



EU/Schweiz: Kartellbehörden dürfen Informationen und Dokumente austauschen

1. Einleitung

Die EU und die Schweiz werden im Bereich des Kartellrechts zukünftig offiziell Informationen austauschen dürfen. Am 17. Mai 2013 haben sie das Abkommen über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte unterzeichnet. Dieses muss durch die Parlamente noch abgesegnet werden. Das Geschäft wurde im August durch die vorbereitende Kommission des Nationalrates (WAK N) behandelt. Diese empfahl dem Nationalrat, den Vertrag abzusegnen. Es ist davon auszugehen, dass die Parlamente dem Abkommen zustimmen werden. Nach Ratifikation wird es innerhalb von zwei Monaten (voraussichtlich im Verlaufe des Jahres 2014) in Kraft treten. Das Abkommen wird es den Kartellbehörden beider Parteien ermöglichen, erlangte Informationen auszutauschen, ohne dass die betroffenen Verfahrensparteien ihr Einverständnis dazu geben müssen. Bisher war ein Informationsaustausch nur mit Zustimmung der betroffenen Unternehmen (auf der Basis eines sog. «Waivers») möglich.

2. Charakter des Abkommens

Die EU verfügt bereits heute über Kooperationsabkommen mit Drittländern (USA, Kanada, Korea und Japan). Allerdings handelt es sich dabei ausschliesslich um sog. «**first generation-Abkommen**», welche zwar gewisse Instrumente für die Zusammenarbeit im Bereich der Wettbewerbspolitik zwischen Behörden enthalten, aber keinen Austausch von vertraulichen Informationen ohne Zustimmung der betroffenen Unternehmen erlauben.

Abgesehen vom Spezialregime im Bereich des Luftverkehrs, verfügen die Schweiz und die EU bislang über kein spezifisches Abkommen über die Zusammenarbeit im Bereich des Wettbewerbsrechts. Bisher erfolgte der Informationsaustausch bloss informell, meist auf der Basis von persönlichen Beziehungen zwischen Mitarbeitern des Sekretariats und Mitarbeitern der Generaldirektion Wettbewerb. Die Wirksamkeit dieser informellen Zusammenarbeit ist dabei stark begrenzt, namentlich weil der Austausch von Informationen, die eine Behörde im

Verlauf eines Verfahrens erlangte, eigentlich nicht zulässig wäre und die Behörden ihre Kompetenzen in der Praxis oft überschritten haben dürften. Solche Informationen sind sowohl nach dem Schweizer Recht als auch nach dem Recht der EU durch Bestimmungen zum Amts- und zum Geschäftsgeheimnis und anderen Gesetzen (bspw. Bankgeheimnis) geschützt. Das neue Abkommen, welches als sog. «**second generation-Abkommen**» bezeichnet wird, soll explizit den Austausch von vertraulichen Informationen ohne Zustimmung der Parteien ermöglichen.

3. Voraussetzungen für den Informationsaustausch zwischen den Kartellbehörden

Das Abkommen unterscheidet hinsichtlich des Informationsaustausches zwischen der mündlichen Erörterung von Fällen einerseits und der Übermittlung von Dokumenten andererseits.

Die **mündliche Erörterung** von an sich dem Amtsgeheimnis unterliegenden Tatsachen im Rahmen von informellen Kontakten zwischen den Mitarbeitenden der beiden Behörden soll **jederzeit möglich** sein und sich auch auf im Untersuchungsverfahren erlangte Informationen beziehen dürfen.

Die **Übermittlung von Dokumenten und Informationen** ist an Voraussetzungen gebunden und wie folgt kaskadenartig geregelt:

- Gegenstand des Informationsaustausches können nur Informationen sein, die **bereits im Besitz der ersuchten Behörde** sind. Dies bedeutet, dass sich die Behörden nicht gegenseitig Ermittlungsaufträge erteilen können.
- Am einfachsten ist die Übermittlung von Dokumenten und Informationen mit **ausdrücklicher schriftlicher Zustimmung des Unternehmens**, das diese zur Verfügung gestellt hat. Insoweit ist der Informationsaustausch grundsätzlich ohne weitere Voraussetzung zulässig. Einzige Ausnahme bilden Informationen, die **Personendaten** enthalten. Solche Informationen dürfen nur ausgetauscht werden,

wenn beide Behörden einen Sachverhalt in einem formellen Untersuchungsverfahren ermitteln.

- Liegt keine solche Zustimmung vor, dürfen Dokumente und Informationen nur auf ein **formelles Gesuch** hin übermittelt werden. Ausserdem müssen beide Behörden zur Zeit des Informationsaustausches ein formelles Untersuchungsverfahren zum betreffenden Sachverhalt führen (sobald die WEKO ein Verfahren abgeschlossen hat, dürfen diesbezüglich also keine Informationen mehr an die EU-Kommission übermittelt werden). In der Schweiz genügt aber bereits eine informelle **Vorabklärung**, bei der die betroffenen Unternehmen insbes. kein Recht auf Akteneinsicht haben! Das Gesuch muss schriftlich erfolgen und das genaue Verfahren, den untersuchten Sachverhalt, die allenfalls verletzte Gesetzesbestimmung sowie die beteiligten Unternehmen nennen. Die angefragte Behörde entscheidet, welche Informationen aus ihrem Verfahren relevant sind und die Voraussetzungen für die Übermittlung erfüllen.
- Dokumente und Informationen, die eine Behörde in einer **Bonusmeldung oder in Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung** erhalten hat, dürfen nicht übermittelt werden, es sei denn, das betreffende Unternehmen stimme dem ausdrücklich zu.
- Schliesslich dürfen Dokumente und Informationen nicht ausgetauscht werden, wenn deren Verwendung aus rechtsstaatlichen Gründen nicht zulässig ist, z.B. wenn das **Verbot der Selbstbelastung** nicht eingehalten wurde oder das **Anwaltsgeheimnis** verletzt würde.

Die EU-Kommission darf unter gewissen Voraussetzungen die von der Schweizer Behörde erlangten Informationen an die **Behörden der Mitgliedstaaten weiterleiten**.

Die dargestellten Informationsaustauschmöglichkeiten zwischen den Kartellbehörden der Schweiz und der EU (und den Mitgliedstaaten der EU) wecken in verschiede-

ner Hinsicht **erhebliche rechtsstaatliche Bedenken**. So fehlen beispielsweise Regelungen zum Datenschutz. Unklar ist bspw., ob dem Bankgeheimnis unterliegende Informationen nur dann übermittelt werden dürfen, wenn beide Behörden ein Verfahren führen. Ferner dürfte der Schutz von **Geschäftsgeheimnissen** leiden, wenn künftig vertrauliche Informationen ohne weiteres über die Landesgrenze hinaus von einer Kartellbehörde zur anderen weitergereicht werden dürfen. Umso mehr als geplante Übermittlungen von Dokumenten und Informationen den betroffenen Unternehmen in der Regel **nicht vorgängig zur Kenntnis** gebracht werden dürften. Weiter sieht das Abkommen weder **Rechtsschutzmöglichkeiten gegen unzulässige Übermittlungen** von Dokumenten und Informationen vor, noch regelt es die Verwertbarkeit von in unzulässiger Art und Weise erhaltenen Informationen oder der Früchte von solchen Informationen (z.B. von Dokumenten die anlässlich einer unzulässigerweise durchgeführten Hausdurchsuchung sichergestellt wurden; sog. *«fruits of the poisonous tree»*).

4. Ermessensspielraum der Kartellbehörden hinsichtlich des Informationsaustauschs

Das Abkommen schreibt **keine obligatorische Zusammenarbeit** und keinen obligatorischen Austausch von Informationen zwischen der EU-Kommission und der WEKO vor, sondern bietet den Behörden lediglich die Möglichkeit dazu.

Der Ermessensspielraum bezüglich der Übermittlung von Dokumenten und Informationen an die jeweils andere Kartellbehörde wird deutlich zum Ausdruck gebracht. Einerseits ist die betreffende Bestimmung als **«Kann-Vorschrift»** formuliert und andererseits wird explizit klargestellt, dass unabhängig von der Art der Informationen keine Behörde zur Übermittlung verpflichtet ist, insbesondere dann nicht, wenn dies mit ihren wichtigen Interessen unvereinbar wäre oder eine unangemessene Belastung darstellen würde.

Der erwähnte Ermessensspielraum birgt namentlich für die Schweiz gewisse **Unsicherheiten und Risiken**. Aufgrund des Kräfteungleichgewichts zwischen den beiden Partnern ist zu befürchten, dass die WEKO den Informations-Ersuchen der EU-Kommission in der Regel stattgeben wird, während ihr umgekehrt Informationen bisweilen verweigert werden dürften. Zumindest in der Schweiz müssen die Unternehmen inskünftig damit rechnen, dass die Informationen, welche sie im Verlaufe eines Verfahrens an die Wettbewerbsbehörden liefern, später an die EU-Kommission (und allenfalls auch an die EU-Mitgliedstaaten) weiterübermittelt werden, falls der untersuchte Sachverhalt auch für den europäischen Markt von Interesse ist (Ausnahme Bonusmeldungen; siehe dazu vorne).

5. Weiterer Inhalt des Abkommens

Zusätzlich zu den Regeln für den Informationsaustausch enthält das Abkommen

Bestimmungen zur Verfahrenskoordination (bspw. in Bezug auf die gleichzeitige Durchführung von Hausdurchsuchungen), zur Vermeidung von sich widersprechenden Vollzugshandlungen (Negative Comity), zur Möglichkeit, die Wettbewerbsbehörde der anderen Vertragspartei zu bitten, in einem konkreten Fall gewisse Massnahmen zu treffen (Positive Comity) etc. Die Behörde einer Vertragspartei ist aber nicht verpflichtet, eine Massnahme (z.B. eine Durchsuchung) auf Ersuchen der Behörde der anderen Vertragspartei durchzuführen.

6. Fazit

Das Abkommen stärkt die Zusammenarbeit zwischen der WEKO und EU-Kommission und erleichtert damit die Bekämpfung von grenzüberschreitenden Verstössen gegen das Kartellrecht. Die Regelung des Informationsaustauschs zwischen den Behörden ist jedoch lückenhaft und weckt in verschiedener Hinsicht **rechtsstaatliche Bedenken**. Die Behörden werden ohne vorgängige Anhörung der Verfahrensparteien agieren und den Unternehmen fehlen griffige Rechtsschutzmöglichkeiten.

Dr. Daniel Emch
Dr. Anna-Antonina Gottret

Basel
Kellerhals Anwälte
Hirschgässlein 11
Postfach 257
CH-4010 Basel

Bern
Kellerhals Anwälte
Effingerstrasse 1
Postfach 6916
CH-3001 Bern

Zürich
Kellerhals Anwälte
Rämistrasse 5
Postfach
CH-8024 Zürich

T +41 58 200 30 00
F +41 58 200 30 11

T +41 58 200 35 00
F +41 58 200 35 11

T +41 58 200 39 00
F +41 58 200 39 11

info@kellerhals.ch
www.kellerhals.ch