen, weil sonst der Gesetzeszweck leicht unterlaufen werden könnte.¹³³⁵ Die Verwaltung darf den Privaten nicht von sich aus auf die Vertraulichkeit hinweisen.¹³³⁶ Auch darf die Geheimhaltung nicht gewohnheitsmässig erfolgen.¹³³⁷ Im Hinblick auf das Transparenzziel der Verwaltung ist dem Begehren nach Zusicherung der Vertraulichkeit demzufolge nicht leichthin stattzugeben.¹³³⁸

Sind diese beiden Kriterien erfüllt, wird in der Praxis der Öffentlichkeitszugang nicht nur einzuschränken oder aufzuschieben, sondern vollständig zu verweigern sein, was sich aus der Zusicherung der Vertraulichkeit durch die Behörde ergibt.¹³³⁹ Diese Ausführungen wecken hingegen Zweifel an der Rechtmässigkeit der aktuellen Praxis der Weko. Diese Praxis lässt sich anhand des folgenden Zitats veranschaulichen:

«Falls gewünscht, sollte das Unternehmen darauf hinweisen, dass es die Selbstanzeige freiwillig einreicht, und vom Sekretariat die Zusicherung der Geheimhaltung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ verlangen, damit die Selbstanzeigeakten nicht aufgrund des BGÖ zugänglich gemacht werden müssen.»¹³⁴⁰

Dieses Vorgehen ist vor dem Hintergrund der erforderlichen Zurückhaltung der Behörden äusserst fragwürdig. Ein der Öffentlichkeit zugängliches Merkblatt weist potenzielle Selbstanzeiger darauf hin, dass die Geheimhaltung sämtlicher übermittelten Informationen zu verlangen ist, um

1332 BVGer 23.10.2017, A-6755/2016, E. 7.3.

1333 Empfehlung des EDÖB 17.09.2013, N 25.

1334 BVGer 07.12.2011, A-1135/2011, E. 6.3.3; Botschaft BGÖ, S. 2012.

1335 BVGer 07.12.2011, A-1135/2011, E. 6.3.3; Botschaft BGÖ, S. 2012.

1336 Empfehlung des EDÖB 19.09.2019, N 21; Empfehlung des EDÖB 12.08.2016, N 27; Empfehlung des EDÖB 15.10.2013, N 30; Empfehlung des EDÖB 17.09.2013, N 25; SHK BGÖ-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 47.

1337 BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 48.

1338 Empfehlung des EDÖB 17.09.2013, N 25.

1339 BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 49; SHK BGÖ-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 47 f.

1340 Weko, Merkblatt/ Bonusregelung, N 55; Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 20; vgl. Weko, Jahresbericht 2019, S. 28.

die Dokumente dem Öffentlichkeitszugang zu entziehen. Die Behörde weist somit von sich aus auf die Vertraulichkeit hin. Diese Praxis steht in deutlichem Widerspruch zur erforderlichen Zurückhaltung der Behörden bei der Zusicherung der Geheimhaltung und ist somit nicht mit dem BGÖ vereinbar. Es sollte grundsätzlich nicht im Ermessen der Wettbewerbsbehörden stehen, ob gewisse Informationen unter das BGÖ fallen. Eine Anpassung bzw. Streichung der zitierten Passage aus dem Merkblatt Selbstanzeige ist folglich angezeigt.

Zu bedenken ist hierbei: Wird die Geheimhaltung nicht BGÖ-konform zugesichert, ist der Öffentlichkeitszugang auch zu bereits eingereichten Dokumenten nicht unter Berufung auf Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ zu verweigern – die Geheimhaltung kann dann auch unter Berufung auf den Vertrauensschutz nach Art. 9 BV nicht geltend gemacht werden. Laut Bundesverwaltungsgericht kann beim Fehlen einer Voraussetzung, die für die Geheimhaltung notwendig ist, kein Vertraulichkeitsschutz erzwungen werden. Im gegenteiligen Fall wäre Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ obsolet.¹³⁴¹ Auch entfalten unrichtige Behördenauskünfte, wie etwa eine fälschlicherweise zugesicherte Vertraulichkeit, keine Rechtswirkungen, wenn das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz überwiegt.¹³⁴² Dabei ist allerdings zu bedenken, dass der Zugang zu den unterschiedlichen Kategorien von Selbstanzeigedokumenten, nach wie vor auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ gestützt, eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann.

III. Schutz der Privatsphäre Dritter (Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1bis DSGVO)

a. Schutz der Privatsphäre Dritter de lege lata

Gleich mehrere Bestimmungen des BGÖ regeln den Schutz der Persönlichkeit, was den bedeutenden Stellenwert dieses Schutzguts unterstreicht.¹³⁴³ Die Mehrzahl der amtlichen Dokumente aus Kartellverfahren enthält Daten von Privatpersonen,¹³⁴⁴ sodass der Persön-

1341 BVerfGE 23.10.2017, A-6755/2016, E. 7.4.

1342 BGE 137 II 182, E. 3.6.2.

1343 BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 50.

1344 DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 22; in diesem Sinne auch BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 50.

lichkeitsschutz auch in den vorliegend relevanten Konstellationen entsprechend zu berücksichtigen ist. Nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind in amtlichen Dokumenten enthaltene Personendaten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Bei dieser Bestimmung handelt es sich jedoch nicht um eine Behördenpflicht, sämtliche personenbezogenen Daten zu anonymisieren,¹³⁴⁵ weil sich dadurch Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 7 Abs. 2 BGÖ erübrigen würden.¹³⁴⁶ Nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ richtet sich der Zugang zu Personendaten nach dem DSGVO; Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO wiederum verweist auf das BGÖ.¹³⁴⁷ Das Zusammenspiel von Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO ist äusserst komplex und bietet Raum für unterschiedliche Auffassungen.¹³⁴⁸ Im Hinblick auf die in Art. 7 Abs. 2 BGÖ enthaltene Ausnahme gewinnt das Zusammenspiel zusätzlich an Komplexität. Nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt werden, wenn die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt ist. Welche Informationen allerdings zur Privatsphäre zählen, ist nicht abschliessend geklärt.¹³⁴⁹ Dies erschwert eine Abgrenzung zwischen den Personendaten und der Privatsphäre. Diese Gemengelage kann in der Praxis zu heiklen Abgrenzungsfragen führen. Zum einen: Der Zugang nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird nur ausnahmsweise gewährt – wie bereits an anderer Stelle aufgezeigt wurde, ist der Schutz der Persönlichkeit im Vergleich zu den übrigen in Art. 7 Abs. 1 BGÖ normierten Interessen grundsätzlich höher zu gewichten.¹³⁵⁰ Es bedarf nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ «gewichtiger öffentlicher Interessen». Zum anderen: Sind von einem Zugang Personendaten nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ betroffen, ist nach Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei bedarf es – im Gegensatz zur oben genannten Abwägung nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ – nicht zwingend «gewichtiger öffentlicher Interessen», um den Zugang zu rechtfertigen. Vielmehr wird «lediglich» eine Interessenabwägung vorgenommen. Der Zugang wird also nicht nur ausnahmsweise gewährt.

Das Bundesgericht hat dieses rechtliche Problem mit einem äusserst pragmatischen Ansatz gelöst. Nach seiner Lesart weisen die Bestimmungen – Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO

1345 SHK BGÖ-FLÜCKIGER, Art. 9 N 20 f.; BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 50.

1346 Vgl. BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 9 N 4.

1347 BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 50.

1348 BELSER/NOURREDDINE, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 8 N 111; BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 50.

1349 Für eine übersichtliche Darstellung verschiedener Umschreibungen der Privatsphäre, siehe BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 51.

1350 Siehe *oben* § 17. 6. I.

– einen hohen Überschneidungsgrad auf, weil im Rahmen von Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ebenso wie der Schutz der Privatsphäre zu berücksichtigen sei.¹³⁵¹ Ohne das Zusammenspiel der genannten Normen en détail zu untersuchen, befand das Bundesgericht, dass das Verhältnis zwischen Art. 7 Abs. 2 BGÖ und Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO komplex sei. Schlussendlich sei allerdings massgeblich, dass jeweils zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten und dem Schutz der Privatsphäre bzw. der informationellen Selbstbestimmung der entsprechenden Personen abgewogen werde.¹³⁵² Im Rahmen des BGÖ hat das Bundesgericht somit den Persönlichkeitsschutz und den Schutz personenbezogener Daten inhaltlich nivelliert. Demzufolge unterscheidet das Bundesgericht auch im Rahmen der Güterabwägung nicht zwischen dem Interesse des Dritten am Schutz seiner Privatsphäre und seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹³⁵³

b. Schutz der Privatsphäre Dritter *de lege ferenda* – alter Wein in neuen Schläuchen?

Das DSGVO befindet sich derzeit in Revision. Beabsichtigt ist, den Schutz von Daten juristischer Personen aus dem Schutzbereich des DSGVO herauszunehmen. Eine entsprechende Änderung würde auch Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO betreffen. Die im vorherigen Abschnitt erwähnte Nivellierung wäre dann grundsätzlich nicht mehr vertretbar, weil sich Art. 9 BGÖ und Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO dann ausschliesslich auf Daten natürlicher Personen und nicht mehr auf unternehmensbezogene Daten bezögen.

Der Schutz von Daten juristischer Personen soll neu in Art. 57r E-RVOG und Art. 57s E-RVOG geregelt werden. In Art. 57r Abs. 2 E-RVOG soll festgelegt werden, welche Daten juristischer Personen besonders schützenswert sind. Hierzu sollen namentlich Daten über «verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen» zählen.¹³⁵⁴ Dies würde bedeuten, dass grundsätzlich sämtliche in den Verfahrensdokumenten enthaltenen Unternehmensdaten als schützenswerte Daten nach Art. 57r Abs. 2 E-RVOG qualifiziert würden. Art. 57s Abs. 1 E-RVOG soll darüber

1351 BGE 142 II 340, E. 4.2.

1352 BGE 142 II 340, E. 4.3.

1353 Siehe zur Abwägung der relevanten Interessen, BGE 142 II 340, E. 4.4.

1354 Botschaft DSGVO (2017), S. 7117 ff.

hinaus festhalten, dass Bundesorgane Daten juristischer Personen bekannt geben dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage dies vorsieht.¹³⁵⁵ Die entsprechende gesetzliche Grundlage ist das BGÖ. Hingegen sieht Art. 57s Abs. 2 E-RVOG vor, dass besonders schützenswerte Daten juristischer Personen nur bekannt gegeben werden dürfen, wenn ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht. Da das BGÖ ein Gesetz im formellen Sinn ist, wäre ein auf das BGÖ gestützter Zugang zu Verfahrensdokumenten, die Daten juristischer Personen enthalten, weiterhin nach dem BGÖ zu beurteilen. Diese Änderung wird die praktische Relevanz der Ausnahme nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ allerdings bedeutend erhöhen. Da aber, wie aufgezeigt wurde,¹³⁵⁶ das Bundesgericht Art. 7 Abs. 2 BGÖ einerseits und Art. 9 BGÖ sowie Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO andererseits materiell einen ähnlichen Inhalt zuweist, wird die bestehende Rechtsprechung wohl sinngemäss weiterhin auf Art. 7 Abs. 2 BGÖ Anwendung finden, und zwar auch vor dem Hintergrund, dass der in Art. 13 Abs. 2 BV verankerte Persönlichkeitsschutz ebenso auf juristische Personen Anwendung findet, soweit dieser Schutz nicht an spezifische Eigenschaften von Menschen anknüpft.¹³⁵⁷

IV. Verfahren

Wird Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt, die Personendaten enthalten, ist vorab ein mehrstufiges Verfahren zu durchlaufen.¹³⁵⁸ Zuerst ist zu überprüfen, ob der Zugang aufgrund überwiegender öffentlicher oder privater Interessen von vornherein ausgeschlossen ist.¹³⁵⁹ Wird der Zugang in Erwägung gezogen, ist den betroffenen Unternehmen die Gelegenheit einzuräumen, gegen den Zugang sprechende Interessen geltend zu machen. Erst im Anschluss daran ist die definitive Interessenabwägung vorzunehmen und über den Zugang zu entscheiden. Den Wettbewerbsbehörden steht bei der Einzelfallabwägung, ob der Zugang gewährt wird, ein beträchtlicher Ermessensspielraum zu. Bei der vorzunehmenden Abwägung sind insbesondere die folgenden Kriterien zu berücksichtigen:¹³⁶⁰

1355 Botschaft DSGVO (2017), S. 7117 ff.

1356 Siehe hierzu *oben* § 17. 6 III. a.

1357 BSK BV-DIGGELMANN, Art. 13 N 8, 33; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 N 75.

1358 BGE 142 II 340, E. 4.6.

1359 BGE 142 II 340, E. 4.6; BGer 02.12.2015, 1C_50/2015, E. 6.3.

1360 Siehe allgemein BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 7 f.; BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 56 ff.

- Art. 6 Abs. 2 Bst. b VBGÖ bestimmt, dass das Interesse am Zugang das Interesse am Schutz der Privatsphäre auch überwiegen kann, wenn die Zugänglichmachung dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen dient. Wie aufgezeigt wurde, verfolgt der Kartellschadenersatz nicht nur private, sondern auch öffentliche Interessen. Somit kann das Gesuch eines Kartellopfers nicht pauschal abgewiesen werden, weil es an einem öffentlichen Interesse fehle.¹³⁶¹
- Führt der Zugang zu einem wesentlichen Wettbewerbsnachteil des betroffenen Unternehmens? Ein Wettbewerbsnachteil ist zu verneinen, wenn das Unternehmen nur «unangenehme Konsequenzen» des eigenen Verhaltens trägt.¹³⁶² Keinen Schutz verdient das Interesse, nicht zivilrechtlich für ein bereits verwaltungsrechtlich sanktioniertes Verhalten in Anspruch genommen zu werden.¹³⁶³ Der Zugang Dritter zu diesen Informationen ist kein Wettbewerbsnachteil.
- In sämtlichen Verfahren, in denen die Wettbewerbsbehörden mit den Kartellanten kooperieren, ist das Interesse an der Verwaltungstransparenz gross, wie etwa bei einvernehmlichen Regelungen oder bei Selbstanzeigen. Die Kontrolle der Öffentlichkeit garantiert hierbei, dass niemand über Gebühr benachteiligt oder privilegiert wird.¹³⁶⁴

Somit können Kartelltäter nur begrenzt von dem in Art. 7 Abs. 2 BGÖ statuierten Persönlichkeitsschutz profitieren. Allerdings ist der «*caveat*» anzubringen, dass, auch wenn eine Unternehmensinformation im konkreten Fall nicht durch Art. 7 Abs. 2 BGÖ geschützt wird, dieselbe Information bzw. dasselbe Verfahrensdokument durch andere Ausnahmen vom Öffentlichkeitszugang geschützt sein kann. Das Vorgehen in Bezug auf die Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ ähnelt dann jedoch der soeben beschriebenen Abwägung. Auch hierbei ist im Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem durch Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschützten Interesse und dem öffentlichen Interesse am Zugang zu dem Dokument vorzunehmen. Die hier vertretene Ansicht ist allerdings eine Mindermeinung und spiegelt nicht die bereits erwähnte Praxis wider, im Rahmen der individuellen Prüfung eine Schadensrisikoanalyse vorzunehmen.¹³⁶⁵

1361 Siehe dazu *oben* § 10. IV. b. und *oben* § 2. 2.

1362 Vgl. BGER 27.09.2017, 1C_394/2016, E. 4.8; BGE 133 II 209, E. 2.3.3; BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 60.

1363 Siehe *oben* § 14. 1. III. b. (1); siehe zur europäischen Ausgangslage *oben* § 8. 1. II. a. (2).

1364 BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 63.

1365 Siehe zu dieser Praxis *oben* § 17. 6. I.

7. Wertende Zusammenfassung

Der durch das BGÖ angestrebte Paradigmenwechsel ermöglicht es grundsätzlich, zur Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche Informationen zu erlangen und zu verwerten. Dies wird dadurch begünstigt, dass der Begriff des amtlichen Dokuments weit ausfällt. Zudem ist die Verwaltungstätigkeit der Wettbewerbsbehörden vom sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BGÖ erfasst, sodass ein Grossteil der im Besitz der Behörden befindlichen Verfahrensdokumente dem Öffentlichkeitsprinzip unterliegt. Die Weko ist verpflichtet, Gesuchsteller bei der Präzisierung ihres Gesuchs zu unterstützen, etwa durch entsprechende Auszüge aus den Dokumentenmanagementsystemen. Ist das Gesuch ausreichend präzisiert, ist grundsätzlich jedes einzelne Dokument einer konkreten und individuellen Prüfung zu unterziehen. Nicht zu übersehen ist jedoch, dass der Zugang zu den Verfahrensdokumenten während des erstinstanzlichen Verfahrens grundsätzlich ausgeschlossen ist. Im gegenteiligen Fall würde das verwaltungsrechtliche Akteneinsichtsrecht ausgehöhlt, sodass der Zugang grundsätzlich nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ bis zum Entscheidungszeitpunkt aufzuschieben ist.

Unstrittig ist, dass in Bezug auf die Ausnahme in Art. 7 Abs. 2 BGÖ («Schutz der Persönlichkeit») im Rahmen der konkreten und individuellen Prüfung eine Einzelfallabwägung des Transparenzinteresses und des Persönlichkeitsschutzes vorzunehmen ist. Hierbei ist stets zu berücksichtigen, dass das Interesse, nicht für verursachte Kartellschäden zu haften, nicht schutzwürdig ist. In Bezug auf die in Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschützten Interessen soll nach dem Grossteil der Lehre und wohl auch der Praxis im Einzelfall eine Schadensrisikoanalyse vorgenommen werden. Dies beruht auf der Annahme, dass der Gesetzgeber in Bezug auf die in Art. 7 Abs. 1 Bst. a–h BGÖ normierten Interessen bereits eine Interessenabwägung vorgenommen hat, und zwar mit dem Ergebnis, dass das Öffentlichkeitsinteresse einen Eingriff in die Interessen nicht zu rechtfertigen vermag. Massgebend ist dann nur noch das Schadenseintrittsrisiko. Im Gegensatz dazu und im Hinblick auf den Gesetzeszweck wird vorliegend vertreten, dass im Rahmen der individuellen und konkreten Prüfung immer auch eine Einzelfallabwägung vorzunehmen ist.

Die Untersuchung hat ferner ergeben, dass das in Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ («Schutz der Meinungs- und Willensbildung») normierte Interesse in der Praxis selten und nur in Bezug auf bestimmte Dokumente den Zugang der Öffentlichkeit bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss auszuschliessen vermag. Der Zugang der Öffentlichkeit zu Verfahrensdokumenten

kumenten der Wettbewerbsbehörden kann auch im Hinblick auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ («Schutz behördlicher Massnahmen») eingeschränkt werden. Wird dem Begriff der konkreten Massnahme ein weites Verständnis zugrunde gelegt, kann der Zugang zur Selbstanzeige i. d. R. auch über die Rechtskraft hinaus verweigert werden, nicht hingegen in Bezug auf die Dokumente, die von den Wettbewerbsbehörden oder dem Selbstanzeiger im Hinblick auf ein Verfahren oder während eines Selbstanzeigeverfahrens erstellt wurden, oder auf die Beilagen zur Selbstanzeige. Diese Dokumente geniessen keinen erhöhten Schutz und unterliegen grundsätzlich bereits vom Entscheidungszeitpunkt an dem Öffentlichkeitszugang, ebenso wie Verfahrensdokumente aus Kartellverwaltungsverfahren ohne Beteiligung eines Selbstanzeigers. Der Zugang ist jedoch regelmässig zu verweigern, wenn ein amtliches Dokument nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ Geschäftsgeheimnisse enthält. Hierbei sollte sich am allgemeinen Geschäftsgeheimnisbegriff des Kartellrechts orientiert werden, nach dem Geschäftsgeheimnissen ein hoher Schutz zukommt, der jedoch nicht als absolut zu verstehen ist. Auch in diesem Kontext bedarf es einer Einzelfallabwägung der widerstreitenden Interessen. Zu beanstanden ist die Behördenpraxis, potenzielle Selbstanzeiger auf die in Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ («Schutz freiwillig übermittelter Informationen») enthaltene Ausnahme hinzuweisen und sogar dazu aufzufordern, die Geheimhaltung der Unterlagen durch die Wettbewerbsbehörden zu verlangen. Eine derartige Zusicherung sollte ausschliesslich in Bezug auf die Selbstanzeige in Erwägung gezogen werden. Ferner sollten die Behörden nicht aktiv für den Schutz der Selbstanzeige werben.

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass die Verwaltungstransparenz zumindest mittel- bis langfristig zu einer wirksameren Verwaltungstätigkeit beitragen kann und zugleich die kartellzivilrechtliche Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase erleichtert. Hingegen darf nicht übersehen werden, dass während eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens der Zugang der Öffentlichkeit grundsätzlich auszuschliessen ist, um die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung zu garantieren. Zugleich kann das Öffentlichkeitsprinzip auch einen gewichtigen Beitrag zur Verwirklichung des wirksamen Rechtsschutzes im Rahmen der kartellrechtlichen Durchsetzung leisten, insbesondere im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren. Wird der Zugang der Öffentlichkeit durch die Wettbewerbsbehörden über Gebühr eingeschränkt, läuft dies dem Transparenzprinzip zuwider und verkennt, dass sämtliche Durchsetzungsziele nur erreicht werden, wenn die kartellzivilrechtlichen Ansprüche erfolgreich geltend gemacht werden können.

§ 18. Akteneinsicht nicht verfahrensbeteiligter Dritter (Art. 29 Abs. 2 BV)

Weder das KG noch das VwVG verschaffen Dritten, die nicht am Kartellverwaltungsverfahren teilgenommen haben, eine Möglichkeit der Akteneinsicht. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass Dritten wie etwa Kartellopfern ein unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteter Anspruch auf Akteneinsicht zusteht.¹³⁶⁶

Der verfassungsmässige Anspruch auf Akteneinsicht besteht grundsätzlich vor einem Verwaltungs- oder Verwaltungsbeschwerdeverfahren, währenddessen und nach dessen Abschluss¹³⁶⁷ und steht jedermann zu, der über ein besonders schutzwürdiges Interesse verfügt.¹³⁶⁸ Die Verfahrensparteien verfügen während eines rechtshängigen Verfahrens kraft ihrer Parteistellung über ein solches Interesse. Sie müssen dies grundsätzlich nicht nachweisen, um Akteneinsicht zu nehmen.¹³⁶⁹ Das Gleiche gilt allgemein für die übrigen Verfahrensbeteiligten, denen ebenfalls kraft ihrer Verfahrensstellung (sehr begrenzte) Akteneinsichtsmöglichkeiten zustehen.¹³⁷⁰ Die Ausgangslage ändert sich deutlich für Personen, die weder als Partei noch in anderer Weise am Kartellverwaltungsverfahren teilgenommen haben. Sie müssen ein besonderes Interesse nachweisen, um Akteneinsicht in die Verfahrensdokumente eines rechtshängigen ebenso wie in die eines abgeschlossenen erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens zu nehmen.¹³⁷¹

Um Einsicht in die Verfahrensdokumente zu erhalten, ist es hingegen mit dem Nachweis eines besonders schutzwürdigen Interesses nicht getan. Die vorzunehmende Interessenabwägung muss ergeben, dass das Interesse des Dritten die übrigen Interessen überwiegt. Anders ausgedrückt, bedeutet dies, dass das Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz das Interesse an einem wirksamen öffentlichen Verwaltungsverfahren überwiegen

1366 In diesem Zusammenhang auch BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.5.2.

1367 Vgl. Reko MAW, VPB 68 (2004) Nr. 168, E. 3.1.2; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 49 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1032.

1368 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1032; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 49.

1369 Siehe *oben* § 14. 1; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 49; BGE 129 I 249, E. 5.1; BGE 127 I 145, E. 4a; SGK BV-STEINMANN, Art. 29 N 54; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 54; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahren, N 235, N 609.

1370 Siehe *oben* § 14. 2.

1371 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1032.

muss. Dass ersteres Interesse während eines rechtshängigen erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens höher gewichtet und einem Dritten Akteneinsicht gewährt wird, ist äusserst selten. Wie bereits erwähnt, kennt das öffentliche Kartellverfahrensrecht neben den Parteien weitere Verfahrensbeteiligte.¹³⁷² Das bedeutet, dass der Gesetzgeber neben den Interessen der Parteien auch bereits den Interessen anderer Personen gerecht wird.¹³⁷³ Vor diesem Hintergrund ist eine unmittelbar auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Akteneinsicht Dritter in die Verfahrensdokumente eines rechtshängigen Verwaltungsverfahrens wohl nur selten zu rechtfertigen.

Die Ausgangslage ändert sich allerdings nach Verfahrensabschluss, also ausserhalb eines rechtshängigen Verfahrens. Nach der Rechtsprechung kann es zur umfassenden Wahrung von Rechten angezeigt sein, dass Dritte die Akten eines abgeschlossenen Verfahrens einsehen.¹³⁷⁴ Auch in dieser Ausgangslage hängt die Akteneinsicht vom Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses ab.¹³⁷⁵ In gefestigter Rechtsprechung geht das Bundesgericht davon aus, dass das Interesse an der Einsicht in die Akten eines abgeschlossenen Verfahrens schutzwürdig ist, wenn diese der Vorbereitung eines Schadenersatzverfahrens dient.¹³⁷⁶ Da das Interesse an der Durchsetzung von Schadenersatz während eines Verfahrens offensichtlich anders gewichtet wird als nach dessen Abschluss, ist entscheidend, von welchem Zeitpunkt an ein Verfahren als abgeschlossen gilt – die Einsicht also «ausserhalb eines hängigen Verfahrens»¹³⁷⁷ erfolgt.

Ein Verfahren ist abgeschlossen, wenn es nicht mehr rechtshängig ist. Dabei stellt sich die Frage, ob die Rechtshängigkeit mit dem förmlichen Abschluss des Verfahrens endet, d. h. durch die verfahrensabschliessende Verfügung, oder erst zu dem Zeitpunkt, zu dem die Verfügung in Rechtskraft erwächst. Die Eidgenössische Rekurskommission für medizinische Aus- und Weiterbildung hielt zu dieser Frage im Jahr 2004 fest:

«Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren dauern ab ihrer Eröffnung bis zu ihrer rechtskräftigen Erledigung – Prüfungsverfahren mithin ab der Anmeldung zur Prüfung bis zum Eintritt der Rechtskraft der Prüfungsverfügung, und Beschwerdeverfahren ab Eingang

1372 Siehe *oben* § 13.

1373 Siehe *oben* § 13. 2. I.

1374 BGE 122 I 153, E. 6a.

1375 Vgl. Reko MAW, VPB 68 (2004) Nr. 168, E. 3.1.2.

1376 Dazu vertieft *unten* § 18. 1.

1377 BGE 129 I 249, E. 3, spricht von einem «hängigen» und einem nicht «rechtshängigen» Verfahren, wobei beide Begriffe dieselbe Bedeutung haben dürften.

der Beschwerde bis zum Eintritt der Rechtskraft des Beschwerdeentscheides.»¹³⁷⁸

In diesem Sinne geht auch das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Begriff der (Rechts-)Hängigkeit die Dauer zwischen Verfahrenseinleitung und (formeller) Rechtskraft der Entscheidung umfasst.¹³⁷⁹ Nach diesem Verständnis wäre eine Einsicht Dritter regelmässig erst ab Rechtskraft der Sanktionsverfügung möglich. Dies wird dahin gehend verstanden, dass das Interesse an der Einsicht in Verfahrensakten zur Vorbereitung eines Schadenersatzverfahrens meist erst ab Rechtskraft als überwiegendes Interesse berücksichtigt wird.¹³⁸⁰

Von einem anderen Verständnis der Rechtshängigkeit geht jedoch das Bundesgericht aus:

«Die Eröffnung des Verfahrens bewirkt die Rechtshängigkeit (Litispendenz). Diese endet mit dem förmlichen Abschluss des Verfahrens durch die handelnde Behörde; daran ändert nichts, dass die Verfügung nicht formell rechtskräftig ist, wenn noch ein ordentliches Rechtsmittel dagegen erhoben werden kann, denn mit dessen Erhebung wird das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz neu eröffnet, d. h. von Neuem rechtshängig gemacht.»¹³⁸¹

Dieses Verständnis lässt nicht darauf schliessen, dass ein Verfahren von der Verfahrenseröffnung bis zur Rechtskraft der verfahrensabschliessenden Verfügung rechtshängig ist. Das Gegenteil trifft zu: Das Verfahren ist vom Zeitpunkt der Eröffnung bis zum förmlichen Abschluss rechtshängig, also bis zur verfahrensabschliessenden Verfügung. Es ist nach Erlass der Verfügung zwar abgeschlossen, hingegen noch nicht rechtskräftig. Wird innert der Rechtsmittelfrist Beschwerde erhoben, wird das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz rechtshängig.¹³⁸² Das abgeschlossene erstin-

1378 Reko MAW, VPB 68 (2004) Nr. 168, E. 3.1.2.

1379 BVGer 18.10.2018, E-4514/2016, E. 4.1.1; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 49 Fn. 123; BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 26 N 16; SHK BGÖ-SCHWEIZER/WIDMER, Art. 3 N 12 BGÖ.

1380 WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 50; so auch JOST D., Anlegerschutz, S. 374.

1381 BGE 140 II 298, E. 5.4, mit Verweis auf BERTSCHI/PLÜSS, in: Griffel (VRG), Vorb. zu § 4–31, N 33; vgl. auch BVGer 07.05.2019, B-337/2019, E. 6.2; nach KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, N 122, endet die Rechtshängigkeit mit dem Entscheid in der Sache oder einer anderen Art der Prozesserledigung.

1382 BERTSCHI/PLÜSS, in: Griffel (VRG), Vorb. zu § 4–31, N 33.

stanzliche Verfahren wird dadurch jedoch nicht erneut rechtshängig, sondern bleibt abgeschlossen. Nach diesem Verständnis umfasst der Begriff der Rechtshängigkeit eines Verfahrens im Verwaltungsrecht die jeweilige Verfahrenssequenz vor der Behörde oder dem jeweiligen Instanzgericht, und zwar unabhängig davon, ob die Rechtsmittelfrist noch läuft oder gegen die Verfügung bereits ein Rechtsmittel erhoben wurde. Im Zusammenhang mit der amtshilfeweisen Übermittlung von Verfahrensakten an ein Gemeinwesen hat das Bundesgericht jüngst im Hinblick auf Art. 29 Abs. 2 BV festgehalten, dass die Übermittlung von Verfahrensdokumenten nicht erst mit Rechtskraft der Verfügung erfolgen könne.¹³⁸³ Das DSG, das die amtshilfeweise Übermittlung zwischen Behörden regelt, sei bereits während eines Verwaltungsverfahrens bzw. parallel dazu anwendbar.¹³⁸⁴ Dies bedeutet allerdings nicht, dass die jeweiligen Interessen während eines erstinstanzlichen Verfahrens anders gewichtet werden können als nach dessen Abschluss.¹³⁸⁵

Das Verständnis des Bundesgerichts von der Rechtshängigkeit wird in der vorliegenden Untersuchung als massgebend angesehen. Jedoch muss bedacht werden, dass der Verfahrensstand nicht das ausschlaggebende Kriterium für das hier behandelte Akteneinsichtsrecht sein kann. Der unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Anspruch besteht unabhängig vom jeweiligen Verfahrensstand und ist immer zu gewähren, sobald ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen ist, das die übrigen Interessen überwiegt. Grundsätzlich sollte das Interesse an der Durchsetzung des Kartellschadenersatzes jedoch erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens höher gewichtet werden als etwa das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Interesse an der Geltendmachung von Kartellschadenersatz während eines Verwaltungsverfahrens pauschal hinter das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung zurücktritt. Droht etwa die Verjährung kartellzivilrechtlicher Ansprüche,¹³⁸⁶ ist die Akteneinsicht Dritter auch während

1383 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.7.

1384 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.7.

1385 Die Einsicht Dritter nach dem BGÖ in Verfahrensdokumente der Weko während eines erstinstanzlichen Verfahrens ist grundsätzlich auszuschliessen, siehe *oben* § 17. 3. III.

1386 Häufig führt die Behandlung eines Wettbewerbsverstosses durch drei Instanzen bzw. durch die Weko, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht zu ausgesprochen langen Verfahrensdauern, weshalb das Verfahren nicht selten länger dauert als die absolute Verjährungsfrist, BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.8.3.

eines Verfahrens in Erwägung zu ziehen. Sonst besteht die Gefahr, dass die Ansprüche der Kartellopfer häufig ins Leere laufen, was eine Verletzung des Rechts auf freien Zugang zum Gericht nach Art. 6 Nr. 1 EMRK darstellen kann.¹³⁸⁷ Diese Gewichtung würde sich jedoch ändern, wenn die Verjährungsfrist kartellzivilrechtlicher Ansprüche während eines Kartellverfahrensverfahrens stillstünde.¹³⁸⁸

1. Inhalt und Schranken des Akteneinsichtsanspruchs nach Art. 29 Abs. 2 BV

Wie aufgezeigt wurde, kann Dritten auch ausserhalb eines rechtshängigen Verfahrens Akteneinsicht gewährt werden, wenn ein besonders schutzwürdiges Interesse glaubhaft gemacht wird.¹³⁸⁹ Dieses Interesse kann sich aus einem spezifischen Freiheitsrecht oder einer sonstigen besonderen Sachnähe ergeben.¹³⁹⁰ Nach Abschluss des Verfahrens liegt dieses Interesse immer vor, wenn der Dritte in dem abgeschlossenen Verfahren Parteistellung hatte.¹³⁹¹ So gesehen, steht dann auch ehemaligen Verfahrensbeteiligten kein aus Art. 26 ff. VwVG abgeleiteter Akteneinsichtsanspruch mehr zu, sondern lediglich ein Anspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV.¹³⁹² Darüber hinaus besteht namentlich ein besonders schutzwürdiges Interesse an der Akteneinsicht, wenn ein Schadenersatzverfahren sinnvollerweise nur in Kenntnis der Akten eingeleitet werden kann.¹³⁹³ Die Akteneinsicht ermög-

1387 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.8.3.

1388 So die Botschaft KG 2012, S. 3918.

1389 BGE 129 I 249, E. 3; BGE 128 I 63, E. 3.1; BGE 127 I 145, E. 4a; BGE 126 I 7, E. 2b; BGE 93 III 4, S. 10; BVGer 07.02.2018, A-520/2018, E. 9.3.1; BVGer 23.08.2016, A-6320/2014, E. 8.9.1; Weko, RPW 2018/4, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Graubünden), S. 723 ff., N 15; Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 69; HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Akteneinsicht, N 9 Fn. 33; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 503 m. w. N.

1390 BGE 129 I 249, E. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1032.

1391 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Verfahrensrecht, N 235.

1392 Wohl ähnlich Weko, RPW 2018/4, S. 723 ff., Bekanntgabe von Personendaten, N 18 f.

1393 BGE 129 I 249, E. 5.2; BGE 130 III 42, E. 3.2.2; BGer 03.12.2003, 7B_214/2003, E. 3.2.1; BGer 17.02.2006, 1A_253/2005, E. 3.6.2; BVGer 23.08.2016, A-6320/2014, E. 8.9.1; vgl. zur Ausgangslage in Deutschland Fuchs/Weitbrecht/MALLMANN/LÜBBIG, Private Kartelldurchsetzung, § 13 N 28, wonach ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung durch das BKartA

licht es, allfällige Prozesschancen eines zukünftigen Verfahrens abzuschätzen.¹³⁹⁴ Das sich aus Art. 29 Abs. 2 BV ergebende Akteneinsichtsrecht dient somit auch dazu, sich über die Grundlagen und Voraussetzungen eines aufwendigen Verfahrens zu orientieren.¹³⁹⁵ Ferner kann von dem Dritten nicht verlangt werden, tatsächlich ein Schadenersatzverfahren zu eröffnen.¹³⁹⁶ Die Behörden können nicht anstelle des Betroffenen über das prozessuale Vorgehen und dessen Erfolgchancen befinden. Die Akteneinsicht kann folglich nicht von einem bestimmten Verfahren abhängig gemacht werden.¹³⁹⁷

Es obliegt dem Rechtsuchenden – soweit dies überhaupt möglich ist – zu präzisieren, zu welchen Dokumenten er um Zugang ersucht, damit die Behörde beurteilen kann, ob ein besonders schutzwürdiges Interesse an der Akteneinsicht vorliegt. Zu berücksichtigen ist, dass die Kartellopfer i. d. R. nicht am Verfahren teilgenommen haben und vom Aktenbestand häufig nicht mehr als eine vage Vorstellung besitzen. An den Detaillierungsgrad eines Gesuchs sind daher keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Um seinem verfassungsmässigen Anspruch zum Durchbruch zu verhelfen, hat die Behörde den Rechtsuchenden zu unterstützen, etwa indem sie ihm das Aktenverzeichnis der entsprechenden Verfahrensakte zugänglich macht.¹³⁹⁸ Dieses Vorgehen ermöglicht es dem Rechtsuchenden, konkret darzulegen, in welches Verfahrensdokument er Einsicht verlangt und was er damit bezweckt.¹³⁹⁹ Aber auch hierbei sind an die Präzisierung des Gesuchs keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Es ist nicht ersichtlich, wie ein Kartellopfer die Notwendigkeit eines Dokuments für den Schadensnachweis darlegen soll, ohne Kenntnis von dessen Inhalt zu haben.¹⁴⁰⁰ Die Behörde hat dies bei der Beurteilung der Zugangsgesuche stets zu berücksichtigen.

über ein Einsichtsgesuch eines Dritten besteht, wenn dieser substantiiert vorträgt, ein berechtigtes Interesse zu haben, wie etwa ein Interesse an der Geldtendmachung von Schadenersatz gegenüber den Verfahrensbeteiligten.

1394 Vgl. BGE 130 III 42, E. 3.2.2; BGE 129 I 249, E. 5.2; BGer 18.10.2002, 1P_240/2002, E. 3.2.1; BGer 17.02.2006, 1A_253/2005, E. 3.6.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, N 503.

1395 VG ZH, VB.2014.00341, E. 4.3.4.

1396 VG ZH, VB.2014.00341, E. 4.3.4 f.

1397 BVGer 07.02.2018, A-520/2018, E. 9.3.1 m. w. N.

1398 Exemplarisch BGer 03.08.2018, 13Y_2/2018, E. 2.2, wohingegen auf den Ausnahmeharakter dieses Vorgehens verwiesen wird.

1399 BGer 03.08.2018, 13Y_2/2018, E. 2.2.

1400 Siehe zur ähnlichen Ausgangslage im Rahmen der TransparenzVO *oben* § 10. 2. IV. a.; siehe dazu ebenso *oben* § 10. 2. IV. b.

2. Verwertungsbeschränkung und Geheimhaltungsverpflichtung: Schutz der öffentlichen Durchsetzung

Nach dem BGÖ zugänglich gemachte Dokumente sind wegen des Grundsatzes «*access to one, access to all*» jedermann zugänglich.¹⁴⁰¹ Dass die Wettbewerbsbehörden dieser Zugangsmöglichkeit mit Skepsis begegnen, ist angesichts der häufig sensiblen Daten in den Verfahrensakten nachvollziehbar. Ein auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützter Zugang ist aus dieser Sicht vorteilhafter. Die Behörde verfügt bei der Frage nach dem «Ob» und dem Umfang der Akteneinsicht über einen beträchtlichen Ermessensspielraum.¹⁴⁰² Neben den involvierten privaten und öffentlichen Interessen ist im Rahmen der Einzelfallabwägung auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 2 BV zu beachten. Dieser verpflichtet die Behörde, zu eruieren, ob mildere Mittel anstelle einer pauschalen Abweisung eines Gesuchs angezeigt sind. Mildere Mittel sind etwa Verwertungsbeschränkungen und Geheimhaltungspflichten in Form verwaltungsrechtlicher Nebenbestimmungen. Diese sind nach den bereits dargestellten Grundsätzen auszugestalten.¹⁴⁰³ Ebenfalls ist ein beschränkter Zugang für einen spezifischen Personenkreis in Erwägung zu ziehen, etwa für Rechtsvertreter oder beauftragte Ökonomen.¹⁴⁰⁴ Ferner ist auf die Ausführungen zu Art. 25 Abs. 2 KG zu verweisen, wonach die Wettbewerbsbehörden sicherstellen, dass die Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden.¹⁴⁰⁵

3. Datenschutzrechtliche Lex specialis?

Der unmittelbar auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Anspruch auf Akteneinsicht ist ein verfassungsrechtlicher Minimalanspruch. Fraglich ist, ob er durch Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG konkretisiert wird – dies hätte zur Folge, dass Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG die Anwendung des verfassungsmässigen Anspruchs verdrängen würde. Die Weko hat diese Frage offengelassen.¹⁴⁰⁶ Dementsprechend musste das «Rangverhältnis» zwischen diesen Normen

1401 Siehe *oben* § 17. 1.

1402 Vgl. BGE 135 III 503, E. 3; BGer 22.05.2015, 5A_552/2014, E. 3.3.

1403 Siehe *oben* § 15. 2.

1404 Siehe hierzu die europäische und die deutsche Ausgangslage *oben* § 11. 2. I. c.

1405 Siehe *oben* § 15. 1. II.

1406 Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 67.

nicht geprüft werden. Die Behörde hielt jedoch ergänzend fest, dass sich Dritte allenfalls auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG stützen könnten, um Zugang zu Personendaten zu erhalten.¹⁴⁰⁷ Dieses Verständnis würde einen Anspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV ausschliessen.

Nach Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG gibt eine Behörde Personendaten bekannt, wenn der vorgesehene Empfänger glaubhaft gemacht hat, dass die betroffene Person ihre Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren. Nach der Botschaft ist diese Bestimmung primär auf Konstellationen ausgerichtet, in denen der Zugang verweigert wird, um einer Rechtspflicht zu entgehen, wie beispielsweise Alimentenzahlungen oder Sozialversicherungsbeiträgen.¹⁴⁰⁸ Allerdings sind kartellrechtliche Ansprüche keine Rechtspflicht i. S. v. Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG. Unabhängig davon, ob eine (rechtskräftige) Sanktionsverfügung der Wettbewerbsbehörden für die Zivilgerichte bindend ist, besteht keine allgemeine Rechtspflicht der Kartellanten, gegen sich gerichtete Schadenersatzansprüche mit Beweismitteln zu unterstützen. Folglich ist die für die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG konstitutive Voraussetzung der rechtsmissbräuchlichen Verweigerung in den vorliegend interessierenden Konstellationen nur schwer zu erblicken. Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG verdrängt demzufolge nicht den verfassungsmässigen Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten der Weko.

Eine rechtsmissbräuchliche Verweigerung ist allerdings in den folgenden Ausgangslagen in Erwägung zu ziehen: Ein Unternehmen wird durch ein Zivilgericht nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zur Dokumentenvorlage verpflichtet und leistet der gerichtlichen Anordnung nicht Folge. Sein Verhalten bzw. seine Verweigerung kann ausschliesslich im Rahmen der Beweiswürdigung im Hauptverfahren berücksichtigt werden.¹⁴⁰⁹ Kommt es hingegen zu keinem Hauptverfahren, weil es dem Antragsteller nicht gelingt, die infrage stehenden Sachverhaltselemente genügend zu substantizieren, gereicht dem Antragsgegner sein Verhalten nicht zum Nachteil. Seine Verweigerung kann dann als rechtsmissbräuchliche Verweigerung nach Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG qualifiziert werden, was die Einsicht zu rechtfertigen vermag. Allerdings steht zu diesem Zeitpunkt noch nicht

1407 Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 60.

1408 Botschaft DSG (1988), S. 470; BVGer 18.10.2018, A-590/2018, E. 10.3.

1409 SCHWEIZER, ZZZ 2010, S. 9 f.; Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 30.

fest, ob der kartellzivilrechtliche Anspruch überhaupt besteht, wie von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG explizit gefordert wird. Da das Bestehen des Anspruchs noch nicht feststeht, kann dieser auch nicht rechtsmissbräuchlich behindert werden. Dem ist entgegenzusetzen, dass einer vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zwingend die Glaubhaftmachung¹⁴¹⁰ eines zivilrechtlichen Anspruchs vorangeht.¹⁴¹¹ Ob allein aus der Glaubhaftmachung auf das Bestehen des Rechtsanspruchs geschlossen werden kann, wie von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG gefordert wird, ist im Einzelfall zu klären.¹⁴¹²

Sodann ist auf die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verweisen, wonach das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG der Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes dient. Allerdings sind hiervon keine Auskunftsbegehren erfasst, die der Abklärung von Prozesschancen eines allfälligen Zivilprozesses dienen.¹⁴¹³ Somit regeln der datenrechtliche Auskunftsanspruch nach Art. 8 DSG und der Anspruch auf Akteneinsicht nach Art. 29 Abs. 2 BV nicht das gleiche gesetzgeberische Anliegen und dienen nicht den identischen Zielgruppen. Die Normen haben somit keinen abstrakt-identischen sachlichen Regelungsgehalt, sodass Art. 29 Abs. 2 BV nicht durch Art. 8 DSG als *Lex specialis* verdrängt wird.

4. Wertende Zusammenfassung

Nicht an einem Kartellverwaltungsverfahren teilnehmende Dritte können grundsätzlich, unmittelbar auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützt, während und ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens Akteneinsicht nehmen. Der Einsichtnahme geht die erfolgreiche Geltendmachung eines besonders schutzwürdigen Interesses voran, das die widerstreitenden Interessen überwiegen muss. Dies ist während eines rechtshängigen Verwaltungsverfahrens regel-

1410 Glaubhaftmachen ist mehr als ein Behaupten, aber weniger als ein strikter bzw. voller Beweis. Ein Glaubhaftmachen erfordert somit eine begründete, plausible Behauptung, die mindestens punktuell durch Beweismittel erhärtet wird; GRONER, Beweisrecht, S. 195 f.; TSCHUDI, Beweismass, S. 1334.

1411 Kritisch zum Kriterium der Glaubhaftmachung, DOMEJ, Hoffnung, S. 74; Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 19a ff.; SCHWEIZER, ZZZ 2010, S. 3 ff., 9 f.

1412 Auch wäre in diesen Konstellationen eine allfällige Übermittlung der Verfahrensdokumente der Wettbewerbsbehörde an das Zivilgericht in Erwägung zu ziehen, siehe unten § 19.

1413 BGer 18.11.2020, 4A_277/2020, E. 5.

mässig nicht der Fall. Ausserhalb eines rechtshängigen Verfahrens – also nach der verfahrensabschliessenden Sanktionsverfügung – kann das Interesse an der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche die übrigen Interessen überwiegen, was dem wirksamen Rechtsschutz der Kartellopfer dient.

Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden ist dann auch ein auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützter Zugang im Vergleich zu einem Zugang nach dem BGÖ vorteilhafter. Verwertungsbeschränkungen und Geheimhaltungsverpflichtungen ermöglichen es, im Rahmen einer auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützten Akteneinsicht die unterschiedlichen Interessen ausgewogen zu berücksichtigen. Dem wirksamen Rechtsschutz ist gedient, weil kartellrechtliche Ansprüche mit allfälligen Informationen unterstützt werden. Aber auch dem Schutzbedürfnis der wirksamen öffentlichen Durchsetzung und den Interessen der Verfahrensparteien wird gerecht, weil die Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden dürfen. Nicht zu verkennen ist, dass die Wettbewerbsbehörden hierbei über einen beträchtlichen Ermessensspielraum verfügen – das Ermessen sollte stets die privaten und die öffentlichen Interessen berücksichtigen, die mit der privatrechtlichen Durchsetzung verfolgt werden.

§ 19. Übermittlung von Verfahrensdokumenten an Zivilgerichte

Die Verhandlungsmaxime beherrscht den Kartellzivilprozess.¹⁴¹⁴ Das Kartellopfer, die beweisbelastete Partei, hat die Beweismittel zu benennen, anzubieten oder zu bezeichnen, was den Geschädigten vor erhebliche Herausforderungen stellt. Es bedarf Informationen, deren der Geschädigte in *Follow-on*-Prozessen ohne Hilfe durch die Wettbewerbsbehörden selten habhaft wird. In diesem Kapitel wird aufgezeigt, inwiefern im Nachgang zu einem Verwaltungsverfahren Verfahrensdokumente an ein Zivilgericht übermittelt werden können, um die genannten Schwierigkeiten zumindest dem Ansatz nach zu lösen.

1. Das Recht auf Beweisabnahme

Der in Art. 29 Abs. 2 BV verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör enthält als Teilanspruch das Recht auf Beweis.¹⁴¹⁵ Dieser Anspruch verschafft den Parteien das Recht, Beweismittel zu offerieren, und das Recht, Beweismittel zu bezeichnen – Letzteres ist vorliegend von Interesse. Befindet sich ein Beweismittel nicht in der Verfügungsgewalt der darauf angewiesenen Partei, sondern bei der Gegenpartei oder einem Dritten, trifft das Gericht, unter gewissen Voraussetzungen¹⁴¹⁶, die «nötigen Anordnungen», um das bezeichnete Beweismittel in den Prozess einzubringen.¹⁴¹⁷ Unterlässt das Gericht die «nötigen Anordnungen» und wird über eine rechtserhebliche Tatsache nicht Beweis geführt, obwohl das entsprechende Sachvorbringen

1414 Siehe *oben* § 1.

1415 Überdies lässt sich das Recht auf Beweisabnahme auch aus Art. 8 ZGB ableiten; JUNGO, Art. 8 ZGB, N 21 m. w. N.

1416 Im Kartellzivilverfahren geht einer entsprechenden Anordnung aufgrund der Verhandlungsmaxime grundsätzlich ein Antrag einer Verfahrenspartei voraus. Zudem sind die zu edierenden Urkunden genügend zu bezeichnen, sodass der Verpflichtete die zu edierenden Urkunden zweifelsfrei ausfindig machen kann. So ist auch auf die Praxis des BGH zu verweisen, nach der eine Verfahrenspartei nicht nur solche Beweistatsachen vortragen darf, zu der ihr die Beweismittel selbst vorliegen, sondern auch zu solchen, die sie für wahrscheinlich hält; siehe rechtsvergleichend hierzu BGH, Urteil vom 02.05.2009, V ZR 177/08, N 19, und den Kommentar von JÄGER/MORLIN, Lkw-Kartell, S. 645.

1417 Vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZH-ZPO, § 140 N 15a; vgl. auch WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 33 N 88.

weder erstellt noch widerlegt ist, ist das Recht auf Beweis grundsätzlich verletzt.¹⁴¹⁸

2. Urkundenedition von im Besitz der Weko befindlichen Verfahrensdokumenten?

Um von einer Partei bezeichnete Beweismittel wie Dokumente in den Prozessstoff einzubringen, ist die Urkundenedition nach der ZPO die «nötige Anordnung».¹⁴¹⁹ Nach Art. 160 Abs. 1 ZPO können die Parteien und Dritte zur Mitwirkung an der Beweiserhebung verpflichtet werden, worunter etwa die Urkundenedition fällt. Ebenfalls können bei Vorliegen schutzwürdiger Interessen nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO jederzeit, also auch ausserhalb eines Zivilprozesses, Beweise abgenommen und somit Dokumente ediert werden. Diese Bestimmung wird richtigerweise dahin gehend ausgelegt, dass im Hauptsacheverfahren zulässige Editionsbegehren gegenüber Dritten auch im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung zugelassen sind.¹⁴²⁰ Fraglich ist, ob die in Art. 160 Abs. 1 ZPO und Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO enthaltenen Mitwirkungspflichten auch auf Verwaltungseinheiten wie die Weko Anwendung finden. In diesem Fall wäre die in Art. 160 Abs. 1 Bst. b ZPO vorgesehene Urkundenedition die «nötige Anordnung», um dem Recht auf Beweisabnahme gerecht zu werden.¹⁴²¹ Um dies festzustellen, ist Art. 160 Abs. 1 Bst. b ZPO auszulegen.

Eine am Wortlaut von Art. 160 Abs. 1 ZPO ausgerichtete Interpretation hilft bei der vorliegenden Qualifikationsfrage nicht weiter. Die Bestimmung spricht in der deutschen Fassung lediglich von «Dritten». Wenig aussagekräftig sind ebenfalls die französische («*tiers*»), die italienische («*terzi*») und die romanische («*terzas personas*») Fassung von Art. 160 Abs. 1 ZPO, ebenso wenig wie die englische Übersetzung («*third parties*»).

Auch die Gesetzesbotschaft wird in dieser Hinsicht nicht wesentlich konkreter. Hingegen stellt sie klar, dass die Editionsspflicht Dritter eine echte Pflicht darstellt, die unter Strafandrohung oder direktem Zwang zu erfüllen ist.¹⁴²² Dass eine Verwaltungsbehörde durch ein Zivilgericht nicht unter Strafandrohung oder direktem Zwang zur Edition von Verfah-

1418 Vgl. KUKO ZPO-SCHMID, Art. 152 N 11.

1419 FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZH-ZPO, § 140 N 15a.

1420 SG-OG 10/2017/15/A vom 13.11.2018, E. 3.

1421 Siehe hierzu *oben* § 19. 1.

1422 Botschaft ZPO, S. 7316.

rendokumenten gezwungen werden kann, ergibt sich aus dem Gewaltentrennungsprinzip. Dieses Verständnis legt es zumindest nahe, die Wettbewerbsbehörden nicht als Dritte i. S. v. Art. 160 Abs. 1 ZPO zu qualifizieren.

Zu einem anderen Ergebnis führt die systematische Auslegung. Die in Art. 160 Abs. 1 ZPO weit gefasste Mitwirkungspflicht Dritter wird in Art. 166 Abs. 1 ZPO mehrfach eingeschränkt. Eine dieser Einschränkungen ist Art. 166 Abs. 1 Bst. c ZPO, dessen Regelungsgegenstand Beamte bilden. Ein Dritter kann seine Mitwirkung an der Feststellung von Tatsachen verweigern, wenn die Informationen ihm als Beamtem oder Behördenmitglied in seiner amtlichen Eigenschaft anvertraut oder von ihm bei der Ausübung seines Amtes wahrgenommen worden sind.¹⁴²³ Unterliegt der Beamte einer Anzeigepflicht oder wird er von seiner vorgesetzten Behörde zur Aussage ermächtigt, ist er zur Aussage bzw. Edition verpflichtet. Da Beamte im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit Teil der Verwaltung sind, ebnet dieses Verständnis den Weg dahin, in der Verwaltung einen Dritten i. S. v. Art. 160 Abs. 1 ZPO zu erblicken.¹⁴²⁴ Nach dieser gesetzsystematischen Auslegung wären die Wettbewerbsbehörden als Dritte i. S. v. Art. 160 Abs. 1 ZPO und (wohl) auch Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zu qualifizieren, wenn auch nur in den gesetzlich normierten Fällen.

Im Gegensatz dazu wird vertreten, dass die ZPO keine gesetzliche Grundlage biete, um eine Verwaltungsstelle zur Mitwirkung an einem Zivilverfahren zu zwingen. Eine Verwaltungsbehörde könne durch ein Zivilgericht ausschliesslich auf Art. 44 Abs. 2 BV gestützt zu Auskünften und zur Aushändigung von Akten verpflichtet werden. Dies sei jedoch nur insofern möglich, als dies zur Entscheidungsfindung im jeweiligen Verfahren unabdingbar sei.¹⁴²⁵ Ob selbst in dieser Extremsituation von einer veritablen Pflicht gesprochen werden kann, ist kritisch zu betrachten.

So wird in überzeugender Weise vertreten, dass eine Verwaltungsbehörde nicht durch ein Gericht zur Mitwirkung – etwa in Form der Urkundenedition – verpflichtet werden könne.¹⁴²⁶ Die Staatsgewalten (Legislative, Exekutive und Judikative) seien grundsätzlich gleichgeordnet. Von diesem

1423 Vgl. GÖKSU, Urkundenedition, S. 95; so auch SUTTER-SOMM/HASENBÜHLER/LEUENBERGER (Hrsg.), ZPO-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 23.

1424 So vertreten von GÖKSU, Urkundenedition, S. 95; vgl. auch DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 46.

1425 SUTTER-SOMM/HASENBÜHLER/LEUENBERGER (Hrsg.), ZPO-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 23.

1426 BRACHER, Mitwirkungspflichten, S. 76 f.; BVGE 2014/19, E. 8.1 und BK ZPO-RÜETSCHI, Vorb. zu 160–167 N 21, jeweils mit Verweis auf BRACHER; vgl. auch

Grundsatz ausgenommen seien Konstellationen, in denen «Privatgeschäfte eines öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträgers» betroffen sind.¹⁴²⁷ Diese Ausnahme sei gerechtfertigt, weil die Verwaltung in diesen Konstellationen nicht hoheitlich auftrete, sondern mit Privaten auf derselben Ebene verkehre.¹⁴²⁸ Die Behörde entscheide dann nicht über ihre allfällige Mitwirkung, sondern sei – im Rahmen von Art. 166 Abs. 1 Bst. c ZPO – dazu verpflichtet. In dieser Ausgangslage könne die Behörde somit auch zu einer Aktenedition verpflichtet werden. Da die Wettbewerbsbehörden in Kartellverwaltungsverfahren hoheitlich auftreten und nicht auf gleicher Ebene mit den Verfahrensbeteiligten verkehren, ist eine Qualifikation der Weko als Dritte nicht angezeigt.

Diese Ausführungen entsprechen auch der älteren Rechtsprechung,¹⁴²⁹ laut der die allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften der Editionsspflicht nicht gegenüber dem Gemeinwesen galten.¹⁴³⁰ Eine Behörde konnte von einer anderen Behörde lediglich um Edition ersucht werden. Schlussendlich oblag es der ersuchten Behörde, darüber zu entscheiden, ob das Interesse an der Geheimhaltung das Interesse an der Wahrheitsfindung des ersuchenden Gerichts überwog. Auch die Einführung der eidgenössischen ZPO hat diese Ausgangslage nicht verändert. Wäre die Mitwirkungspflicht nach Art. 160 Abs. 1 ZPO auch auf die Verwaltung anzuwenden und somit eine Ausnahme vom Gewaltentrennungsprinzip geschaffen worden, hätte dies mit Sicherheit Eingang in die Gesetzesbotschaft gefunden. Dementsprechend hat das Bundesgericht in einem konkursrechtlichen Urteil aus dem Jahr 2015 und somit nach Einführung der eidgenössischen ZPO

Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 23.

1427 BRACHER, Mitwirkungspflichten, S. 77; Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 23; BK ZPO-RÜETSCHI, Vor. 160–167 N 21; BSK ZPO-SCHMID, Art. 166 N 11a.

1428 BRACHER, Mitwirkungspflichten, S. 77; BVGE 2014/19, E. 8.1.

1429 BGE 80 I 3 f.; mit Verweis auf BGE 80 I 3 ff. auch BGer 15.11.2005, 7B_99/2005, E. 1.1.3, und Entscheid der Eidgenössische Datenschutzkommission vom 10.01.1997, 1/96, ZBl 99/1998 S. 285; zur alten ZH-ZPO ebenfalls mit Verweis auf BGE 80 I 3 ff., FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZH-ZPO, § 184b) N 9; HAUSER/SCHWERI, GVG, § 172 N 38; HAUSER/HAUSER, Gerichtsverfassungsgesetz ZH, S. 615; GULDENER, aZPO, S. 354 Fn. 19.

1430 Der Begriff «Gemeinwesen» steht als Oberbegriff für die bundesstaatlichen Gebietskörperschaften (Bund, Kantone sowie Gemeinden); vgl. BRACHER, Mitwirkungspflichten, S. 76 Fn. 471 m. w. N.

festgehalten, dass sich die Urkundenedition nach den massgeblichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften und nicht nach der ZPO bestimme.¹⁴³¹

Mit Ausnahme der gesetzessystematischen Auslegung drängen sich folglich keine Gründe auf, die Wettbewerbsbehörden als Dritte i. S. v. Art. 160 Abs. 1 ZPO oder Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zu qualifizieren. Befinden sich also vom Kläger bezeichnete Beweismittel in der Verfügungsgewalt der Weko, ist die ZPO, insbesondere die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO, keine ausreichende Grundlage für den Erlass der «nötigen Anordnung», um dem Recht auf Beweisabnahme zum Durchbruch zu verhelfen.¹⁴³²

3. Informationelle Amtshilfe

Zwar kann eine Verwaltungsbehörde wegen des Gewaltentrennungsprinzips nicht von einer Justizbehörde zur Urkundenedition verpflichtet werden, doch kann eine Behörde eine andere Behörde im Rahmen der informationellen Amtshilfe um Übermittlung von Verfahrensdokumenten ersuchen. Weitestgehend ungeklärt ist, auf welcher Grundlage ein Zivilgericht die Wettbewerbsbehörden um Übermittlung von Verfahrensdokumenten ersuchen kann, um die «nötige Anordnung»¹⁴³³ zu erlassen und dem Recht auf Beweis gerecht zu werden.¹⁴³⁴

Eine Grundlage mag sich aus dem Grundsatz der Bundestreue ergeben. Dieser Grundsatz bildet quasi den Kitt der föderalen Staatsstruktur und findet in Art. 44 Abs. 2 BV Ausdruck. Nach dieser Bestimmung leisten Bund und Kantone einander Rechts- und Amtshilfe. Der Begriff der Amtshilfe¹⁴³⁵ bezeichnet im Folgenden die verwaltungsinterne Zusammenarbeit, wenn die Handlung der einen Behörde der Erfüllung einer Aufgabe einer anderen Behörde dient und wenn die Hilfe auf Ersuchen dieser

1431 Siehe auch BGE 141 III 281, E. 3 in Bezug auf die Einsicht in die Konkursakten der Konkursmasse und ohne Verweis auf die ältere Rechtsprechung; BVGE 2014/19, E. 8.1, mit Verweis auf BRACHER, Mitwirkungspflichten, S. 76 f.; vgl. auch STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 N 109; BSK ZPO-SCHMID, Art. 166 N 11a; BK ZPO-RÜETSCHI, Vorb. zu 160–167 N 21.

1432 Siehe zum Begriff «nötige Anordnungen» *oben* § 19. 1.

1433 Siehe *oben* § 19. 1.

1434 Die Grundlage für das entsprechende Gerichtshandeln ist die prozessleitende Verfügung nach Art. 124 Abs. 1 ZPO; siehe auch Botschaft DSG (1988), S. 469.

1435 Eingehend zur Abgrenzung von Amts- und Rechtshilfe, WERMELINGER, Amtshilfe, S. 178 f.

Behörde und ausserhalb prozessrechtlich geregelter Verfahren geleistet wird.¹⁴³⁶

Ein Teil der Amtshilfe ist die informationelle Amtshilfe, worunter die Unterstützung durch die Bekanntgabe von Sach- und Personendaten zu verstehen ist.¹⁴³⁷ Ersucht ein Zivilgericht (Justizbehörde) die Weko (Verwaltungsbehörde), ihm Verfahrensdokumente zu übermitteln, ist dies folglich ein Akt informationeller Amtshilfe.¹⁴³⁸ Trotz der vordergründig programmatischen Natur von Art. 44 Abs. 2 BV kann sich ein Zivilgericht grundsätzlich auf diese Verfassungsnorm berufen, ohne dass es einer zusätzlichen gesetzlichen Grundlage bedarf.¹⁴³⁹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz greift, wenn die informationelle Amtshilfe die Übermittlung von Personendaten betrifft.¹⁴⁴⁰ Betrifft das Amtshilfesuch Dokumente, die Personendaten enthalten, steht deren Übermittlung in einem Spannungsfeld zu Art. 13 Abs. 2 BV, wonach jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten hat.¹⁴⁴¹ In diesen Fällen ist

1436 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1783; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 174; BSK BV-WALDMANN/KRAEMER, Art. 44 N 26 m. w. N.

1437 SGV BV-SCHWEIZER, Art. 44 N 25; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 174.

1438 Vgl. für die Verwendung des Begriffs «informationelle Amtshilfe» in Bezug auf die Bekanntgabe von Personendaten aus einem abgeschlossenen Gerichtsverfahren, WERMELINGER, Amtshilfe, S. 180; BVerG 18.10.2018, A-590/2018, E. 5.4.

1439 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1784; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, N 1077; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 182 m. w. N.; differenzierend BSK BV-WALDMANN/KRAEMER, Art. 44 N 28; BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1072, vertreten, dass Art. 44 BV zumindest für eine Weitergabe von Informationen von funktionell gleichgelagerten Behörden, wie zwischen verschiedenen Gerichten, ausreicht. Hingegen fordern BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1083, auch, dass aufgrund der Bundestreue eine qualifizierte Amtshilfepflicht besteht, die an vereinfachte Voraussetzungen und weniger Schranken geknüpft ist; kritisch betreffend die Frage, ob ohne gesetzliche Konkretisierung Amtshilfe allein auf Art. 44 Abs. 2 BV gestützt erfolgen kann, SGV BV-SCHWEIZER, Art. 44 N 32 m. w. N.; offengelassen Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 73; a. A. BVerG 23.08.2016, A-6315/2014, E. 5; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 26.

1440 Vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1068.

1441 Nach BGE 122 I 360, E. 5.1, berührt eine Übernahme von Akten eines Straf- oder Verwaltungsverfahrens, die besonders schützenswerte Personendaten enthalten, in ein anderes Verfahren den Schutzbereich der persönlichen Freiheit; siehe auch BVerG 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.5.1; WERME-

Art. 36 BV zu beachten, wonach es, insbesondere bei der Einschränkung eines Verfahrensgrundrechts, einer gesetzlichen Grundlage bedarf.¹⁴⁴² Weder im KG noch im VwVG findet sich eine entsprechende Grundlage für eine entsprechende Übermittlung.¹⁴⁴³

I. Personendaten in Verfahrensdokumenten

Der weit gefasste Art. 44 Abs. 2 BV wird durch Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO konkretisiert. Diese Bestimmung ist eine explizite Anspruchsgrundlage, auf der um die amtshilfweise Übermittlung von Verfahrensdokumenten zu ersuchen ist, die Personendaten enthalten.¹⁴⁴⁴ Die in Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO vorgesehene informationelle Amtshilfe findet ausschliesslich Anwendung, wenn Bundesorgane (1) Personendaten (2) bearbeiten (3) und es keine speziellere Norm i. S. v. Art. 17 DSGVO gibt (4).

(1) Die Weko ist eine Bundesbehörde i. S. v. Art. 3 Bst. h DSGVO.

(2) Personendaten sind nach Art. 3 Bst. a DSGVO alle sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche oder juristische Person beziehenden Informationen. Verfahrensdokumente aus Kartellverwaltungsverfahren beziehen sich grundsätzlich auf Verhaltensweisen eines oder mehrerer Unternehmen i. S. v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. Der Unternehmensbegriff wiederum umfasst eine oder auch mehrere natürliche oder juristische Personen. Demnach enthalten Verfahrensdokumente der Wettbewerbsbehörden i. d. R. Personendaten.¹⁴⁴⁵

LINGER, Amtshilfe, S. 183; BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1068.

1442 BVGE 2014/19, E. 8 f., wonach ein Zivilgericht die FINMA nicht ohne gesetzliche Grundlage zur Übermittlung von Informationen verpflichten kann; BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1069, 1072; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 183.

1443 Im VwVG wird lediglich die Vollstreckungshilfe als Teil der Rechtshilfe durch Art. 43 VwVG geregelt; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 180.

1444 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.4; vgl. BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 4.2; BVGer 19.12.2019, A-7131/2018, E. 5.6.1; BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 5; vgl. auch BSK BV-WALDMANN/KRAEMER, Art. 44 N 28; BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1072; Botschaft DSGVO (1988), S. 469.

1445 Siehe *oben* § 16. 5. II.

- (3) Die Bekanntgabe der Informationen ist nach Art. 3 Bst. e und Bst. f DSGVO eine Bearbeitung von Personendaten.¹⁴⁴⁶ Übermittelt die Weko Verfahrensdokumente, die Personendaten enthalten, an Zivilgerichte, ist dies eine Bearbeitung von Personendaten durch ein Bundesorgan.
- (4) Wie aufgezeigt wurde, finden sich keine Amtshilfe Regelungen im KG oder im VwVG.¹⁴⁴⁷ Somit ist auch keine spezifische Rechtsgrundlage i. S. v. Art. 17 DSGVO für die Bearbeitung von Personendaten ersichtlich. Ist somit die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO zu bejahen, sind die Kriterien zu untersuchen, die für eine Übermittlung erfüllt sein müssen.¹⁴⁴⁸ Eine Behörde übermittelt auf Gesuch einer anderen Behörde Verfahrensdokumente, wenn die Informationen für den Empfänger¹⁴⁴⁹
- im Einzelfall
 - zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe
 - unentbehrlich sind.¹⁴⁵⁰

a. Im Einzelfall ...

Einleitend ist festzuhalten, dass das Kriterium «im Einzelfall» nicht bedeutet, dass sich das Gesuch nur auf die Daten einer einzelnen Person beziehen darf.¹⁴⁵¹ Unerheblich ist die Zahl der Personen, von denen die Daten stammen. Allerdings ergibt sich bei kritischer Analyse des einschlägigen Fallrechts¹⁴⁵², dass bei der Prüfung jeweils zwei Fragen zu prüfen sind: Werden die Daten durch die Gesuch stellende Behörde regelmässig oder dauerhaft für die Erledigung gesetzlicher Aufgaben herangezogen? Und: Ist die Anfrage genügend konkret?

1446 BVerfGE 23.08.2016, A-6315/2014, E. 6.1; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 188 f.; MUND, in: Baeriswyl/Pärli (DSG), Art. 19 N 1.

1447 Siehe *oben* § 19. 1.

1448 Jeweils sehr allgemein TRÜEB/ZURKINDEN, Art. 41 N 3; DIKE KG-BICKEL/WYSSLING, Art. 41 N 5; DIKE KG-HOLZMÜLLER/ODERMATT, Art. 48 N 2 Fn. 2; vgl. auch WERMELINGER, Amtshilfe, S. 184.

1449 Art. 19 DSGVO unterscheidet nicht nach Empfängerkategorien. Eine amtsweise Übermittlung an den Kanton Aargau wurde für zulässig befunden; siehe hierzu BVerfGE 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.2 m. w. N.

1450 Für eine nicht abschliessende Aufzählung von Voraussetzungen und Schranken der Amtshilfe allgemein BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1069 ff.

1451 BVerfGE 23.08.2016, A-6315/2014, E. 7.1; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 198.

1452 BVerfGE 23.08.2016, A-6315/2014, E. 7.1.

(1) Nicht regelmässig oder dauerhaft

Ein Ersuchen betrifft einen Einzelfall i. S. v. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG, wenn die Gesuch stellende Behörde die Daten nicht regelmässig oder dauerhaft für die Erledigung ihrer gesetzlichen Aufgaben heranzieht.¹⁴⁵³ Andernfalls bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, damit ein Datenaustausch in der entsprechenden Kadenz stattfinden kann. Um einen solchen Einzelfall handelt es sich, wenn ein geschädigtes Gemeinwesen Einsicht in eine Sanktionsverfügung und die entsprechenden Verfahrensdokumente verlangt, um ein zivilrechtliches Vorgehen gegen die Kartellanten zu prüfen.¹⁴⁵⁴ Jedoch anders gelagert sind die vorliegend interessierenden Konstellationen. Ein Zivilgericht ersucht hier um die Bekanntgabe bzw. Übermittlung von Verfahrensdokumenten und prüft, ob die verfahrensgenständlichen Ansprüche durch die entsprechenden Informationen rechtsgenügend nachgewiesen sind. Nach der vorliegend vertretenen Meinung betrifft das Gesuch auch in diesen Konstellationen einen Einzelfall.

Dies trifft ferner zu, wenn es im Nachgang zu einem Kartellverwaltungsverfahren zu einer Vielzahl von Kartellzivilprozessen kommt. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen führen häufig zu einer fast unüberschaubaren Zahl von Geschädigten.¹⁴⁵⁵ Häufig genügt es bereits, dass nur ein Bruchteil der Geschädigten seine zivilrechtlichen Ansprüche ins Recht legt, um veritable Klagewellen auszulösen.¹⁴⁵⁶ Ein Zivilgericht, etwa das am Sitz des Selbstanzeigers, wird sich dann häufig mit einer Vielzahl von Verfahren auseinandersetzen müssen, deren Prozessstoff sich stark ähnelt. Sämtlichen Verfahren liegt grundsätzlich dasselbe kartellrechtswidrige und sanktionierte Verhalten zugrunde. Auch finden sich auf Beklagten

1453 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 7.1.

1454 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 7.1; vgl. auch Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 49 f.; siehe *oben* § 15. 1. II. b.

1455 Siehe *oben* § 5. 1. I.

1456 Bezeichnend hierfür ist etwa das durch die Kommission aufgedeckte und sanktionierte Lkw-Kartell: Im Nachgang zu diesem Verfahren wurden allein am Landgericht München I über 110 einzelne *Follow-on*-Schadenersatzverfahren anhängig gemacht, womit zivilrechtliche Ansprüche von über 84 000 Lkw-Erwerbern aus 20 verschiedenen EU- wie EWR-Mitgliedstaaten geltend gemacht wurden, vgl. FREUND, Munich Trucks Cartel; kritisch und mit rechtsvergleichenden Verweisen auf die Ausgangslage im Vereinigten Königreich WEITBRECHT, Kartellschadenersatz 2017, S. 110 f.

seite grundsätzlich dieselben Parteien bzw. Kartellanten wieder.¹⁴⁵⁷ Hält es das Gericht in einem Prozess für notwendig, die Wettbewerbsbehörden um Übermittlung von Verfahrensdokumenten zu ersuchen, steht es ihm grundsätzlich offen, diese Informationen in weitere Verfahren desselben Kartellkomplexes einzubeziehen. Dann handelt es sich um gerichtsnotori-sche Tatsachen nach Art. 151 ZPO, die ungeachtet der Parteibehauptun-gen von Amts wegen in den Prozess eingeführt werden können. Hierzu zählen Beweisergebnisse aus früheren Verfahren zwischen denselben Par-teien ebenso wie Tatsachen, von denen das Gericht aus Drittprozessen Kenntnis hat und die sich innerhalb des Prozessthemas bewegen.¹⁴⁵⁸ Durch den Beizug der einschlägigen Akten werden die Kenntnisse in den Prozess eingebracht.¹⁴⁵⁹ Das Gericht wird im Einzelfall über einen derartigen Beizug zu entscheiden haben. Das scheint insbesondere dann angezeigt, wenn bereits ein Pilotprozess geführt wurde, dem der nämliche Sachverhalt zugrunde lag.¹⁴⁶⁰ Dies trifft in der Praxis auf *Follow-on*-Verfah-renskomplexe zu.¹⁴⁶¹ Waren mit der ursprünglichen Übermittlung auch Verwertungsaufgaben verbunden, sind diese zwingend auch in den weite-ren Verfahren zu respektieren – das Hauptinstrument hierfür sind die nach Art. 156 ZPO anzuordnenden Massnahmen.

Im Übrigen – und hier lediglich angerissen – gelten diese Überlegungen auch für Gerichtsgutachten nach Art. 183 Abs. 1 ZPO aus früheren Prozes-sen desselben Verfahrenskomplexes, denen dieselbe oder eine ähnliche Verhaltensweise zugrunde liegen. Um etwa den kartellbedingten Preisauf-schlag zu ermitteln, sind häufig Gerichtsgutachten entscheidend. Häufig bedarf es der Erstellung eines Gerichtsgutachtens, weil auch von den Parteien regelmässig inhaltlich nicht übereinstimmende Privatgutachten eingebracht werden. Um dann, auch ohne entsprechende Privatgutachten, überhaupt in der Lage zu sein, die Schadenshöhe festzustellen, geschweige denn nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen¹⁴⁶², bedarf es regelmässig eines

1457 Nicht zu verkennen ist in diesem Kontext, dass die gesamtschuldnerische Haftung den Kartelltätern den Anreiz bietet, ihre Verteidigungsstrategie zu koordinieren, siehe hierzu GALLE, Gemeinschaftliche Verteidigung, S. 576 ff.

1458 BGer 24.06.2014, 4A_37/2014, E. 2.4.1 m. w. N.

1459 BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 151 N 4, a. A. BSK ZPO-GUYAN, Art. 151 N 3.

1460 VETTER/PEYER, Tatsachen, S. 764.

1461 Vgl. VETTER/PEYER, Tatsachen, S. 764.

1462 Als Praxisbeispiel für eine Schätzung des kartellbedingten Schadens auf 15 % siehe LG Dortmund, Urteil vom 30.09.2020, 8 O 115/14 (Kart), N 147 ff., und da besonders N 160.

Gerichtsgutachtens.¹⁴⁶³ Ein solches Gutachten kann grundsätzlich auch in weiteren Prozessen desselben *Follow-on*-Verfahrenskomplexes verwertet werden. Hierbei ist der Anspruch sämtlicher Parteien auf rechtliches Gehör zu gewährleisten, sinnvollerweise im Rahmen einer Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, zu der sich die Parteien äussern können.¹⁴⁶⁴

(2) Konkrete Anfrage

Der Inhalt des Gesuchs muss Aufschluss über den relevanten Sachverhalt geben, den Grund des Gesuchs nennen¹⁴⁶⁵ und, wenn möglich, die erbetenen Verfahrensdokumente bezeichnen.¹⁴⁶⁶ Das Kriterium ist erfüllt, wenn sich das Gesuch auf die Akten eines bestimmten vorinstanzlichen Verfahrens bezieht und der Kreis der betreffenden Personendaten erkennbar ist.¹⁴⁶⁷ Die Amtshilfe wird so nicht zu einer *«fishing expedition»*, der kein präziser Anlass und keine konkrete Fragestellung zugrunde liegen.¹⁴⁶⁸

Im vorliegenden Kontext ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen eines *Follow-on*-Prozesses dem Amtshilfegesuch immer ein entsprechender Parteiantrag vorangeht, da die Verhandlungsmaxime nach Art. 55 ZPO das Verfahren beherrscht. An den Parteiantrag sind konsequenterweise dieselben Anforderungen zu stellen wie an das Amtshilfegesuch. Die ausreichend konkrete Bezeichnung des relevanten Sachverhalts und der Grund des Gesuchs sind im Nachgang zu einem Kartellverwaltungsverfahren

1463 Die mit der Feststellung der Schadenshöhe einhergehenden Schwierigkeiten lassen sich an folgender Feststellung des BGH, Urteil vom 11.12.2018 – KZR 26/17, Schienenkartell I, DE:BGH:2018:111218UKZR26.17.0, N 64, aufzeigen: «Gerade bei Kartellabsprachen, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken und ein großes Gebiet abdecken sollen, ist zudem damit zu rechnen, dass sie zeitlich und räumlich unterschiedliche Intensität aufweisen. [...] Veränderungen und Abweichungen insbesondere bei einem über einen längeren Zeitraum durchgeführten Kartell [stellen] «geradezu den Normalfall» [dar]; ähnlich BGH, Urteil vom 28.01.2020 – KZR 24/17, Schienenkartell II, DE:BGH:2020:280120UKZR24.17.0, N 31.

1464 VETTER/PEYER, *Tatsachen*, S. 764 m. w. N.

1465 Vgl. exemplarisch Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 49.

1466 MUND, in: Baeriswyl/Pärli (DSG), Art. 19 N 14; WERMELINGER, *Amtshilfe*, S. 198.

1467 BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 4.3.

1468 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 7.1 m. w. N.; WERMELINGER, *Amtshilfe*, S. 198; MUND, in: Baeriswyl/Pärli (DSG), Art. 19 N 14.

ren keine allzu grosse Hürde. Fraglich ist jedoch, ob in einem *Follow-on*-Prozess bereits die bloße Nennung eines spezifischen Verfahrens für die Übermittlung der Verfahrensdokumente ausreicht oder ob es einer präziseren Bezeichnung der Dokumente bedarf. Zumindest ist zu verlangen, dass die Partei jeweils die zur Einsicht verlangten geschwärzten Passagen der Sanktionsverfügung oder die Dokumente bezeichnet, auf die in der Verfügung Bezug genommen wird.

Wann allerdings ein Parteiantrag als ausreichend präzise gilt, lässt sich nicht verallgemeinern und ist im Einzelfall vom Gericht zu bestimmen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Kartellopfer i. d. R. keine konkreten Vorstellungen vom Aktenbestand eines spezifischen Verfahrens haben. Im Vorfeld eines Kartellzivilverfahrens bestehen allerdings Möglichkeiten, gewisser Dokumente habhaft zu werden, wie des Aktenverzeichnisses der Verfahrensakte.¹⁴⁶⁹ Unternimmt der Geschädigte keine Anstrengungen, dieser Dokumente habhaft zu werden, ist eine strengere Handhabung des Antrags gerechtfertigt. Weist er allerdings erfolglose Bemühungen nach, sind an die Präzisierung des Begehrens geringe Anforderungen zu stellen.

b. «... zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe ...»

Nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO müssen die Informationen dem Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe dienen. Wie dargelegt wurde, treffen die Gerichte die «nötigen Anordnungen», um dem Recht auf Beweisabnahme als Teilanspruch des rechtlichen Gehörs gerecht zu werden.¹⁴⁷⁰ Die amtshilfweise Beibringung der Dokumente erfolgt somit in Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe der Zivilgerichte, im Rahmen der rechtsstaatlichen Prinzipien Recht zu sprechen.¹⁴⁷¹ Auch finden sich in Art. 19 DSGVO keine Anhaltspunkte, weshalb ein Zivilgericht nicht um eine amtshilfweise Übermittlung von Informationen ersuchen kann.¹⁴⁷² Die Bestimmung unterscheidet nicht nach den Empfängerkategorien.¹⁴⁷³

1469 Siehe *oben* § 17. 4.

1470 Siehe *oben* § 19. 1.

1471 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 6 N 4; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1732: Zivilgerichte «sind zuständig, in richterlicher Unabhängigkeit über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden und Strafen auszufällen.»

1472 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.2 m.w.N.

1473 Auch die Botschaft DSGVO (1988), S. 469 schweigt sich über Empfängerkategorien aus, betont jedoch, dass Bekanntgabe nach DSGVO auch für die

Immerhin steht fest, dass die amtshilfweise Übermittlung von Verfahrensdokumenten an einen Kanton das Kriterium «zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe» erfüllt, wenn dieser anhand der Dokumente die Durchsetzung (kartell-)zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche prüft.¹⁴⁷⁴

c. «... unentbehrlich»

Nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO muss die Datenbekanntgabe für die empfangende Behörde unentbehrlich sein – die gesetzliche Aufgabe könnte ohne die Datenbekanntgabe nicht angemessen erfüllt werden.¹⁴⁷⁵ Nach dem Bundesverwaltungsgericht ist die Datenbekanntgabe dann entbehrlich, wenn die Übermittlung der Verfahrensdokumente lediglich zu einer verbesserten oder effizienteren Aufgabenerfüllung führen würde.¹⁴⁷⁶ Entscheidend sei, ob andere Möglichkeiten bestehen, um an die Verfahrensdokumente zu gelangen. Das Auskunftersuchen dürfe nicht nur die einfachere oder praktikablere Zugangsrouten darstellen, um der entsprechenden Informationen habhaft zu werden.¹⁴⁷⁷

Nach diesem Verständnis ist somit fraglich, ob eine auf Art. 160 Abs. 1 ZPO gestützte Edition der Verfahrensdokumente – die sich bis auf die Selbstanzeige i. d. R. auch im Besitz des Beklagten befinden – ein praktikables Pendant zu einem Amtshilfesuch darstellt. Der Wortlaut von Art. 163 Abs. 1 Bst. a ZPO spricht klar dafür: Eine Partei kann ihre Mitwirkung und somit die Edition von Urkunden nur verweigern, wenn sie eine ihr nahestehenden Person, nicht aber sich selbst, einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit aussetzt.¹⁴⁷⁸ Andernfalls könnten insbesondere

Weitergabe von Daten an kantonale, kommunale und ausländische Behörden gelten.

1474 BGER 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.3.

1475 BGER 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.2; BvGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.1; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 54.

1476 BvGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.1; MUND, in: Baeriswyl/Pärli (DSG), Art. 19 N 13; ferner sei nicht davon auszugehen, dass die «Unentbehrlichkeit» den Nachweis verlange, dass mit den Informationen eine öffentliche Aufgabe praktisch sicher erfüllt werde, BGER 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.4.

1477 BvGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.4.

1478 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 N 73.

Haftpflichtprozesse häufig nicht erfolgreich geführt werden.¹⁴⁷⁹ Vor diesem Hintergrund ist eine auf Art. 160 Abs. 1 ZPO gestützte Edition von im Besitz einer der Parteien befindlichen Verfahrensdokumente naheliegend, was Zweifel an der Unentbehrlichkeit eines Amtshilfesuchts nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG aufkommen lässt. Denn die gleichen Verfahrensdokumente können – zumindest theoretisch und regelmässig mit Ausnahme der Selbstanzeige – auch mittels der Urkundenedition in den Prozess eingeführt werden. Der Kläger, also der Geschädigte, hat hierzu die zu übermittelnden Urkunden ausreichend zu bezeichnen. Die Dokumente gelten als ausreichend bezeichnet, wenn der Verpflichtete die Urkunden zweifelsfrei ausfindig machen kann.¹⁴⁸⁰ In einem *Follow-on*-Verfahren kann der Geschädigte dieser Obliegenheit zu einem gewissen Grad mittels der veröffentlichten Sanktionsverfügung¹⁴⁸¹ und des entsprechenden Aktenverzeichnisses¹⁴⁸² beikommen. Insoweit fehlt es – a prima vista – an der nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG erforderlichen Unentbehrlichkeit.

Jedoch darf nicht übersehen werden, dass die Mitwirkung am Verfahren und somit die Urkundenedition eine prozessuale Last der Parteien darstellen und nach Art. 164 ZPO nicht durch Sanktion oder Zwang durchgesetzt werden können. Eine Verweigerung der Edition kann sich hingegen zuungunsten der diese verweigernden Partei auswirken, indem ihr Verhalten im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO zu ihrem Nachteil berücksichtigt wird.¹⁴⁸³ Hingegen soll gerade mithilfe der herauszugebenden Dokumente Beweis geführt werden. Werden sie nicht ediert, wird die Beweisführung deutlich erschwert. Dementsprechend fordern einige Stimmen, dass bei einer Editionsverweigerung, mutwilligen Vernichtung oder mutwilligen Entäusserung grundsätzlich anzunehmen sei, dass die entsprechenden Dokumente den vom Kläger behaupteten Inhalt aufweisen.¹⁴⁸⁴ Dieses Verständnis wird hingegen in *Follow-on*-Verfahren selten dem Kläger zum Vorteil gereichen, weil er den Inhalt eines

1479 Botschaft ZPO, S.7317; kritisch betreffend die Gefahr einer strafrechtlichen Verantwortung, STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 N 73.

1480 BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N 23.

1481 Siehe *oben* § 16.

1482 Siehe *oben* § 17. 4.

1483 BK ZPO-RÜETSCHI, Vorb. zu 160–167 N 4 ff.

1484 BSK ZPO-SCHMID, Art. 164 N 2 m. w. N.

bestimmten Dokuments kaum ausreichend substantiiert behaupten kann, ohne die Verfahrensdokumente gesehen zu haben.¹⁴⁸⁵

Zusammenfassend ist festzuhalten: Selbst wenn eine genügend präzise Bezeichnung der nach Art. 160 Abs. 1 ZPO zu edierenden Dokumente gelingt, ist die Gegenpartei zwar zur Urkundenedition verpflichtet, kann hierzu aber nicht gezwungen werden. Eine allfällige Verweigerung ist bei der Beweismwürdigung zu ihren Ungunsten zu berücksichtigen – der behauptete Inhalt der Urkunde wird in diesem Fall jedoch nicht fingiert. Doch selbst in diesem Fall würde sich das Problem stellen, dass ein Verfahrensdokument zwar ausreichend bezeichnet wäre, über seinen Inhalt allerdings nur gemutmasst werden könnte. Die Urkundenedition nach Art. 160 Abs. 1 ZPO ist in *Follow-on*-Prozessen daher nicht zwingend zielführend und keine valable Alternative zu einer amtshilfemässigen Übermittlung der Verfahrensdokumente. Die Amtshilfe ist somit im Vergleich zur Urkundenedition nach Art. 160 Abs. 1 ZPO kein einfacherer oder praktikablerer Weg, sondern regelmässig der einzig mögliche.¹⁴⁸⁶ Das Gericht entscheidet jeweils, ob die Urkundenedition nach Art. 160 Abs. 1 ZPO im konkreten Fall zielführend ist oder ob die Verfahrensdokumente im Rahmen der Amtshilfe beizuziehen sind. Eine vergleichbare Regelung wie innerhalb der EU, wonach die Übermittlung von Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden an das Gericht die *Ultima Ratio* darstellt, ist nicht wegweisend.¹⁴⁸⁷

Zudem hat das Bundesgericht jüngst befunden, dass der Begriff «unentbehrlich» nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG dahingehend zu verstehen sei, dass die in Frage stehende gesetzliche Aufgabe nicht ohne die entsprechenden Informationen erfüllt werden kann.¹⁴⁸⁸ Somit kann die Aufgabe nur mit den ersuchten Informationen erfüllt werden.¹⁴⁸⁹ Braucht es diese spezifischen Informationen hierzu nicht, gelten die Informationen nicht als unentbehrlich. Hieraus ergibt sich nicht, dass die Übermittlung von Informationen der Weko an das Zivilgericht erst dann möglich ist, wenn die Informationen auf keinem anderen Weg beigebracht werden können, sondern einzig, dass die Informationen für die Erfüllung der jeweiligen

1485 Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass das BGer dem erwähnten Ansatz nicht folgt, siehe BGE 140 III 264, E. 2.3.

1486 Die Ausführungen lassen sich sinngemäss auf die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO übertragen.

1487 Siehe zur kritischen Würdigung der Ausgangslage innerhalb der EU *oben* § 11.1.

1488 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.2.

1489 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.2.

gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Es steht somit im Ermessen des jeweiligen Zivilgerichts, auf welche Art und Weise es diese Informationen beschafft. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO ist somit eine geeignete gesetzliche Grundlage, um im Besitz der Weko befindliche Verfahrensdokumente, die Personendaten enthalten, an die Zivilgerichte zu übermitteln.

II. Wahrung wesentlicher Interessen und Geheimhaltungspflichten (Art. 19 Abs. 4 Bst. a und Bst. b DSGVO)

Sind die soeben dargestellten Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt, leistet die Weko dem Amtshilfesuch allerdings nicht zwingend Folge. Die Behörden lehnen die Übermittlung von Verfahrensdokumenten ab, beschränken sie oder verbinden sie mit einer Auflage, wenn dies aufgrund gesetzlicher Geheimhaltungspflichten nach Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO angezeigt ist. Nach Art. 25 Abs. 1 KG wahren die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis. Das Amtsgeheimnis gilt zwischen unterschiedlichen Behörden¹⁴⁹⁰ und somit auch zwischen der Weko und einem Zivilgericht. Die Offenlegung einer Information, die unter das Amtsgeheimnis fällt, ist allerdings möglich, wenn eine gesetzliche Grundlage diese vorsieht.¹⁴⁹¹ In den vorliegend interessierenden Fällen ist Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO die erforderliche gesetzliche Grundlage, auf der in einem eng begrenzten Rahmen Informationen an eine andere Behörde bekannt gegeben werden dürfen. In diesem Zusammenhang steht auch Art. 25 Abs. 2 KG der amts-hilfweisen Übermittlung von Verfahrensdokumenten nicht entgegen, soweit die Informationen von der empfangenden Behörde ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden,¹⁴⁹² was bei der Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche im Nachgang zu Verwaltungsverfahren immer der Fall ist. Somit entspricht der Zweck der Amtshilfe dem der ursprünglichen Beschaffung, was sich überdies mit dem Grundsatz in Art. 4 Abs. 3 DSGVO deckt, wonach die Personendaten nur zu dem Zweck verwertet werden dürfen, zu dem sie ursprünglich erhoben wurden.¹⁴⁹³

1490 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.3.

1491 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.3.

1492 Im Ergebnis ähnlich, wenn auch mit anderer Begründung BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.2; vgl. auch allgemein zur Vereinbarkeit mit dem Zweck der ursprünglichen Beschaffung WERMELINGER, Amtshilfe, S. 189.

1493 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.

In Art. 25 Abs. 2 KG ist folglich keine gesetzliche Geheimhaltungspflicht i. S. v. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO zu erblicken.¹⁴⁹⁴

Eine weitere Einschränkung findet sich in Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO, wonach die Übermittlung von Verfahrensdokumenten abgewiesen, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden wird, wenn wesentliche öffentliche oder offensichtlich schutzwürdige Interessen dies verlangen. Nach der vorliegend vertretenen Meinung ist die Übermittlung sämtlicher Verfahrensdokumente grundsätzlich bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens abzulehnen.¹⁴⁹⁵ Allerdings sind laut Bundesgericht die Amtshilfebestimmungen des DSGVO parallel zu einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren anwendbar.¹⁴⁹⁶ Selbst wenn diese Ansicht eine Stütze im DSGVO findet, sollte im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO, die dann von der Weko während eines erstinstanzlichen Verfahrens vorzunehmen wäre, das öffentliche Interesse an einem geregelten Verfahrensablauf grundsätzlich höher gewichtet werden als das Interesse eines Kartellopfers an der Geltendmachung kartellrechtlicher Ansprüche.

Nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens sind grundsätzlich sämtliche Verfahrensdokumente an das ersuchende Zivilgericht zu übermitteln.¹⁴⁹⁷ Aber auch im Rahmen dieser Zugangsrouten besteht je nach Dokumentenkategorie ein unterschiedlich hohes Bedürfnis nach Schutz vor dem Zugang Dritter.¹⁴⁹⁸ Die Selbstanzeige bzw. Informationen daraus sollte das Gericht nur in den in dieser Arbeit aufgezeigten Extremsituationen offenlegen.¹⁴⁹⁹ Ferner ist zu betonen, dass sich diese Zurückhaltung ausschliesslich auf die Selbstanzeige und Auszüge daraus bezieht. Der Schutz beschlägt jedoch nicht die übrigen Selbstanzeigeeinformationen.

Aber auch im Rahmen der Amtshilfe ist zwingend der Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen zu beachten.¹⁵⁰⁰ Allerdings sind auch die bereits aufgezeigten Relativierungen

1494 BGER 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.

1495 Derselbe Ansatz findet sich in dieser Arbeit auch hinsichtlich des Zugangs nach dem BGÖ, siehe *oben* § 17. 3. III.

1496 BGER 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.7.

1497 In BGER 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.5, wurden keine öffentlichen Interessen erblickt, die gegen eine Übermittlung sprächen. Allerdings waren keine Geschäftsgeheimnisse, Daten von Dritten oder Selbstanzeigeeinformationen verfahrensgegenständlich.

1498 Zu den Kategorien von Selbstanzeigeeinformationen siehe *oben* § 15. 3; siehe auch zur europäischen Rechtslage § 8. 3.

1499 Siehe *oben* § 8. 4.

1500 In BGER 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018 war die Übermittlung von Geschäftsgeheimnissen nicht verfahrensgegenständlich.

des Vertraulichkeitsschutzes zu berücksichtigen.¹⁵⁰¹ Ergibt sich im Einzelfall, dass gewisse Informationen wie Geschäftsgeheimnisse einer der Verfahrensparteien nicht zugänglich zu machen, allerdings für den Ausgang des *Follow-on*-Prozesses relevant sind, kann das Gericht die entsprechenden Schutzmassnahmen anordnen. Die Einschränkung seines prozessualen Grundrechts auf rechtliches Gehör erscheint dann für den Kläger als hinnehmbarer Preis. Denn es ist gerade diese Einschränkung, die die Durchsetzung seiner materiell-rechtlichen Ansprüche erst ermöglicht.¹⁵⁰² Ferner ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Art. 5 BV, dass die Wettbewerbsbehörden die Zivilgerichte auf die sensiblen Passagen der Dokumente hinweisen und zum Schutz dieser Informationen auffordern müssen. Gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip würde es verstossen, ein Gesuch aufgrund überwiegender privater oder öffentlicher Interessen abzuweisen, obwohl der Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung mittels Auflagen ausreichend begegnet werden könnte.

Die Gerichte haben dann ihrerseits die entsprechenden Massnahmen anzuordnen, um dem Interesse der Wettbewerbsbehörden und dem Rechtsschutzinteresse sämtlicher Verfahrensparteien gerecht zu werden – die notwendigen Massnahmen sind gestützt auf Art. 156 ZPO anzuordnen, um die Auflagen zu erfüllen. Diese Massnahmen können sich nach den bereits dargestellten Schutzmassnahmen richten¹⁵⁰³, insbesondere nach der «Düsseldorfer Praxis»¹⁵⁰⁴. Zudem ist mittels Auflagen dafür zu sorgen, dass die Verfahrensdokumente ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden. Darüber hinaus ist mittels einer Geheimhaltungsverpflichtung sicherzustellen, dass die Informationen anderen Dritten nicht zugänglich gemacht werden.¹⁵⁰⁵ Die ersuchte Behörde hat ferner stets zu berücksichtigen, dass das gestellte Amtshilfegesuch das Ergebnis einer Einzelfallabwägung einer anderen Behörde ist; im Hinblick auf das Gewaltentrennungsprinzip ist deren Entscheidung so weit wie möglich zu respektieren.

Jedoch ist ein erheblicher Vorbehalt anzubringen: Das DSG befindet sich derzeit in Revision. Die Bearbeitung von Daten juristischer Personen soll aus dem Geltungsbereich des DSG herausgenommen werden.¹⁵⁰⁶ An-

1501 Siehe *oben* § 14. 1. III.

1502 Siehe *oben* § 11. 2. I.

1503 Siehe *oben* § 15. 2.

1504 Siehe *oben* § 11. 2. I. c.

1505 Siehe *oben* § 15. 2.

1506 Botschaft DSG (2017), S. 1944.

gesichts des aktuellen Revisionsvorhabens des Bundesrates ist allerdings zweifelhaft, ob sich die dargestellte Ausgangslage überhaupt wesentlich ändern wird. Auch wenn Daten juristischer Personen aus dem Geltungsbereich des DSG herausgenommen werden, richtet sich ihre Bekanntgabe nach Art. 57s E-RVOG.¹⁵⁰⁷ Diese Bestimmung spiegelt nahezu unverändert die aktuelle Ausgangslage nach Art. 19 DSG wider. Ob und inwieweit die neue Gesetzeslage nach der Revision dem Entwurf des Bundesrates entsprechen wird, bleibt abzuwarten.

III. Sachdaten in Verfahrensdokumenten

Durch die DSG-Revision wird der Schutz von Daten juristischer Personen aus dem DSG ausgegliedert. Formell muss dann zwischen der Übermittlung von Daten natürlicher Personen, von Daten juristischer Personen und von Sachdaten unterschieden werden. Informationen sind Sachdaten, wenn sie sich weder auf natürliche noch auf juristische Personen beziehen; die in Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG bzw. Art. 57s E-RVOG vorgesehene Regelung findet dann keine Anwendung. Das entsprechende Amtshilfegesuch ist dann unmittelbar auf Art. 44 Abs. 2 BV zu stützen, wobei auch in diesem Fall – ähnlich wie nach Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG (bzw. dann Art. 57s Abs. 6 Bst. a E-RVOG) – überwiegende öffentliche Interessen geschützt werden müssen. Ferner ist auch in diesen Konstellationen das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu berücksichtigen, nach dem grundsätzlich mildere Massnahmen als eine Verweigerung der Übermittlung angezeigt sind, wie Verwertungsbeschränkungen oder die Begrenzung der Einsichtsberechtigten.¹⁵⁰⁸

4. Wertende Zusammenfassung

Die amtshilfeweise Übermittlung von Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden an die Zivilgerichte ist eine «notwendige Anordnung», die dem Recht auf Beweisabnahme gerecht werden kann. Stellt ein Zivilgericht ein entsprechendes Amtshilfegesuch, verfügen die Wettbewerbsbehörden über ein nicht zu unterschätzendes Ermessen. Bei der Untersuchung, ob die Voraussetzungen nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG erfüllt sind,

1507 Siehe *oben* § 17. 6. III. b.

1508 Siehe *oben* § 15. 2.

hat sich die Weko allerdings zurückzuhalten; das Amtshilfegesuch ist bereits das Ergebnis einer Einzelfallabwägung einer anderen Behörde, sodass dieses Ergebnis grundsätzlich zu respektieren ist. Werden Verfahrensdokumente übermittelt, ist sodann nach Art. 25 Abs. 2 KG sicherzustellen, dass die Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden und «den Gerichtssaal nicht verlassen», was durch entsprechende Auflagen sicherzustellen ist, wie etwa in Form von Verwertungsbeschränkungen oder Geheimhaltungspflichten. Ferner kann es erforderlich sein, dass Dokumente, die etwa Geschäftsgeheimnisse enthalten, nur einem bestimmten Personenkreis zugänglich gemacht werden. Ausserdem obliegt nicht der Weko, sondern dem Zivilgericht die Entscheidung, ob und in welcher Form Informationen aus der Selbstanzeige in einem Prozess zu berücksichtigen sind. Hiermit geht einher, dass die Weko auf Gesuch eines Zivilgerichts auch Selbstanzeigeeinformationen an dieses übermittelt. Dies sollte in der Praxis allerdings erst erfolgen, nachdem die Weko das Zivilgericht auf die Sensibilität der Informationen hingewiesen bzw. dargelegt hat, dass die Selbstanzeige oder Informationen daraus nur dann offenzulegen sind, wenn dies für die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche unentbehrlich ist. Die Zivilgerichte verfügen nach Art. 156 ZPO über den notwendigen Spielraum, um Kronzeugeninformationen, aber auch andere vertrauliche Informationen im Einzelfall wirksam zu schützen. Bei der Ausgestaltung der jeweiligen Massnahmen sollte es den Zivilgerichten überlassen bleiben, inwiefern das Interesse an der wirksamen öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts und das Interesse der Verfahrensbeteiligten am wirksamen Rechtsschutz zu berücksichtigen sind. Hierbei sollte stets der folgende Grundsatz berücksichtigt werden: Die Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Klägers bzw. Kartellopfers ist ein hinnehmbarer Preis – denn ohne ihn käme es nicht zur Durchsetzung der materiell-rechtlichen Ansprüche.¹⁵⁰⁹

1509 Dieser Ansatz wird auch in Bezug auf die europäische bzw. deutsche Ausgangslage vertreten, siehe *oben* § 11. 2. I. c.

§ 20. Gesamtschau der Zugangsmöglichkeiten

1. Bewertung der Zugangsmöglichkeiten de lege lata

Im 1. Prüfschritt des schweizerischen Teils wurde festgestellt, dass der Kartellschadenersatz kein rein deliktsrechtlicher Anspruch, sondern ein gewichtiges Teilinstrument des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems ist (§ 6). Das primäre Ziel dieses Systems ist die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase und somit die Generalprävention. Dieses Hauptziel schlägt sich auch im Zweckverständnis des Kartellschadenersatzes nieder, weshalb ihm neben dem Ausgleichszweck auch ein Präventionszweck zuzuweisen ist. Die erfolgreiche Geltendmachung von Kartellschadenersatz leistet einen überindividuellen Beitrag zur Durchsetzung des Kartellrechts. Wird allerdings an einem durch das Bereicherungsverbot gedeckelten Schadenersatzanspruch festgehalten, wird die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes dem Abschreckungszweck nur gerecht, wenn die Kartellopfer angemessen und der Breite nach mobilisiert werden. Hierzu sind die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen und Verfahrensmodalitäten des Kartellschadenersatzes im Licht des zweigliedrigen Zweckverständnisses auszugestalten und auszulegen.

Als erste Zugangsrouten wurde im 2. Prüfschritt die Beteiligung am Kartellverwaltungsverfahren untersucht und der Umfang der Akteneinsicht beschrieben. Zudem wurde die freie Verwertbarkeit der durch die Akteneinsicht erlangten Informationen thematisiert (§§ 13–15). Aus Sicht eines Kartellopfers bietet das schweizerische Kartellverwaltungsrecht geeignete Möglichkeiten, sich an einem Verfahren zu beteiligen und so an Informationen zu gelangen. Eine Beteiligung Dritter als Verfahrenspartei ist grundsätzlich in den Konstellationen angezeigt, in denen das Kartellopfer in einem «gewissen Bezug» zum Wettbewerbsverstoss steht. Dieser scheint für Konkurrenten, Zulieferer oder Abnehmer eher gegeben, wenn sie einen Marktmachtmissbrauch nach Art. 7 KG oder nach Art. 5 Abs. 4 KG beanstanden. Liegt einem Verwaltungsverfahren ein *Hardcore*-Kartell zugrunde, sind die Anforderungen an die Beteiligung eines Kartellopfers als Partei hoch. In dem Fall, dass eine Teilnahme als Verfahrenspartei gelingt, stimmt deren Anspruch auf Akteneinsicht nicht mit dem Akteneinsichtsrecht der Hauptbeteiligten überein. Die Akteneinsicht der Hauptbeteiligten dient der Ausübung des rechtlichen Gehörs, wohingegen die Akteneinsicht des Dritten mit Parteistellung eine andere Zielrichtung verfolgt – der Dritte wird in seinem Interesse an einem bestimmten Verfahrensausgang geschützt, und aufgrund dieses Interesses ist er anzuhören

und ist ihm Einsicht zu gewähren. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Kartellverwaltungsverfahren, in denen ein *Hardcore*-Kartell mithilfe eines Selbstanzeigers aufgedeckt wurde, i. d. R. mit der Sanktionierung der entsprechenden Verhaltensweise enden. Dritte mit Parteistellung sind bei diesem Verfahrensausgang grundsätzlich nicht beschwert und verfügen folglich nicht über ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung. Dies ändert sich allerdings, wenn in einem Verfahren ersichtlich wird, dass kein Wettbewerbsverstoss vorliegt. Der Dritte hat dann ein schutzwürdiges Interesse daran, Einsicht in die Verfahrensakte zu erhalten, um einer möglichen Einschränkung seiner Interessen entgegenzuwirken.

Die Untersuchung der Akteneinsichtsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten hat ebenfalls ergeben, dass Geschäftsgeheimnisse in Kartellverwaltungsverfahren zwar streng, aber nicht absolut geschützt sind. Im Einzelfall ist zu entscheiden, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör schwerer wiegt als das Interesse am Schutz des Geschäftsgeheimnisses. Auch geniesenen Informationen, die einen Wettbewerbsverstoss belegen, keinen Schutz durch die Rechtsordnung. Als Massstab dient der Bezug der Informationen zu einem Wettbewerbsverstoss: Je enger dieser ist, desto geringer ist das Schutzbedürfnis. Ausserdem ist der wirtschaftliche Wert der Informationen zu berücksichtigen, der mit der Zeit abnimmt.

Zudem ist zu bedenken, dass die unterschiedlichen Beteiligungsformen ein nicht zu unterschätzendes Missbrauchspotenzial bergen: Informationen werden frei zugänglich, auf die sonst kein Zugriff bestünde. Dieser Gefahr ist mittels einer Beschränkung der Verwendung sämtlicher durch die Akteneinsicht erlangten Verfahrensdokumente beizukommen. Dies bringt das Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz und das Interesse an einer wirksamen Rechtsdurchsetzung in einen überzeugenden Ausgleich. Zudem fördert dies die Parallelität zur Kommissionspraxis. Im Hinblick auf den wirksamen Rechtsschutz ist allerdings ein absolutes Verbot der Verwendung der Selbstanzeige abzulehnen, da dies zu stossenden Ergebnissen führen kann – namentlich wenn sich nahezu sämtliche Informationen in der eigentlichen Selbstanzeige befinden. Steht und fällt die kartellzivilrechtliche Durchsetzung mit diesen Informationen, rechtfertigt es das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung nicht, die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes übermässig zu erschweren oder zu verunmöglichen. Aber selbst wenn ein absolutes Verwertungsverbot angeordnet wird, ist es nur beschränkt absolut. Das Zivilgericht kann auch dann dem kartellzivilrechtlichen Anspruch nach Art. 152 Abs. 2 ZPO zum Durchbruch verhelfen – was allerdings nur in Extremsituationen angezeigt ist.

In § 16 konnte der potenzielle Wert der Veröffentlichung der Sanktionsverfügung – die zweite Zugangsrouten – für die Kartellopfer festgestellt werden. Zu bedauern ist, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung diese Wirkung nicht explizit als eigenen Zweck bewertet. Dies erscheint jedoch unabdingbar, um eine bereits veröffentlichte Sanktionsverfügung erneut und mit einer höheren Detaildichte zu veröffentlichen. Denn ebenso wie bei der Akteneinsicht gilt, dass die Schutzwürdigkeit einer Information mit der Zeit abnimmt, was eine erneute Veröffentlichung rechtfertigt. Auch ist grundsätzlich zu begrüßen, dass die Informationen aus der Selbstanzeige nicht veröffentlicht werden. Dieser Schutz erscheint hingegen ausschließlich im Hinblick auf die eigentliche Selbstanzeige angezeigt – nicht hingegen in Bezug auf die übrigen Selbstanzeigendaten wie etwa die Beilagen zur Selbstanzeige. Ferner ist nicht zu verkennen, dass die Veröffentlichung neben der Durchsetzung des Kartellschadenersatzes auch die öffentliche Durchsetzung erleichtert. Potenziell Geschädigte können so besser einschätzen, ob eine kartellzivilrechtliche Geltendmachung in Erwägung zu ziehen ist und ob ein Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Behörde überhaupt notwendig ist. In diesem Zusammenhang ist zu beanstanden, dass die Weko keiner Veröffentlichungspflicht unterliegt, sondern hierüber fallweise entscheidet. *De lege ferenda* ist die Einführung einer Pflicht zur Veröffentlichung sämtlicher Verfügungen in Erwägung zu ziehen.

In § 17 wurde der Öffentlichkeitszugang nach dem BGÖ als dritte Zugangsrouten untersucht. Diese Route ist ihrer Konzeption nach vielversprechend – allerdings wurde dieses Instrument bisher nur selten genutzt, sodass der potenzielle Wert dieser Zugangsmöglichkeit schwer zu ermitteln ist. Dennoch hat das BGÖ das Potenzial, Kartellopfen eine wirksame Zugangsmöglichkeit zu bieten, was allerdings massgeblich von der Handhabung der Weko abhängt. Zudem scheint ausser Zweifel zu stehen, dass die Wettbewerbsbehörden dieser Beschaffungsmöglichkeit mit Skepsis begegnen – als problematisch wird die freie Verwertbarkeit der Informationen empfunden. Im Gegensatz zur Akteneinsicht ist eine Beschränkung der Verwendung der einmal zugänglich gemachten Dokumente ausgeschlossen, weil dies nicht mit dem Grundanliegen des BGÖ vereinbar ist.

Diese Problematik ergibt sich in einem geringeren Umfang bei einem auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützten Zugang (§ 18). Die Verwendung der Verfahrensdokumente kann durch eine Verwendungsbeschränkungs- und Geheimhaltungspflicht beschränkt werden, wodurch dem Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz und dem Interesse an einer wirksamen Durchsetzung gerecht wird. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden ist diese

Zugangsmöglichkeit gegenüber dem auf das BGÖ gestützten Zugang zu bevorzugen – allerdings scheint diese Möglichkeit bisher kaum praxisrelevant.

Es bleibt festzuhalten, dass die Verwendung von Dokumenten, die mittels verwaltungsrechtlicher Akteneinsicht erlangt wurden, nach aktuellem Gesetzesstand beschränkt werden kann – das Gleiche gilt für die Verwendung von Dokumenten, die durch Akteneinsicht nach Art. 29 Abs. 2 BV erlangt wurden. Diesen Beschränkungen steht allerdings immer die freie Verwendbarkeit nach dem BGÖ entgegen – die Verwendung eines bereits zugänglich gemachten Dokuments kann nicht eingeschränkt werden. Zu relativieren ist allerdings, dass dieses Ungleichgewicht erst spürbar wird, sobald das BGÖ von Kartellopfen auch wirksam zur Beweismittelbeschaffung eingesetzt wird – zurzeit zeigt sich dieser Trend nicht. Sollte sich dies allerdings ändern, würde der soeben aufgezeigte Konflikt zwischen dem kartellverwaltungsrechtlichen Zugangsregime und dem BGÖ virulent.

In § 19 wurde die amtsihlfemässige Übermittlung von im Besitz der Weko befindlichen Verfahrensdokumenten an ein Zivilgericht – die vierte Zugangsrouten – untersucht und aufgezeigt, wann eine amtsihlfemässige Übermittlung angezeigt ist und wann die Dokumente von der Gegenpartei oder von Dritten herauszugeben sind. Die Verwendung der im Rahmen dieser Zugangsrouten übermittelten Verfahrensdokumente kann – ähnlich wie in § 13 und § 16 aufgezeigt wurde – mit einer Verwendungsbeschränkung verbunden werden. Das Gericht sollte im Einzelfall über die anzuordnenden Schutzmassnahmen entscheiden, ist allerdings von der Weko entsprechend zu instruieren. Dies ist von entscheidender Bedeutung im Hinblick auf die Selbstanzeige, die nur dann offenzulegen ist, wenn dies für die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche unentbehrlich ist. Ähnlich wie in Bezug auf die anderen Zugangsrouten fehlt es auch hier an einer Gerichtspraxis, die sich vertieft mit dieser Zugangsform auseinandersetzt.

Die Untersuchung der schweizerischen Ausgangslage hat somit ergeben, dass es für Kartellopfen Möglichkeiten gibt, Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden zu erhalten. Im Gegensatz zur europäischen Ausgangslage fehlt es in der Schweiz jedoch an einer entsprechenden Praxis. Teilweise in Übereinstimmung mit und teilweise im Gegensatz zu der europäischen Ausgangslage wurde in dieser Arbeit herausgearbeitet, wie im Einzelfall dem Zweck des Kartellschadenersatzes gerecht zu werden ist, ohne die öffentliche Durchsetzung übermässig einzuschränken. In der Praxis wird sich allerdings erst noch weisen müssen, wie die Weko auf ein allfälliges Erstarken der kartellzivilrechtlichen Durchset-

zung im Nachgang zu Verwaltungsverfahren reagiert und ob die einzelnen Zugangsmöglichkeiten auch dem Zweck des Kartellschadenersatzes entsprechend genutzt werden. Bei der jeweiligen Interessenabwägung sollte durchgehend berücksichtigt werden, dass die Geltendmachung von Kartellschadenersatz immer auch einen überindividuellen Beitrag zur kartellrechtlichen Durchsetzung leistet. Wird das öffentliche Element nicht (ausreichend) berücksichtigt, besteht die Gefahr, dass dem Zweck des Kartellschadenersatzes nicht gerecht wird. Diesbezüglich steht ausser Zweifel: Als Schaltstelle zwischen dem Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz und dem Interesse an einer wirksamen Rechtsdurchsetzung trägt die Weko für die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes eine grosse Verantwortung und beeinflusst die Beweismittelbeschaffung der Kartellopfer wesentlich. Die in diesem Teil der Arbeit vorgeschlagenen Ansätze zeigen einen Weg auf, dieser Verantwortung ebenso wie dem zweigliedrigen Zweck des Kartellschadenersatzes gerecht zu werden.

2. Vorschläge zur Gestaltung der Rechtslage *de lege ferenda*

Die soeben aufgezeigten Vorschläge sind unverbindlich, lassen den Rechtssuchenden übermässig im Ungewissen und räumen der Weko einen sehr weiten Ermessensspielraum ein. Überzeugender erscheint es, den Zugang zu und die Verwendung von Dokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren im KG zu regeln. Auf diesem Weg kann der freien Verwertbarkeit der Informationen bzw. der Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren beigegeben (siehe unten Art. 39a Abs. 1 E-KG) und der Selbstanzeige sowie den Vergleichsausführungen ein hoher Schutz gewährt werden (siehe unten Art. 39a Abs. 2 E-KG). Das Sekretariat entscheidet im Einzelfall über eine allfällige Ausnahme. Ferner sollten Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren erst dem BGÖ unterliegen, sobald die verfahrensabschliessende Verfügung gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten in Rechtskraft erwachsen ist (siehe unten Art. 39b Abs. 1 E-KG). Ein derartiger Ausschluss ist allerdings nur insofern hinnehmbar, als Dritte, insbesondere Kartellopfer, über einen eigenständigen Zugangsanspruch zu Dokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren verfügen. Der Zugang kann hingegen erst nach Abschluss des Verfahrens gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten gewährt werden. Diese Form des Zugangs unterscheidet sich vom Öffentlichkeitszugang nach dem BGÖ darin, dass die Dokumente ausschliesslich zur Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche verwertet werden können (siehe unten Art. 39b Abs. 2 E-KG). Das Einsichtsrecht

gilt allerdings nicht unbegrenzt: Die Selbstanzeige, die Vergleichsausführungen, aber auch vertrauliche Informationen – insbesondere Geschäftsgeheimnisse, Daten natürlicher Personen und Informationen, die der Weko von einer anderen Wettbewerbsbehörde mitgeteilt wurden – sind grundsätzlich nicht zugänglich (siehe unten Art. 39b Abs. 3 E-KG). Das Sekretariat entscheidet im Einzelfall über eine allfällige Ausnahme. Eine Einsicht kann nur in Ausnahmefällen gewährt werden, nämlich wenn dies für die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche unentbehrlich ist.¹⁵¹⁰

Die Verwendung der mittels Akteneinsicht erlangten Verfahrensdokumente ist auf die Einsicht nehmende Person oder auf die Person, die in deren Rechte eingetreten ist, zu beschränken (siehe unten Art. 39a Abs. 1 E-KG). Als Rechtsnachfolger wird insbesondere die Person qualifiziert, die die kartellrechtlichen Ansprüche erworben hat. Der Beschränkung liegt der Gedanke zugrunde, dass mit den Beweismitteln kein Handel betrieben werden soll. Die Beschränkung verhindert ebenfalls, dass das strenge kartellverwaltungsrechtliche Zugangsregime nicht umgangen wird, indem Informationen, die sonst nur den Verfahrensparteien zugänglich sind, an Dritte übergeben werden. Einer ähnlichen Beschränkung der Verwendungsmöglichkeiten bedarf es für die nach Art. 39b Abs. 2 E-KG (siehe unten) erlangten Dokumente, da auch hier die Einsicht Dritter nicht zwingend ebenso weit reicht.

Die neu aufzunehmende Regelung steht sodann in Übereinstimmung mit dem Kooperationsabkommen zwischen der Weko und der Kommission. Hiernach sind unter den Vertragsparteien ausgetauschte Informationen vor dem Zugang Dritter zu schützen. Nach Art. 9 Abs. 1 Bst. d des Kooperationsabkommens kann allerdings ein Zugang Dritter gewährt werden, wenn dies für das Recht auf Zugang zu Dokumenten unentbehrlich ist bzw. das öffentliche Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten die in Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 BGÖ aufgelisteten Interessen überwiegt. Die in Art. 39b Abs. 2 E-KG (siehe unten) vorgesehene Ausnahme entspricht der nach dem BGÖ vorzunehmenden Einzelfallabwägung. Die Abwägung wird allerdings dahin gehend eingeschränkt, dass einzig das Interesse an der Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche zu berücksichtigen ist. Ausserdem wird dieses Interesse ausschliesslich dann als ausschlaggebend qualifiziert, wenn die Informationen für die Durchsetzung der kartellrechtlichen Ansprüche unentbehrlich sind. Das in Art. 9 Abs. 1 Bst. d des Kooperationsabkommens genannte Recht auf Zugang wird so durch die

1510 Siehe zu diesen Konstellationen *oben* § 8. 4.

aufzunehmende Regelung eingeschränkt und in einem anderen Rechtsakt bzw. im KG verankert.

Ferner hat die einzuführende Regelung zu präzisieren, dass die Weko auf Ersuchen eines Zivilgerichts Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren übermittelt (siehe unten Art. 39c Abs. 1 E-KG), wobei das Gericht dafür sorgt, dass die Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden (siehe unten Art. 39c Abs. 2 E-KG). Das Gericht entscheidet im Einzelfall über die Berücksichtigung der übermittelten Informationen, wobei die Offenlegung von Informationen aus der Selbstanzeige oder den Vergleichsausführungen die Ausnahme darstellen sollte (siehe unten Art. 39c Abs. 3 E-KG), was wiederum in Übereinstimmung mit dem Kooperationsabkommen steht – die Ausführungen zu Art. 39b Abs. 3 E-KG gelten sinngemäss.

Eine eigenständige Regelung ist auch aus Sicht der Rechtseinheit zu begrüssen: So verdrängt der in Art. 39b Abs. 2 E-KG aufzunehmende Zugangsanspruch – als *Lex specialis* – grundsätzlich den Zugang nach Art. 29 Abs. 2 BV und – bis zur Rechtskraft der Verfügung – den Zugang nach dem BGÖ. Auch wird so ausreichend Sicherheit darüber geschaffen, wann die Dokumente der Weko an ein Zivilgericht zu übermitteln sind und wie der Schutz der entsprechenden Informationen ausfällt.

Ausserdem, und unabhängig von einem allfälligen Zugangsregime, sind die Wettbewerbsbehörden dazu zu verpflichten, sämtliche Verfügungen bzw. Entscheide zu veröffentlichen (siehe unten Art. 48 Abs. 1 E-KG).

Die vorstehenden Vorschläge könnten in Gesetzesform etwa wie folgt ausgestaltet werden:

Art. 39a E-KG

Abs. 1

Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren

Informationen, die ein Verfahrensbeteiligter durch Einsicht in die Verfahrensakte erlangt hat, können durch die Person oder deren Rechtsnachfolger nach verfahrensabschliessender Verfügung gegenüber sämtlichen Verfahrensparteien ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden.

Abs. 2

Informationen aus der Selbstanzeige oder den Vergleichsausführungen, Personendaten und von einer anderen Wettbewerbsbehörde übermittelte Informationen können nicht ausserhalb des Kartellverwaltungsverfahrens oder des Rechtsmittelverfahrens verwertet werden, in dem sie eingesehen wurden. Eine Ausnahme hiervon gilt, insofern die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche zu scheitern droht. Das Sekretariat entscheidet über eine allfällige Ausnahme.

- Art. 39b E-KG* *Zugang Dritter zu Dokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren*
Abs. 1 Das Bundesgesetz über die Öffentlichkeit findet auf Dokumente aus Verfahren nach den Art. 26–30 KG erst Anwendung, wenn die verfahrensabschliessende Verfügung gegenüber sämtlichen Verfahrensparteien rechtskräftig ist.
- Abs. 2 Nicht am Verfahren beteiligte Dritte können nach verfahrensabschliessender Verfügung gegenüber sämtlichen Verfahrensparteien Einsicht in die Verfahrensakte erhalten. Die durch die Einsicht erlangten Informationen können durch die Einsicht nehmende Person oder deren Rechtsnachfolger ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden.
- Abs. 3 Grundsätzlich erhalten Dritte keine Einsicht in die Selbstanzeige, in Vergleichsausführungen und in andere vertrauliche Informationen, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, Personendaten oder von einer anderen Wettbewerbsbehörde übermittelte Informationen. Eine Ausnahme hiervon gilt, wenn die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche ohne diese Informationen zu scheitern droht. Das Sekretariat entscheidet über eine allfällige Ausnahme.
- Art. 39c E-KG* *Übermittlung von Verfahrensdokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren an Zivilgerichte*
Abs. 1 Auf Ersuchen eines Zivilgerichts stellen die Wettbewerbsbehörden sämtliche Informationen zur Verfügung, um die sie durch das Gericht ersucht werden. Die Pflicht umfasst als vertraulich geltende Informationen, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, Personendaten, Informationen aus der Selbstanzeige und den Vergleichsausführungen sowie von einer anderen Wettbewerbsbehörde übermittelte Informationen.
- Abs. 2 Das Gericht stellt sicher, dass die Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden.
- Abs. 3 Das Gericht entscheidet, ob und in welcher Form den Parteien des Zivilprozesses Einsicht in die übermittelten Informationen gewährt wird. Als vertraulich geltende Informationen sind nur offenzulegen, wenn dies für die Durchsetzung der verfahrensgegenständlichen Ansprüche unentbehrlich ist.
- Art. 48 E-KG* *Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen*
Abs. 1 Die Wettbewerbsbehörden veröffentlichen sämtliche ihrer Entscheidungen.
Abs. 2 [Bleibt in seiner jetzigen Fassung.]