



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD  
**Evaluationsgruppe Kartellgesetz**

---

## **Evaluation gemäss Art. 59a KG**

### Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden Projektbericht P8

Im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements

---

Bern, 23. Dezember 2008

Zum vorliegenden Bericht:

- Zitiervorschlag: Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Analyse zur tatsächlichen und wünschbaren Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, Projektbericht P8 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
- Kommentare an: frank.stuessi@weko.admin.ch oder beat.zirlick@weko.admin.ch.

# Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	<b>Ausgangslage und Ziel</b> .....	<b>5</b>
<b>B</b>	<b>Problemstellung</b> .....	<b>6</b>
B.1	Allgemein.....	6
B.2	Geheimhaltungsinteresse als Ursache für das Fehlen von internationalen Abkommen	7
B.3	Keine formellen Kooperationsmöglichkeiten und die Folgen.....	7
B.4	Kooperation auf informeller Ebene und gestützt auf die Ermächtigung der Parteien.....	8
B.5	Probleme in Verfahren gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 und 7 KG .....	8
<b>C</b>	<b>Instrumente der internationalen Zusammenarbeit</b> .....	<b>9</b>
C.1	Informelle Zusammenarbeit.....	9
C.1.1	Das International Competition Network .....	9
C.1.2	Die OECD-Empfehlungen .....	10
C.2	Zusammenarbeit gestützt auf die Ermächtigung der Parteien .....	10
C.2.1	Zusammenarbeit gestützt auf die Ermächtigung („Waiver“) der Parteien im Zusammenschlussverfahren .....	10
C.2.2	Zusammenarbeit gestützt auf die Ermächtigung („Waiver“) der Parteien in Verfahren gegen Wettbewerbsbeschränkungen .....	10
C.3	Formelle Zusammenarbeit.....	11
C.3.1	Mangelnde Rechtsgrundlage im KG für den grenzüberschreitenden Informationsaustausch .....	11
C.3.2	Wettbewerbsspezifische Abkommen.....	12
C.3.3	Wettbewerbsspezifische Regeln in internationalen Abkommen.....	12
C.3.4	Kartellrechtliche Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Abkommen (Art. 58 und 59 KG) .....	13
C.3.5	Das Luftverkehrsabkommen im Besonderen .....	14
C.3.6	Rechtshilfe.....	15
C.3.6.1	In Zivilsachen .....	15
C.3.6.2	In Verwaltungssachen.....	15
C.3.6.3	In Strafsachen.....	16
C.4	Die Zusammenarbeit einschränkende Bestimmungen.....	17
C.4.1	Verbotene Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB) .....	17
C.4.2	Wirtschaftlicher Nachrichtendienst (Art. 273 StGB).....	19
<b>D</b>	<b>Die Tragweite des Amtsgeheimnisses</b> .....	<b>20</b>
D.1	Die Regelung im Kartellgesetz .....	20
D.2	Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) .....	20
<b>E</b>	<b>Lösungsansätze</b> .....	<b>21</b>
E.1	Weiterführung des informellen Informationsaustausches unter Mithilfe der Parteien ..	21
E.2	Schaffung einer formell-gesetzlichen Grundlage.....	21

E.3	Ausbau der internationalen Abkommen / Wettbewerbsbestimmungen in internationalen Abkommen.....	22
<b>F</b>	<b>Beantwortung der grundsätzlichen Fragen - Zusammenfassung .....</b>	<b>23</b>
F.1	Wie weit können die Wettbewerbsbehörden ohne Abkommen mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten?.....	23
F.2	Wäre ein Ausbau der internationalen Abkommen für die tägliche Arbeit förderlich? Was wäre hierzu nötig? .....	23

## A Ausgangslage und Ziel

1. Der vorliegende Einzelbericht zum Thema „**Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden**“ (Projektbericht P8) ist Teil einer umfassenden Evaluation des Kartellgesetzes (KG) gemäss Art. 59a KG.<sup>1</sup> Die Evaluation des Kartellgesetzes bezieht sich auf fünf Ebenen:

- Konzept (Ziele und Instrumente) des Kartellgesetzes (**Konzept**): Qualität und Mängel des Kartellgesetzes mit seinen modifizierten Bestimmungen und neuen Instrumenten, rechtliche Erlasse, die mit dem Kartellgesetz in Verbindung stehen.
- Anwendung des Kartellgesetzes (**Vollzug**): insbesondere Organisation, Management der Wettbewerbsbehörden, Verfahrensdauer.
- Von Behörden erbrachte Leistungen (**Output**): Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden wie Schlussberichte, Verfügungen, einvernehmliche Regelungen gemäss Art. 26 und 29 KG, Bekanntmachungen, Beratungen, Einigungen mit Unternehmen ausserhalb von Verfahren, Gutachten, Informationsaustausch mit nationalen und internationalen Behörden, Rechtsmittelverfahren und entsprechende Stellungnahmen, Informationspolitik.
- Wirkungen bei Adressaten des Kartellgesetzes in der Wirtschaft (**Impact**): Wirkung bei Betroffenen infolge von Eingriffen der Wettbewerbsbehörden (Entscheide nach Art. 5, 7 und 9 f. KG in Verfahren nach Art. 26 und 27 KG bzw. in Prüfungen der Phasen I und II nach Art. 32 f. KG), Wirkung der neuen Instrumente (Sanktionsmöglichkeiten, Hausdurchsuchungen, Bonusregelung und Widerspruchsverfahren) sowie der modifizierten Bestimmungen bei Betroffenen und in den Märkten.
- Wirkung bei weiteren Betroffenen (z. B. Konsumenten/innen) und volkswirtschaftliche Wirkungen (**Outcome**): Wirkung der Bestimmungen und Instrumente des Kartellgesetzes, d. h. Förderung von Wettbewerb und Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, Erhöhung der statischen und dynamischen Effizienz (höhere Wohlfahrt) in der schweizerischen Volkswirtschaft, Wirtschaftswachstum.

2. Das Projekt „Ausländische Zusammenarbeit“ ist den Ebenen „**Konzept**“ und „**Vollzug**“ zuzuordnen. In diesem Projekt sollen die Möglichkeiten und Grenzen der internationalen Zusammenarbeit zwischen den schweizerischen und den ausländischen Wettbewerbsbehörden im Bereich des Wettbewerbsrechts (Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 und 7 KG sowie Zusammenschlusskontrolle) aufgezeigt werden. Dabei sind die folgenden Fragen zu beantworten (**Projektziel**):

- Wie weit können die Wettbewerbsbehörden ohne Abkommen (Ausnahme bildet das Luftverkehrsabkommen) mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten?
- Wäre ein Ausbau der internationalen Abkommen für die tägliche Arbeit förderlich?

---

<sup>1</sup> Diesen Bericht erstellten Christoph Tagmann (Mitarbeiter des Sekretariates der Wettbewerbskommission), Valérie Engammare und Sven Michal (Mitarbeitende des SECO) sowie Eva Tresch, Frank Stüssi und Katrin Emmenegger (Mitarbeitende des Sekretariates der Wettbewerbskommission). Nach Erstellung dieses Berichtes und unabhängig davon wurde im Rahmen des Projektes P9 („Internationaler Vergleich“) unter anderem eine rechtsvergleichende Studie an C. Baudenbacher vergeben (Carl Baudenbacher, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, St. Gallen, 2008; zu Projekt P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG). In einem Teil dieser Studie (in „Institutionelles Setting“) geht er kurz auf die Notwendigkeit der Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden ein. Die von ihm vorgeschlagene Richtung ist grundsätzlich die gleiche wie im vorliegenden Bericht.

- Was wäre hierzu nötig?

3. Dieser Bericht soll eine Übersicht zu obgenannten Fragestellungen geben. Eine abschliessende Beurteilung sämtlicher Aspekte ist aufgrund der Komplexität der Materie nicht möglich. Das Schwergewicht der Arbeit liegt auf dem Informationsaustausch zwischen den verschiedenen Wettbewerbsbehörden. Damit sind insbesondere folgende Themenbereiche angesprochen:

- Möglichkeiten und Grenzen des Informationsaustausches
  - Informelle Zusammenarbeit
  - Formelle Zusammenarbeit
  - Geheimhaltungsinteressen
  - Relevante Bestimmungen (KG, StGB)
- Informationsaustausch gestützt auf bi- oder multilaterale Abkommen:
  - Internationale Modelle (OECD, bestehende Abkommen)
  - Freihandelsabkommen (bilateral, im Rahmen des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation EFTA, EFTA-Abkommen)
  - Luftverkehrsabkommen
- Informationsaustausch gestützt auf Rechtshilfeabkommen:
  - IRSG<sup>2</sup>
  - EUeR<sup>3</sup>
  - weitere
- Lösungsvorschläge

4. Ein Entwurf des vorliegenden Berichtes wurde dem Bundesamtes für Justiz (BJ) zur Diskussion zugestellt. Die Kommentare des BJ wurden in den vorliegenden Bericht eingearbeitet. Zudem flossen einige Erkenntnisse aus der interdepartementalen Sitzung des BJ vom 12. Februar 2008 zur Problematik der Amts- und Rechtshilfe in den Bericht ein.

5. Im Folgenden werden die Ausgangslage (Problemstellung, Abschnitt B) und die Bestimmungen, welche die Zusammenarbeit einschränken, analysiert (Abschnitt C). Danach wird vertieft auf die Problematik des Amtsgeheimnisses eingegangen (Abschnitt D) und schliesslich werden Lösungsansätze vorgestellt (Abschnitt E).

## **B Problemstellung**

### **B.1 Allgemein**

6. Das schweizerische Wettbewerbsrecht ist historisch aus der Aussenhandelspolitik hervorgegangen. Nach wie vor sind offene Grenzen eine der wichtigsten Voraussetzungen für funktionierenden Wettbewerb in einer kleinen Volkswirtschaft. Mit der wachsenden wirtschaftlichen Verflechtung nehmen indessen auch grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen zu. Für eine effiziente Bekämpfung länderübergreifender Wettbewerbsverstösse ist die Schweiz daher auf Zusammenarbeit mit ausländischen Partnerbehörden angewiesen.

---

<sup>2</sup> Siehe Rz. 42 ff.

<sup>3</sup> Dazu Rz. 46 ff.

7. In den letzten Jahren hat der internationale Konsens auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts zugenommen und die materiellen Regeln haben sich angenähert. Dennoch kennt die Schweiz im Bereich Wettbewerbsrecht bis heute weder ein vollständiges internationales Kooperationsabkommen (die Ausnahmen werden nachfolgend genannt), noch existiert eine nationale gesetzliche Norm, die den formellen Informationsaustausch zwischen Wettbewerbsbehörden regeln würde. Die Kooperationsmöglichkeiten, die heute den schweizerischen Wettbewerbsbehörden zur Verfügung stehen, sind beschränkt, weshalb sich die Frage stellt, wie diese Möglichkeiten ausgebaut werden könnten. Ein Ausbau der internationalen Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden stösst dabei auf Hindernisse.

## **B.2 Geheimhaltungsinteresse als Ursache für das Fehlen von internationalen Abkommen**

8. Die Weitergabe von sensiblen Dokumenten und Informationen zwischen Behörden tangiert nationale Geheimhaltungsinteressen und weist unter Umständen strafrechtliche Dimensionen auf (auf allfällige datenschutzrechtliche, disziplinarrechtliche und zivilrechtliche Aspekte wird nachfolgend nicht weiter eingegangen). Als Hindernisse für das Abschliessen von internationalen Abkommen gelten neben (staats-)politischen Interessen die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, die unterschiedlichen Sanktionssysteme der verschiedenen Länder, aber auch nationale Rechtsnormen, welche den Informationsaustausch zwischen Wettbewerbsbehörden behindern (Art. 162, 271, 273, 299, 320 StGB).<sup>4</sup> Dies hat dazu beigetragen, dass die Schweiz bisher keine Kooperationsabkommen mit anderen Ländern abgeschlossen hat. Auf bilateraler Ebene besteht einzig das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Luftverkehrsabkommen (LVA)<sup>5</sup> zwischen der Schweiz und der EU (vgl. Art. 42a KG), welches dem EG-Wettbewerbsrecht entnommene wettbewerbsrechtliche Vorschriften enthält.<sup>6</sup> Daneben enthalten auch die Freihandelsabkommen Wettbewerbsbestimmungen, welche unter gewissen Voraussetzungen einen Informationsaustausch beinhalten.

## **B.3 Keine formellen Kooperationsmöglichkeiten und die Folgen**

9. Mangels echter formeller Kooperationsmöglichkeiten arbeitet die Schweiz mit ihren wichtigsten Handelspartnern (EU-Länder) derzeit gestützt auf die **OECD-Richtlinien** über die Zusammenarbeit zwischen Behörden zu wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen (1995)<sup>7</sup> und diejenigen zu harten Kartellen (1998)<sup>8</sup> zusammen. Diese haben allerdings keinen zwingenden Charakter, sondern stellen lediglich Empfehlungen dar. Auch ist der Inhalt der in den OECD-Empfehlungen statuierten Zusammenarbeit beschränkt.

10. Die bestehende Rechtslage wirkt sich insbesondere negativ auf die Untersuchungsmöglichkeiten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten aus und beeinträchtigt die Untersuchungsmöglichkeiten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Die Zustellung von Doku-

---

<sup>4</sup> MERKT, Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, *Studies in Global Economic Law*, 2000, 233 ff.; DREXL, WTO und Kartellrecht, zum Warum und Wie dieser Verbindung in Zeiten der Globalisierung, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2/2004, 191 ff., 202.

<sup>5</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, abgeschlossen am 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (Luftverkehrsabkommen, LVA), BBl 1999, S. 6948 ff.

<sup>6</sup> GUGLER/ZURKINDEN, Internationale Bezüge des Wettbewerbsrechts, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, 66 und ausführlich 78 ff.

<sup>7</sup> OECD, Revised Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade, 27/28 July 1995, C(95)130/FINAL.

<sup>8</sup> OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 13/14 May 1998, C(98)35/FINAL.

menten hat völkerrechtskonform zu erfolgen, wofür grundsätzlich der diplomatische Weg beschritten werden müsste.<sup>9</sup> So verfügt die Schweiz bei Auskunftsverweigerung eines ausländischen Unternehmens über keine Zwangsmittel, die gewünschten Auskünfte direkt zu erzwingen oder im Rahmen eines Kooperationsabkommens die von der ausländischen Behörden erhobenen Informationen zu erlangen. Ebenso wenig sind die schweizerischen Wettbewerbsbehörden befugt, in parallelen Verfahren der ausländischen Behörden nicht öffentliche Informationen zu übermitteln. Der formelle Informationsaustausch ist folglich weitgehend beschränkt und erfolgt grundsätzlich losgelöst von den konkreten Fällen.

#### **B.4 Kooperation auf informeller Ebene und gestützt auf die Ermächtigung der Parteien**

11. Solange sich ein Austausch auf die informelle Weitergabe von „praktischen wettbewerbsrechtlichen Belangen“ zwischen Wettbewerbsbehörden beschränkt, stellen sich keine grösseren Schwierigkeiten. So bestehen bereits jetzt informelle Kooperationsmöglichkeiten zwischen der schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden, die durchaus ein hilfreiches Instrument zur Unterstützung bei der Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts darstellen. So sind die schweizerischen Wettbewerbsbehörden bei internationalen Zusammenschlussvorhaben durch die Erteilung eines „*Waivers*“ – welcher von den zusammenschlusswilligen Parteien auf freiwilliger Basis erfolgt – befugt, bei der ausländischen Wettbewerbsbehörde Auskünfte einzuholen. Diese Ermächtigung zum Informationsaustausch liegt in der Regel im Interesse der Parteien, um das Verfahren zu beschleunigen (die überwiegende Anzahl der Zusammenschlussvorhaben wird durch Gutheissung abgeschlossen).

12. Diverse internationale Organisationen bieten zudem eine Plattform für den informellen abstrakten Austausch „praktischer wettbewerbsrechtlicher Belange“.<sup>10</sup> Dies wird in Abschnitt C weiter ausgeführt.

#### **B.5 Probleme in Verfahren gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 und 7 KG**

13. Die genannten Kooperationsmöglichkeiten auf informeller Ebene funktionieren jedoch nicht, wenn es darum geht, vertrauliche Informationen auszutauschen, bzw. einzuholen. In diesem Sinne ist die Kooperation mit ausländischen Wettbewerbsbehörden gestützt auf die Ermächtigung der Parteien in Kartellverfahren wegen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen in der Praxis inadäquat. Dies liegt daran, dass die Unternehmen in diesen Verfahren, gerade wenn es um Sanktionen geht, ein Interesse haben, das Verfahren zu verzögern und die Beweisführung zu erschweren. Dadurch wird jedoch die Durchsetzung des Kartellrechts in Frage gestellt.

14. Selbst wenn in Zukunft im Rahmen der Bonusregelung (Sanktionsbefreiung bzw. Minderung der Sanktion) der Druck auf die Unternehmen zur freiwilligen Kooperation und Auskunftserteilung sowie zur Ausstellung einer entsprechenden Ermächtigung für den Informationsaustausch mit anderen (Wettbewerbs-)Behörden unter Umständen erhöht werden könnte, ändert dies nichts an der Tatsache, dass eine formelle Informationspflicht fehlt und durch die (freiwillige) Herausgabe von Informationen unter Umständen Geheimhaltungsinteressen Dritter (z. B. anderer am Kartell beteiligter Unternehmen) betroffen sind bzw. verletzt werden könnten.

---

<sup>9</sup> VOLKEN, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996, 29 ff.; HERDEGEN, Völkerrecht, 2. Aufl., München 2002, 170 ff.; vgl. auch GUGLER/ZURKINDEN, a .a. O., 65.

<sup>10</sup> DREXL, a .a. O., 203 ff.; GUGLER/ZURKINDEN, a .a. O., 73 ff.



15. Mangels gesetzlicher Grundlage ist ein formeller Informationsaustausch in Verfahren betreffend Wettbewerbsbeschränkungen zurzeit praktisch ausgeschlossen. Auch ein Informationsaustausch auf informeller Ebene oder gestützt auf die Ermächtigung der Parteien ist eingeschränkt (insbesondere „Waiver“).<sup>11</sup> Zudem sind im Vergleich zu einer formellen Zusammenarbeit die informellen Kooperationswege oft personenorientiert, was einer gewissen Kontinuität entgegenstehen kann.

## **C Instrumente der internationalen Zusammenarbeit**

### **C.1 Informelle Zusammenarbeit**

#### **C.1.1 Das International Competition Network**

16. Beim International Competition Network (ICN) handelt es sich um ein weltweites Netzwerk nationaler und multinationaler Wettbewerbsbehörden von Industrie- und Entwicklungsländern zur Vereinfachung der Zusammenarbeit. Im Rahmen projekt- und themenbezogener Arbeitsgruppen soll eine gewisse Konvergenz über zentrale Fragen der Wettbewerbspolitik erreicht werden.<sup>12</sup> Hauptanliegen des ICN ist somit die weltweite wirksamere Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Dies soll durch eine gezielte Zusammenarbeit zwischen Behörden und einer Angleichung der wettbewerbsrechtlichen Praxis erreicht werden.

17. Mittlerweile sind nahezu alle Wettbewerbsbehörden Mitglieder der ICN.<sup>13</sup> ICN-Mitglieder engagieren sich in themenspezifischen Arbeitsgruppen in diversen Projekten, deren Ergebnisse beispielsweise in „Recommended Practices“ bzw. „Best Practices“ münden.<sup>14</sup> Die Teilnahme innerhalb der Arbeitsgruppen<sup>15</sup> führt nicht nur zu einem bereichernden fachlichen Austausch zwischen den ICN-Mitgliedern, sondern unterstützt diese ebenso in ihrer täglichen Arbeit.<sup>16</sup> Auch die Diskussionen zwischen den ICN-Mitgliedern anlässlich der Jahreskonferenzen tragen dazu bei. Durch die vielseitige Arbeit im Rahmen des ICN entsteht ein dynamischer Dialog, welcher zur Konsensfindung hinsichtlich globaler wettbewerbspolitischer Grundsätze beiträgt.

18. Das ICN hat allerdings keine regelsetzende (gesetzgeberische) Funktion: Wird ein Projekt innerhalb einer Arbeitsgruppe verabschiedet, entscheiden die Wettbewerbsbehörden individuell, ob und wie sie die Empfehlungen umsetzen wollen. Zudem findet der informelle

---

<sup>11</sup> Ein Ansatz in die richtige Richtung stellt immerhin die Einführung von Art. 11b Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) dar (in Kraft seit 1. Januar 2007), wonach Parteien mit Wohnsitz im Ausland den Behörden ein *Zustelldomizil* in der Schweiz zu bezeichnen haben. Dagegen besteht im Bereich des Wettbewerbsrechts, soweit ersichtlich, kein völkerrechtliches Abkommen, welches es den Behörden gestatten würde, Mitteilungen im betreffenden Staat direkt durch die Post zuzustellen.

<sup>12</sup> Vgl. DREXL, a .a. O., 203 ff.; GUGLER/ZURKINDEN, a .a. O., 73 ff.

<sup>13</sup> Vgl. URL: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/members> [17.12.08].

<sup>14</sup> Von den Arbeitsgruppen erarbeitete „Non-binding recommended practices“ stellen für die Wettbewerbsbehörden eine Art Leitlinien dar. Unter Berücksichtigung der jeweiligen ökonomischen, rechtlichen und kulturellen Parameter erlauben diese ein Überdenken der bereits existierenden Vorgaben sowie, gegebenenfalls, eine entsprechende Anpassung bzw. Überarbeitung.

<sup>15</sup> Der Austausch innerhalb der Arbeitsgruppen erfolgt via Telefonkonferenzen, Internet und Videokonferenzen.

<sup>16</sup> So befassen sich die Arbeitsgruppen ganzjährig mit der Fallbearbeitung im Allgemeinen, mit der Ausarbeitung von Leitfäden zur kartellrechtlichen Vollstreckung, mit dem Verfassen von Berichten über Umfragen in einzelnen Behörden, mit dem Erstellen von Gesetzesvorlagen und allgemeingültigen Regeln, mit dem Erfassen von Datenbanken und „toolkits“ sowie mit der Organisation von Workshops.

Erfahrungsaustausch zwischen den Mitgliedern beschränkt auf einer abstrakten Ebene und losgelöst von konkreten Fällen statt.

### **C.1.2 Die OECD-Empfehlungen**

19. Die OECD-Empfehlung über die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich von wettbewerbsbeschränkenden Praktiken vom Juli 1995 schafft einen Rahmen für die informelle Zusammenarbeit. Die Notifikation, Koordination der Verfahren, Konsultationen zwischen den Behörden, die Unterstützung ausländischer Behörden sowie der Austausch von Informationen sind in der Empfehlung vorgesehen, unter Vorbehalt der nationalen Gesetze. Diese Empfehlung wurde für mehrere bilaterale Kooperationsabkommen als Modell benutzt. Ohne bilaterale Abkommen könnten aber gestützt auf die Empfehlung lediglich generelle, nicht fallbezogene Informationen ausgetauscht werden.<sup>17</sup>

20. Eine weitere OECD-Empfehlung über hard-core-Kartelle wurde 1998 erlassen.<sup>18</sup> Diese Empfehlung setzt gewisse Grundsätze für die Zusammenarbeit fest, unter Vorbehalt der einheimischen Gesetze. Sie fördert ebenfalls den Abschluss von bilateralen und multilateralen Kooperationsabkommen. Darüber hinaus bieten auch die Tagungen des OECD-Wettbewerbskomitees – in dem die Wettbewerbsbehörden der OECD-Mitglieder vertreten sind – Gelegenheiten für informelle Kontakte.

## **C.2 Zusammenarbeit gestützt auf die Ermächtigung der Parteien**

### **C.2.1 Zusammenarbeit gestützt auf die Ermächtigung („Waiver“) der Parteien im Zusammenschlussverfahren**

21. Im Zusammenschlussverfahren ist eine (weitergehende) Zusammenarbeit mit den ausländischen Wettbewerbsbehörden im Fall des Einverständnisses der Parteien möglich und auch die Regel. Der Grund dafür liegt darin, dass es sich bei der Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich um ein „nichtstreitiges Verfahren“ (ohne direkte Sanktionsmöglichkeit) handelt und die Koordination bzw. der Informationsaustausch weitgehend im Eigeninteresse der Parteien geschieht. Die Zusammenarbeit umfasst daher etwa die Koordination des Zeitpunktes des Eingangs der Meldung, den Austausch von relevanten Daten und Informationen sowie die Abstimmung des Entscheides und dessen Eröffnung.<sup>19</sup>

### **C.2.2 Zusammenarbeit gestützt auf die Ermächtigung („Waiver“) der Parteien in Verfahren gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

22. Wie bereits angedeutet, funktioniert diese weitergehende (informelle) Zusammenarbeit auf freiwilliger Basis der Unternehmen in Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, die gegebenenfalls mit Sanktionen geahndet werden, nicht oder nur in eingeschränkter Weise. Dies liegt daran, dass die betroffenen Unternehmen in diesen Verfahren an einem Informationsaustausch von relevanten Daten und Informationen zwischen den Behörden häufig nicht interessiert sind, weil dieser unter Umständen ihrer Verteidigungsstrategie zuwider läuft. Mangels gesetzlicher Grundlage in einem völkerrechtlichen Abkommen könnten die betroffenen Unternehmen wohl auch nicht zur Einwilligung eines Informationsaustausches verpflichtet werden.<sup>20</sup> Allenfalls im Rahmen der freiwilligen Kooperation eines

---

<sup>17</sup> Vgl. International Competition Network, *Cooperation Between Competition Agencies in Cartel Investigations*, Report to the ICN Annual Conference, 2006, 9.

<sup>18</sup> Siehe Rz. 9.

<sup>19</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich STOFFEL, *Internationale Fusionen*, in: R. Zäch (Hrsg.), *Schweizerisches Kartellrecht, Revision und Praxis*, Zürich 2002, 85–11.

<sup>20</sup> Vgl. zum Ganzen ZIMMERLI, *Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht*, Diss. Bern 2007, 622 ff.

Unternehmens, namentlich im Nachgang zur Einreichung einer Selbstanzeige, d. h. der Inanspruchnahme der Bonusregelung und dem damit verbundenen Wegfall der Sanktion oder deren Reduktion, sind die Unternehmen unter Umständen gewillt, die Ermächtigung zu einem entsprechenden Informationsaustausch mit anderen Wettbewerbsbehörden in anderen Ländern, in denen das Unternehmen ebenfalls eine Selbstanzeige eingereicht hat, zu erteilen.<sup>21</sup> Indessen ist nach wie vor offen, ob die Unternehmen im Rahmen der Bonusregelung und der damit verbundenen Kooperationspflicht dazu „gezwungen“ werden könnten bzw. ob die Nichterteilung dieser Einwilligung zum Ausschluss oder zur Minderung des Bonus (Sanktionserlass bzw. -Reduktion) führen könnte (vgl. dazu Art. 8 Abs. 2 lit. b und c SVKG<sup>22</sup>).

23. Ungeachtet dessen stellt sich in Bezug auf diese Ermächtigung zum Informationsaustausch das Problem, dass die vom Selbstanzeiger zugestellten Informationen unter Umständen Informationen über Dritte, d. h. weitere Kartellbeteiligte enthält. Gegenüber Dritten kann der Selbstanzeiger die Wettbewerbsbehörden wohl nicht vom Amtsgeheimnis entbinden. Vom Dritten, der die Bonusregelung allenfalls nicht beanspruchen und daher nicht kooperieren will, wird eine solche Erklärung kaum erhältlich sein.<sup>23</sup>

### **C.3 Formelle Zusammenarbeit**

#### **C.3.1 Mangelnde Rechtsgrundlage im KG für den grenzüberschreitenden Informationsaustausch**

24. Wie bereits erwähnt, findet sich im KG keine Bestimmung, welche den formellen Informationsaustausch mit ausländischen Behörden regelt. Hingegen sehen mehrere Schweizer Gesetze eine solche Rechtsgrundlage für den Informationsaustausch mit ausländischen Behörden vor, so z. B. die Bundesgesetze über die kollektiven Kapitalanlagen, über den internationalen Kulturgütertransfer sowie über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen.<sup>24</sup> Als aktuelles Beispiel seien die neu vorgeschlagene Bestimmung im UWG<sup>25</sup> zu nennen: Die sich im Sommer 2008 in der Vernehmlassung befindenden Art. 21 f. des Vorentwurfes zur Vernehmlassung UWG<sup>26</sup> regeln den Informationsaustausch zwischen den für den Vollzug des UWG zuständigen Bundesbehörden und ausländischen Behörden sowie internationalen Organisationen und Gremien.

---

<sup>21</sup> Die Weitergabe von Informationen aus einer Selbstanzeige an eine Wettbewerbsbehörde eines anderen Landes, in dem das Unternehmen keine Selbstanzeige eingereicht hat, dürfte hingegen von vornherein ausgeschlossen sein, da es sich um „sensible“ Daten handelt, auf deren Geheimhaltung das Unternehmen bestehen wird, womit auch keine entsprechende Ermächtigung erteilt werden dürfte, zumal das Unternehmen andernfalls ja im anderen Land ebenfalls eine Selbstanzeige hätte einreichen können.

<sup>22</sup> Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung), SR 251.5; vgl. dazu auch ZIMMERLI, a. a. O., 624.

<sup>23</sup> SOMMER, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, in: Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz. 41.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 142 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen, SR 951.31; Art. 22 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über den internationalen Kulturgütertransfer, SR 444.1; Art. 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen, SR 946.231.

<sup>25</sup> Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241.

<sup>26</sup> URL: [http://www.seco.admin.ch/themen/00645/00653/index.html?lang=de#sprungmarke0\\_1](http://www.seco.admin.ch/themen/00645/00653/index.html?lang=de#sprungmarke0_1) [17.12.08].

### C.3.2 Wettbewerbsspezifische Abkommen

25. Gewisse Länder haben bilaterale Kooperationsabkommen in Wettbewerbsfragen abgeschlossen.<sup>27</sup> Die meisten dieser Abkommen benutzen die OECD-Empfehlungen als Basis und decken folgende Themen ab: Notifikation, Informationsaustausch, Koordination von Verfahren, *positive/negative comity*, Unterstützung der ausländischen Behörde, sowie Konsultationen. Die meisten Abkommen enthalten einen Vorbehalt zugunsten nationaler Bestimmungen betreffend Vertraulichkeit. Nur selten erlauben Kooperationsabkommen den Austausch vertraulicher Information wie z. B. im Falle des Abkommens aus dem Jahr 1999, dem *Anti-trust Mutual Enforcement Assistance Agreement* zwischen Australien und den Vereinigten Staaten.

26. Die Schweiz hat bisher kein Kooperationsabkommen abgeschlossen. Einzig im Rahmen der Verhandlungen eines Freihandelsabkommen mit Japan wurde ein Kooperationsabkommen in Wettbewerbsfragen ausgehandelt. Es enthält zwar ein vollständiges Kapitel über Kooperation in Wettbewerbsfragen, aber es erlaubt ebenfalls noch keinen Austausch von vertraulichen Informationen in konkreten Fällen. Dieses Freihandelsabkommen (inkl. Kooperationsabkommen) wird voraussichtlich 2009 unterzeichnet werden (siehe Rz. 29).

### C.3.3 Wettbewerbsspezifische Regeln in internationalen Abkommen

27. Folgende internationale Abkommen, an welchen die Schweiz beteiligt ist, enthalten wettbewerbsrechtliche Normen:

- Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA).
- Freihandelsabkommen, insbesondere diejenigen, die seit anfangs der 1990er Jahre im Rahmen der EFTA abgeschlossenen Abkommen mit Drittländern<sup>28</sup> sowie das Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG).<sup>29</sup>
- Gewisse multilaterale Handelsabkommen, die während der Uruguay-Runde abgeschlossen wurden.<sup>30</sup> Diese Abkommen sind Teil des Abkommens vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO).<sup>31</sup>

28. Die Freihandelsabkommen umfassen üblicherweise Bestimmungen über Wettbewerb. Während Freihandelsabkommen der ersten Generation eher generelle Grundsätze festlegen, enthalten Abkommen der zweiten Generation zum Teil umfangreiche Kooperationsregeln. Das bisher weitgehendste Beispiel bildet das Abkommen zwischen der EFTA und Chile, das 2004 in Kraft getreten ist. Dieses Abkommen regelt die Notifikation, Koordination sowie den Informationsaustausch. Parteien sind die Staaten, die Kooperation wird aber von den Wettbewerbsbehörden durchgeführt. Beim Informationsaustausch sind die Geheimhaltungspflichten, die in den nationalen Gesetzgebungen vorgesehen sind, vorbehalten.

---

<sup>27</sup> Siehe z. B. das Abkommen zwischen der EG und der Vereinigten Staaten aus dem Jahr 1999, das Abkommen zwischen Japan und der Vereinigten Staaten von 1999, das Abkommen zwischen der EG und Kanada aus dem Jahr 2000 sowie das Abkommen zwischen der EG und Japan von 2003.

<sup>28</sup> Siehe URL: <http://www.efta.int/content/free-trade/fta-countries> [17.12.08] für eine Liste dieser Abkommen.

<sup>29</sup> SR 0.632.4 ff. (URL: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/0.63.html#0.632.4> [17.12.08]).

<sup>30</sup> Übereinkommen über die Landwirtschaft (Anhang 1A.3); Übereinkommen über Textilwaren und Bekleidung (Anhang 1A.5); Übereinkommen über handelsbezogene Investitionsmassnahmen (Anhang 1A.7); Übereinkommen zur Durchführung des Artikels VI des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens 1994 (Anhang 1A.8); Übereinkommen über Schutzmassnahmen (Anhang 1A.14) et al.

<sup>31</sup> SR 0.632.20 (URL: [http://www.admin.ch/ch/d/sr/c0\\_632\\_20.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c0_632_20.html) [17.12.08]).

29. Im Rahmen der Verhandlungen über ein bilaterales Freihandelsabkommen hat Japan der Schweiz ein Abkommen über die Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden vorgeschlagen. Es handelt sich um das erste eigentliche Kooperationsabkommen in Wettbewerbsfragen, das die Schweiz – voraussichtlich 2009 – unterzeichnen wird. Dieses Abkommen wird den OECD-Empfehlungen und anderen bestehenden (EU-)Kooperationsabkommen ähnlich sein. Die Themen, die Verhandlungsgegenstand bilden, betreffen die Notifikation von Durchsetzungsmassnahmen, die Zusammenarbeit in Verfahren, die Koordination von Massnahmen, *positive* und *negative comity*, Konsultationen und den allgemeinen Informationsaustausch. Die Weitergabe von vertraulichen Informationen ist hingegen nicht vorgesehen.

#### **C.3.4 Kartellrechtliche Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Abkommen (Art. 58 und 59 KG)**

30. Das Kartellgesetz enthält zwei Bestimmungen, die der Durchsetzung der internationalen Verpflichtungen im Bereich des Wettbewerbsrechts gewidmet sind. Sie sind im Kapitel 6 des Gesetzes zusammengefasst. Die Bestimmungen versetzen die schweizerischen Behörden in die Lage, Wettbewerbsbeschränkungen, die gegen diese Abkommen verstossen, mit den Mitteln der internen Rechtsordnung zu beseitigen. Es handelt sich einerseits um eine Zuständigkeitsbestimmung (Art. 58 KG) und andererseits um eine Verfahrensregel (Art. 59 KG). Art. 58 und 59 KG verweisen dabei primär auf Abkommen der Schweiz, welche Wettbewerbsregeln enthalten, die nicht direkt anwendbar sind.<sup>32</sup> Der Zweck von Art. 58 KG besteht insbesondere darin, internationale wettbewerbsrechtliche Bestimmungen umzusetzen, um politische Retorsionsmassnahmen der anderen Vertragsparteien zu vermeiden.<sup>33</sup>

31. Zuständig für die Durchsetzung der internationalen Verpflichtungen im Bereich des Wettbewerbsrechts ist gemäss Art. 58 KG das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD),<sup>34</sup> namentlich das SECO.<sup>35</sup> Dieses beauftragt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat der WEKO), in einer Vorabklärung den relevanten Sachverhalt abzuklären. Das Sekretariat der WEKO wird somit im Auftrag des Departements tätig und nicht im Auftrag der WEKO, wie es den gewöhnlichen Verfahrensmodalitäten entsprechen würde.

32. Auch das anschliessende Verfahren gemäss Art. 59 KG folgt dieser Zuordnung.<sup>36</sup> Wenn das Departement aufgrund der Abklärungen des Sekretariates (oder von sich aus)

---

<sup>32</sup> Vgl. REINERT, in: Baker & McKenzie, Kartellgesetz, Handkommentar, Bern 2007, Rz. 1 zu Art. 58 KG; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar, Zürich 2004, Rz. 1 zu Art. 58 KG.

<sup>33</sup> Vgl. REINERT, a. a. O., Rz. 1 zu Art. 58 KG; ZURKINDEN/TRÜEB, a. a. O., Rz. 1 zu Art. 58 KG.

<sup>34</sup> Art. 58 KG: Feststellung des Sachverhalts:

<sup>1</sup> Macht eine Vertragspartei eines internationalen Abkommens geltend, eine Wettbewerbsbeschränkung sei mit dem Abkommen unvereinbar, so kann das Departement das Sekretariat mit einer entsprechenden Vorabklärung beauftragen.

<sup>2</sup> Das Departement entscheidet auf Antrag des Sekretariats über das weitere Vorgehen. Es hört zuvor die Beteiligten an.

<sup>35</sup> P. METZGER, Art. 58 LCart, in: P. TERCIER / CH. BOVET (Hrsg.), Commentaire romand, S. 1030, Rz. 49-50.

<sup>36</sup> Art. 59 KG: Beseitigung von Unvereinbarkeiten:

<sup>1</sup> Wird bei der Ausführung eines internationalen Abkommens festgestellt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung mit dem Abkommen unvereinbar ist, so kann das Departement im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Beseitigung der Unvereinbarkeit vorschlagen.

<sup>2</sup> Kommt eine einvernehmliche Regelung nicht rechtzeitig zustande und drohen der Schweiz von der Vertragspartei Schutzmassnahmen, so kann das Departement im Einvernehmen mit dem

feststellt, dass mit dem Abkommen unvereinbare Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen, kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Lösung vorschlagen. Gelingt dies nicht, kann das Departement – anstelle der WEKO – die erforderlichen „Massnahmen“ verfügen, allenfalls nach vorgängiger Einholung eines entsprechenden Vorschlages der Wettbewerbsbehörde.

33. Bis heute sind nur zwei Anwendungsfälle bekannt, in denen die genannten Bestimmungen zum Tragen kamen:

- Der (einzige) Fall, in welchem der Gemischte Ausschuss formell tatsächlich befasst wurde, fand unter dem KG 85 statt, und zwar auf Antrag der EU-Kommission vom 8. Juni 1990. Der Fall betraf die Anzeige eines italienischen Produzenten von Sanitärprodukten wegen des Verhaltens schweizerischer Konkurrenten. In Anwendung der damaligen (ähnlich ausgestalteten) Art. 42–43 KG 85 wurde eine einvernehmliche Regelung getroffen.<sup>37</sup>
- Unter dem KG 95 wurde eine Befassung des Gemischten Ausschusses im Rahmen der Automobilimport-Fälle informell geprüft.<sup>38</sup> In diesem Fall ging es um ein möglicherweise wettbewerbswidriges Verhalten von Unternehmen im EU-Raum. Gemäss Art. 23 EWG-Abkommen muss die EU-Kommission jedoch in einem solchen Falle nur tätig werden, wenn das Verhalten auch im EU-internen Raum den Wettbewerb behindert. Die Schweiz verzichtete deshalb auf eine Anrufung des gemischten Ausschusses.<sup>39</sup>

34. Die Seltenheit des Gebrauchs des internationalen Durchsetzungsinstrumentariums erklärt sich dadurch, dass die Bestimmungen nur beschränkte Möglichkeiten für eine Zusammenarbeit zulassen und die Parteien den informellen Weg vorziehen. Ausschlaggebend ist aber vor allem der Umstand, dass sich die Wettbewerbsrechtsordnungen der einzelnen Länder materiell stark angeglichen haben. Mit der KG-Revision von 1995 fand eine materiellrechtliche „Harmonisierung“ des schweizerischen mit dem europäischen Wettbewerbsrecht statt, so dass Wettbewerbsbeschränkungen nach schweizerischem Recht nach ähnlichen Kriterien beurteilt werden wie in der EU.

### **C.3.5 Das Luftverkehrsabkommen im Besonderen**

35. Die Schweiz hat wie erwähnt im Bereich des Wettbewerbsrechts bis heute kein eigentliches Kooperationsabkommen abgeschlossen.<sup>40</sup> Die einzige Ausnahme stellt das LVA dar (vgl. Art. 42a KG, der die Anwendung des entsprechenden Abkommens vorbehält).<sup>41</sup> Das LVA ist indessen von vornherein beschränkt auf die Anwendung im Bereich des Luftverkehrs.

36. Gemäss Art. 19 Abs. 1 LVA ist jede Vertragspartei im Anwendungsbereich des Abkommens zur Übermittlung aller erforderlichen Informationen zuhanden der anderen Vertragspartei und zur Unterstützung der anderen Partei bei der Untersuchung möglicher Wettbewerbsverstösse gehalten. Weiter soll im Sinne von Art. 11 Abs. 1 LVA dem Erfordernis ei-

---

Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten die Massnahmen verfügen, die zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung erforderlich sind.

<sup>37</sup> Vgl. PH. METZGER, in: P. TERCIER / CH. BOVET (Hrsg.), Lcart, Commentaire romand, Art. 58 Rz. 25.

<sup>38</sup> Vgl. RPW 1997/2, S. 147.

<sup>39</sup> Pressemitteilung vom 31. Oktober 1997.

<sup>40</sup> Vgl. aber die Ausführungen zum Kooperationsabkommen mit Japan, Rz. 29.

<sup>41</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, abgeschlossen am 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (Luftverkehrsabkommen, LVA, SR 0.748.127.192.68).

ner engen Zusammenarbeit zwischen den Organen der Gemeinschaft und den schweizerischen Behörden Rechnung getragen werden.

37. Welche Tragweite diesen Bestimmungen zukommt, insbesondere ob Art. 19 LVA eine genügende gesetzliche Grundlage für einen formellen Informationsaustausch vertraulicher Informationen darstellt, ist zur Zeit noch nicht abschliessend geklärt. Es ist zudem offen, inwiefern Art. 19 LVA bindenden (verpflichtenden) Charakter zukommt. Immerhin kann er allgemein als eine gesetzliche (völkerrechtliche) Grundlage für eine internationale Zusammenarbeit zwischen den in- und ausländischen Wettbewerbsbehörden angesehen werden. Da vor den Wettbewerbsbehörden ein Anwendungsfall hängig ist (Untersuchung im Fall Zuschläge für Luftfracht) wird die Tragweite von Art. 19 LVA (i. V. m. Art. 11 Abs. 1 LVA) wohl in absehbarer Zeit geklärt werden.

### **C.3.6 Rechtshilfe**

38. Unter internationaler Rechtshilfe versteht man eine zwischenstaatliche Kooperationsform im Hinblick auf die Ausführung einer Verfahrenshandlung im Rahmen eines ausländischen Verfahrens.<sup>42</sup> Internationale Rechtshilfe kann in Zivil-, Verwaltungs- und Strafsachen geleistet werden. Als Rechtshilfe wird die Zusammenarbeit auf Stufe der Justizbehörden verstanden, im Gegensatz zur Amtshilfe, welche die Zusammenarbeit auf der Ebene von Verwaltungsbehörden bezeichnet.<sup>43</sup>

#### **C.3.6.1 In Zivilsachen**

39. Die internationalen Rechtshilfeabkommen in Zivilsachen, welche die Schweiz ratifiziert hat, kommen auch bei Wettbewerbsstreitigkeiten zur Anwendung, sofern diese vor Zivilgerichten ausgetragen werden. Wettbewerbsstreitigkeiten vor Zivilgerichten waren indessen in der Vergangenheit – soweit ersichtlich – selten. Die einschlägigen internationalen Instrumente sind das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) sowie das Haager-Übereinkommen von 1954 und die "neuen" Haager-Übereinkommen von 1965 (Zustellungsabkommen), 1970 (Beweis-aufnahmeabkommen) und 1980 (Zugang zur Rechtspflege). Die genannten Abkommen sind daher im vorliegenden Zusammenhang praktisch bedeutungslos.

#### **C.3.6.2 In Verwaltungssachen**

40. Das Kartellgesetz enthält keine gesetzliche Grundlage für die internationale Rechtshilfe im Verwaltungsverfahren. Internationale Rechtshilfeabkommen in Verwaltungssachen sind in der Schweiz ebenfalls nicht vorhanden. Die Schweiz hat zwar zwei internationale Rechtshilfeabkommen unterschrieben, das Europäische Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland vom 24. November 1977 und das Europäische Übereinkommen über die Erlangung von Auskünften und Beweisen im Ausland vom 15. März 1978, hat diese aber nicht ratifiziert.

41. In der Lehre werden hierfür insbesondere drei Gründe geltend gemacht, nämlich die unterschiedlichen Sanktionssysteme in den verschiedenen Ländern, die Informationsaustausch verhindernde nationale Rechtsnormen sowie Geschäftsgeheimnisvorbehalte.<sup>44</sup> Was das nationale Recht anbelangt, ist im vorliegenden Zusammenhang auf Art. 11b des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, in Kraft seit 1. Januar 2007) zu verwei-

---

<sup>42</sup> Vgl. KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis de droit international privé suisse*, 3. Aufl., Bern 1995, S. 295 N 671. [nouvelle éd. 2005 KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3ème édition, Berne 2005.]

<sup>43</sup> Indessen werden die beiden Begriffe in der Lehre und der Praxis nicht einheitlich verwendet.

<sup>44</sup> Vgl. MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence*, *Studies in Global Economic Law*, Bern, 2000, 233 ff.

sen, der die Zusammenarbeit der Behörden mit ausländischen Verfahrensbeteiligten bis zu einem gewissen Grad erleichtert. Art. 11b VwVG sieht vor, dass Parteien mit Sitz bzw. Wohnsitz im Ausland den schweizerischen Behörden im Verwaltungsverfahren ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen haben.

### C.3.6.3 In Strafsachen

42. Die Rechtshilfe in Strafsachen ist zunächst innerstaatlich im IRSG<sup>45</sup> geregelt. Gemäss Art. 1 IRSG gilt das Gesetz für alle Verfahren der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Strafsachen, insbesondere für die Auslieferung strafrechtlich verfolgter oder verurteilter Personen, für die Rechtshilfe zur Unterstützung eines Strafverfahrens im Ausland, für die stellvertretende Verfolgung und Ahndung strafbarer Handlungen und für die Vollstreckung ausländischer Strafentscheide. Voraussetzung ist, dass nach dem Recht des ersuchenden Staates der Richter angerufen werden kann.<sup>46</sup>

43. Straftaten, die auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet sind oder *handels- und wirtschaftspolitische Massnahmen* verletzen, fallen jedoch nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes. Art. 3 Abs. 3 IRSG präzisiert diesen Grundsatz ausdrücklich: Einem Ersuchen wird nicht entsprochen, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint oder Vorschriften über währungs-, *handels- oder wirtschaftspolitische Massnahmen* verletzt. Jedoch kann einem Ersuchen um Rechtshilfe nach dem dritten Teil des Gesetzes entsprochen werden, wenn Gegenstand des Verfahrens ein Abgabebetrag ist.

44. Diese Bestimmung wirft die Frage auf, ob wettbewerbsrechtliche Verfahren „handels- oder wirtschaftspolitische Massnahmen“ im Sinne des IRSG darstellen oder nicht. Der Botschaft zum IRSG ist dazu zu entnehmen, dass das Wettbewerbsrecht tatsächlich wirtschaftspolitischen Charakter aufweise.<sup>47</sup> Diese Aussage wurde vom BJ in seiner Wegleitung zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen übernommen.<sup>48</sup> Das BJ nimmt in dieser Wegleitung den Standpunkt ein, dass der Vorbehalt der wirtschaftspolitischen Massnahmen im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 IRSG immer dann zum Tragen komme, wenn Gegenstand des ausländischen Verfahrens eine Tat sei, welche Steuer-, Zoll- oder Währungsvorschriften verletze oder gegen handels- oder wirtschaftspolitische Vorschriften, „zum Beispiel Antitrustrecht“, verstosse.

45. Ungeachtet dessen könnte die Schweiz die Rechtshilfe wohl auch gestützt auf Art. 1a IRSG mit der Begründung ablehnen, es stünden wesentliche nationale Interessen auf dem Spiel. Damit ist nach wie vor davon auszugehen, dass das IRSG auf wettbewerbsrechtliche Fragen keine Anwendung findet.

46. Weiter ist im internationalen Kontext auf das EUeR<sup>49</sup> zu verweisen. Für die Schweiz ist dieses Übereinkommen am 20. März 1967 in Kraft getreten. Es gibt dazu zwei Zusatzproto-

---

<sup>45</sup> Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, SR 351.1.

<sup>46</sup> Hinsichtlich der Rechtshilfe zwischen der Schweiz und den USA gilt das Anwendungsgesetz zum Rechtshilfevertrag mit den USA vom 3.10.75 (BG-RVUS; SR 351.93 115). Der Hauptunterschied zum IRSG besteht darin, dass im Verhältnis zur USA stets eine Zentralstelle beim BJ für die Rechtshilfe zuständig ist. Auch das Verfahren weicht von demjenigen des IRSG ab. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs enthält Art. 2 Abs. 1 lit. c (4) und (5) RVUS jedoch ähnliche Beschränkungen bezüglich der Rechtshilfe wie das IRSG. Im Gegensatz zum IRSG ist in Art. 2 Abs. 1 lit. c (4) ausdrücklich festgehalten, dass der Vertrag nicht anwendbar ist auf Ermittlungen oder Verfahren zum Vollzug von *Kartell- oder Antitrustgesetzen*.

<sup>47</sup> Vgl. Botschaft zum IRSG vom 8. März 1976; BBl 1976 II 455; unter Verweis auf FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 276.

<sup>48</sup> Bundesamt für Justiz, Die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 8. Aufl., 1998, 10.

<sup>49</sup> Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959, SR 0.351.1.



kolle: Das erste ist für die Schweiz nicht anwendbar; es wurde zwar unterzeichnet, jedoch nicht ratifiziert.<sup>50</sup> Das zweite Zusatzprotokoll hingegen ist für die Schweiz am 1. Februar 2005 in Kraft getreten.<sup>51</sup>

47. Das EUeR regelt nur die Beweiserhebung, enthält aber keine Grundlage für die Sicherstellung und Einziehung von Vermögenswerten. In diesem Rahmen umfasst der Anwendungsbereich des EUeR alle Verfahren über strafbare Handlungen, zu deren Verfolgung in dem Zeitpunkt, in dem um Rechtshilfe ersucht wird, die Justizbehörden des ersuchenden Staates zuständig sind (Art. 1 Abs. 1 EUeR). Es findet keine Anwendung auf Verhaftungen, die Vollstreckung verurteilender Erkenntnisse sowie auf militärische strafbare Handlungen, die nicht nach gemeinem Recht strafbar sind (Art. 1 Abs. 2 EUeR).

48. Das Abkommen behält jedoch das Recht der Staaten vor, für politische und fiskalische Delikte keine Rechtshilfe zu gewähren (Art. 2 lit. a EUeR). Das EUeR sieht indessen nur eine fakultative Ablehnungsmöglichkeit vor (Art. 2 lit. a EUeR). Es schliesst im Gegensatz zum IRSG diese Delikte nicht aus, sondern überlässt den Entscheid hierüber den Vertragsstaaten.

49. Auch im Anwendungsbereich des EUeR kommt es letztlich auf die Auslegung des Begriffes der „(wirtschafts-)politischen Delikte“ an. Das Übereinkommen hindert die Schweiz grundsätzlich nicht daran, diesen Begriff „zeitgemäss“ unter Berücksichtigung der Entwicklung des Rechtes zu sehen. Daher dürfte der Schluss zulässig sein, dass Wettbewerbsverstösse nicht als „(wirtschafts-)politische Delikte“, sondern als „normale“ Verletzungen der Rechtsordnung zu gelten haben, womit Rechtshilfe an sich sowohl nach EUeR als auch nach IRSG nicht ausgeschlossen wäre.

## **C.4 Die Zusammenarbeit einschränkende Bestimmungen**

### **C.4.1 Verbotene Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB)**

50. Art. 271 StGB<sup>52</sup> verbietet unter Strafandrohung, dass jemand ohne Bewilligung Handlungen für einen fremden Staat auf dem Gebiet der Schweiz vornimmt. Der Adressatenkreis der Bestimmung ist weit gefasst, sowohl Schweizer wie auch Ausländer, Privatpersonen, Behördenvertreter (Beamte) etc. umfassend.<sup>53</sup> Primärer Adressat ist indessen ein fremder Staat (auch internationale Organisationen), d. h. durch seine Behörden und Beamten han-

---

<sup>50</sup> Ausdrücklich vorgesehen ist aber die Rechtshilfe bei Fiskalsachen im Zusatzprotokoll Nr. 99 vom 17. März 1978.

<sup>51</sup> SR 0.351.12.

<sup>52</sup> Art. 271 StGB lautet wie folgt: Wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, wer solche Handlungen für eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslandes vornimmt, wer solchen Handlungen Vorschub leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. Art. 299 StGB stellt das Korrelat zu Art. 271 StGB dar. Als unerlaubt gilt jede Amtshandlung auf ausländischem Boden, für die keine gültige Bewilligung erfolgt ist. Durch Gewährung internationaler Rechtshilfe kann hingegen die Rechtmässigkeit wieder hergestellt werden. Diese Bestimmung muss insofern relativiert werden, als zur Erfüllung des Tatbestandes die faktische Beeinträchtigung der ausländischen Gebietshoheit überdurchschnittliche Bedeutung zukommen muss. Blosser Telefonate mit ausländischen Auskunftspersonen genügen nicht, sofern diese auf freiwilliger Basis seitens der Auskunftsperson vorgenommen werden. Vgl. zum Ganzen OMLIN, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, 2003, Rz. 13 zu Art. 299 StGB.

<sup>53</sup> Vgl. HOPF, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, 2003, Rz. 7 zu Art. 271 StGB; TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., 2005, Rz. 1 f. zu Art. 271 StGB.

delnd.<sup>54</sup> Damit fallen auch ausländische Wettbewerbsbehörden in Betracht. Die fraglichen Handlungen sind meistens für einen ausländischen Zivil- oder Strafprozess bestimmt, mithin für ein fremdes staatliches Verfahren (vgl. BGE 114 IV 128).

51. Die Bestimmung steht unter einem Erlaubnisvorbehalt („ohne Bewilligung [...]“). Zuständig zur Erteilung der Bewilligung sind die Bundeskanzlei und die Departemente in ihren jeweiligen Bereichen.<sup>55</sup> Diese überlassen die Ausübung der Kompetenz in der Regel den betroffenen Bundesämtern (vgl. Art. 31 Abs. 1 RVOV).<sup>56</sup> Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung sind dem Bundesrat zu unterbreiten (Art. 31 Abs. 2 RVOV). Bei wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten hält sich grundsätzlich das Sekretariat der WEKO für die zuständige Verwaltungseinheit. In der Vergangenheit haben indessen sowohl das Sekretariat der WEKO als auch das SECO Bewilligungen erteilt.

52. In der Praxis kommt dieser Bewilligungsvorbehalt allerdings kaum zum Tragen. In den wenigen Fällen ging es hauptsächlich darum, dass ein schweizerisches Unternehmen für Auskünfte von einer ausländischen Wettbewerbsbehörde direkt oder über die schweizerischen Wettbewerbsbehörden angefragt wurde (in der Regel ohne Androhung von Sanktionen). Das Sekretariat der WEKO erteilte in diesen Fällen entweder die Bewilligung oder leitete die Anfrage nach Rücksprache mit dem BJ an das Unternehmen und die entsprechenden Antworten an die ausländische Wettbewerbsbehörde weiter.

53. Indessen ist nach wie vor nicht restlos geklärt, ob das Einholen von Informationen durch ausländische Behörden mittels eines Fragebogens – zumindest wenn dieser nicht mit der Androhung von Zwangsmassnahmen verbunden ist – überhaupt vom Tatbestand von Art. 271 StGB erfasst wird.<sup>57</sup> Die Anwendung von Art. 271 StGB erscheint aber auch in der Rechtswirklichkeit überholt zu sein, da kein Anwendungsfall von Art. 271 StGB im Bereich des Wettbewerbsrechts bekannt geworden ist – obwohl die betroffenen Unternehmen dem Vernehmen nach die von ihnen verlangten Auskünfte in der Regel ohne weiteres erteilen. Soweit sich die Auskunftsbegehren an Dritte und nicht an betroffene Unternehmen, die mutmasslich an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt sind, richtet, erscheint dieses Vorgehen somit unproblematisch.<sup>58</sup>

54. Insgesamt behindert die geltende Rechtslage zumindest faktisch dennoch weitgehende (gegenseitige) Hilfeleistungen in Verwaltungsverfahren mit in- und ausländischem Bezug. Damit wird die so genannte *positive comity*<sup>59</sup> beeinträchtigt, welche ein Tätigwerden derjenigen in- oder ausländischen Kartellbehörde gebietet, die das gewichtigere Interesse an der Aufklärung und Sanktionierung eines Falles hat. Von Art. 271 StGB nicht betroffen ist dage-

---

<sup>54</sup> Vgl. HOPF, a. a. O., Rz. 7 zu Art. 271 StGB. Art. 299 StGB enthält das analoge Verbot für die schweizerischen (Wettbewerbs-)Behörden.

<sup>55</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1); vgl. zum Ganzen auch HOPF, a. a. O., Rz. 18 zu Art. 271 StGB.

<sup>56</sup> Die Praxis geht auf den Bundesratsbeschluss vom 7. Juli 1971 über die Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über Bewilligungen nach Artikel 271 Ziffer 1 StGB zurück (vgl. BGE 106 Ib 260, 262 E.2); dieser Bundesratsbeschluss wurde seither durch Art. 30 RVOV ersetzt.

<sup>57</sup> Vgl. TRECHSEL, a. a. O., Rz. 3 zu Art. 271 StGB.

<sup>58</sup> Vgl. dazu auch die Wegleitung zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen III.A.2, abrufbar unter URL: <http://www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf.Par.0049.File.dat/wegl-ziv-d.pdf> [17.12.08], wonach die Zustellung eines Fragebogens in Zivilsachen grundsätzlich immer auf dem Rechtshilfegeweg zu erfolgen hat.

<sup>59</sup> Vgl. dazu ausführlich BUCHMANN, Positive Comity im internationalen Kartellrecht, Diss. Universität Münster, Schriftenreihe Aktuelle Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. 2, Hrsg. BLASE, Frankfurt a. M./ Sellier München 2004, § 9, S. 65 ff.

gen die so genannte *negative comity*<sup>60</sup>, die besagt, dass ein Staat bei der Durchsetzung des nationalen Rechts die Interessen betroffener Staaten berücksichtigt und abwägt, also beispielsweise auf die „unfreundliche“ extraterritoriale Durchsetzung des eigenen Rechts verzichtet. Die schweizerischen Behörden vermeiden es dementsprechend, ausländische Wettbewerbsverfahren zu behindern, beispielsweise durch die Einleitung eigener Verfahren, die mit den ausländischen Verfahren in Widerspruch geraten könnten. Allerdings setzt die Berücksichtigung der *negative comity* voraus, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden Kenntnis vom entsprechenden ausländischen Verfahren haben, was zumindest einen rudimentären Informationsaustausch voraussetzt.

#### C.4.2 Wirtschaftlicher Nachrichtendienst (Art. 273 StGB)

55. Gestützt auf das Territorialitätsprinzip ist das Tätigwerden in- und ausländischer Behörden auf fremdem Hoheitsgebiet grundsätzlich untersagt. Das schweizerische Recht stellt unter dem Titel „Wirtschaftlicher Nachrichtendienst“ (in Art. 273 StGB)<sup>61</sup> auch die Mitteilung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen durch Private unter Strafe.

56. Angriffsobjekt von Art. 273 StGB ist ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis. Diese Begriffe sind weit auszulegen, womit an den Geheimnischarakter keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.<sup>62</sup> Destinatar ist eine fremde (ausländische) Amtsstelle, aber etwa auch eine internationale Organisation (z. B. EU-Kommission).<sup>63</sup> Die Tathandlung ist bereits erfüllt, wenn das Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis zugänglich gemacht wird, d. h. wenn dem fremden Staat die Möglichkeit verschafft wird, das Geheimnis zur Kenntnis zu nehmen, ohne dass dieser das Geheimnis tatsächlich zur Kenntnis nehmen muss.<sup>64</sup>

57. Die Anwendung von Art. 273 StGB ist jedoch grundsätzlich dann ausgeschlossen, wenn die Preisgabe eines Geschäftsgeheimnisses im Rahmen einer gesetzlichen Grundlage (z. B. IRSG) gerechtfertigt ist oder – zumindest in Ausnahmefällen – wenn die ausländische Behörde den schweizerischen Geheimnistägern Nachteile für den Fall der Auskunftsverweigerung androht.<sup>65</sup> Dagegen rechtfertigt die Einwilligung des privaten Wirtschaftssubjekts die Tat grundsätzlich nicht.<sup>66</sup>

58. Im Bereich des Kartellrechts ist die Bestimmung insbesondere mit Blick auf BGE 104 IV 175 ff. von Bedeutung: Ein Mitarbeiter von Roche gab der EU-Kommission Informationen über wettbewerbsbeschränkende Praktiken seines Arbeitgebers bekannt und wurde deswegen vom zuständigen Strafrichter des fortgesetzten wirtschaftlichen Nachrichtendienstes nach Art. 273 StGB für schuldig befunden.

---

<sup>60</sup> Vgl. dazu ausführlich BUCHMANN, Positive Comity im internationalen Kartellrecht, Diss. Universität Münster, Schriftenreihe Aktuelle Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. 2, Hrsg. F. BLASE, Frankfurt a. M., Quadis Frankfurt a. M./ Sellier München 2004, § 8, S. 59 ff.

<sup>61</sup> Diese Bestimmung lautet: „Wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis auskundschaftet, um es einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich zu machen, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. Mit der Freiheitsstrafe kann Geldstrafe verbunden werden.“

<sup>62</sup> Vgl. TRECHSEL, a .a. O., Rz. 3 ff. zu Art. 273 StGB.

<sup>63</sup> Vgl. HOPF, a .a. O., Rz. 13 f. zu Art. 273 StGB.

<sup>64</sup> Vgl. HOPF, a .a. O., Rz. 17 zu Art. 273 StGB.

<sup>65</sup> Vgl. TRECHSEL, a .a. O., Rz. 15 f. zu Art. 273 StGB.

<sup>66</sup> Vgl. TRECHSEL, a .a. O., Rz. 14 zu Art. 273 StGB.

59. Indessen sollte die Bedeutung von Art. 273 StGB relativiert werden, denn die zunehmenden internationalen wirtschaftlichen Interdependenzen machen breite, grenzüberquerende Informationsflüsse unabdingbar. Deshalb wird in der Lehre (einhellig) für eine zurückhaltende, restriktive Auslegung und Anwendung von Art. 273 StGB plädiert.<sup>67</sup> Dies sollte auch im Bereich des Wettbewerbsrechts gelten.

## D Die Tragweite des Amtsgeheimnisses

### D.1 Die Regelung im Kartellgesetz

60. Gemäss Art. 25 Abs. 1, 2 und 4 KG sind die Wettbewerbsbehörden an das Amts- und Geschäftsgeheimnis gebunden. Sie dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten. Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG). Dass Geschäftsgeheimnisse weder an andere in- oder ausländische (Wettbewerbs-)Behörden noch an Dritte weitergegeben werden dürfen, ist unbestritten. Weniger eindeutig ist, ob verfahrensrelevante Informationen (Beweismittel, Dokumente etc.), die keine Geschäftsgeheimnisse enthalten, an andere inländische oder ausländische Behörden weitergegeben werden dürfen. Es geht hier mithin um die Frage der Tragweite des Amtsgeheimnisses.

### D.2 Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB)

61. Unterstehen Informationen dem Amtsgeheimnis, machen sich diejenigen, welche diese an Dritte weitergeben, nach Art. 320 Abs. 1 StGB strafbar. Als Dritte gelten sowohl Private (dazu gehören nicht die Verfahrensbeteiligten, welche Partei sind, da diesen unter Vorbehalt von Art. 27 VwVG das Akteneinsichtsrecht zukommt) wie auch öffentliche Institutionen (andere Behörden des Bundes und der Kantone).

62. Gemäss BGE 114 IV 44 ist ein Geheimnis im Sinne von Art. 320 StGB auch „offenbart“, wenn es einem Dritten mitgeteilt wird, der selber unter dem Amtsgeheimnis steht, ausser dies sei dienstlich gerechtfertigt (vgl. BGE 116 IV 56). Problematisch ist damit auch die Verbreitung von Geheimnissen innerhalb der Verwaltung, wobei die Weiterleitung einer Information an eine vorgesetzte Behörde bzw. die Aufsichtsbehörde grundsätzlich erlaubt sein muss.

63. Nicht strafbar ist der Täter, wenn eine unter das Amtsgeheimnis fallende Information mit schriftlicher Einwilligung (kann auch nachträglich erbracht werden) der vorgesetzten Behörde offenbart wird (Art. 320 Abs. 2 StGB). Da die WEKO von den Verwaltungsbehörden unabhängig ist (Art. 19 Abs. 1 KG), gilt das EVD grundsätzlich *nicht* als vorgesetzte Behörde, weshalb dieses die WEKO nicht vom Amtsgeheimnis entbinden kann. Das Amtsgeheimnis gilt demgemäss auch gegenüber dem EVD (analoges dürfte für die Rechtsmittelinstanzen gelten).

64. Es stellt sich daher die Frage, ob die WEKO gegebenenfalls *selbst* darüber entscheiden könnte, ob sie sich (bzw. ihr Sekretariat) vom Amtsgeheimnis entbinden will.<sup>68</sup> Ungeachtet dessen hat eine Interessenabwägung zwischen den öffentlichen Interessen sowie dem

---

<sup>67</sup> Vgl. HOPF, a .a. O., Rz. 19 zu Art. 273 StGB.

<sup>68</sup> Siehe in diesem Zusammenhang für einen Fall der EBK BGE 123 IV 157, insbesondere 160, E.1.a., wobei es in diesem Fall um die Bewilligung für eine Zeugenaussage eines Mitarbeitenden ging, die gemäss Art. 28 Abs. 3 Beamtengesetz nur unter bestimmten Voraussetzungen verweigert werden durfte.

Geheimhaltungsinteresse stattzufinden. Dem Amtsgeheimnis wird dabei einen hohen Stellenwert eingeräumt werden müssen.<sup>69</sup>

65. Als übergeordnete Behörde (vgl. Art. 8 lit. b Geschäftsreglement) würde formell die WEKO über die Entbindung des Sekretariates vom Amtsgeheimnis entscheiden. Damit wäre gewährleistet, dass die Wettbewerbsbehörden an sich selbst dann keine Verletzung des Amtsgeheimnisses begehen, wenn die betroffenen Unternehmen die Zustimmung zum Informationsaustausch verweigern oder eine solche Zustimmung nicht oder nur sehr schwierig einzuholen ist, namentlich wenn es sich um Informationen von Drittunternehmen (Mitbeteiligte an der Wettbewerbsbeschränkung oder „Opfer“) handelt, die den Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Bonusregelung zur Kenntnis gebracht werden. Ob diese Auslegung von Art. 320 StGB, welche die Entbindung vom Amtsgeheimnis weitgehend in die Kompetenz der Wettbewerbsbehörden selbst stellt, einer gesetzes-, verfassungs- und völkerrechtlichen Auslegung stand halten würde, ist jedoch offen.

## **E Lösungsansätze**

### **E.1 Weiterführung des informellen Informationsaustausches unter Mithilfe der Parteien**

66. Bis zum Abschluss eines eigenständigen bi- oder multilateralen Abkommens bzw. der Schaffung einer expliziten gesetzlichen Grundlage im Kartellgesetz könnten die Wettbewerbsbehörden versuchen, in grenzüberschreitenden Sachverhalten analog zur Zusammenschlusskontrolle vorzugehen: Soweit erhältlich eine Ermächtigung („Waiver“) zum Zweck des Informationsaustausch bei den Parteien einholen und sich im Übrigen selbst vom Amtsgeheimnis entbinden. Diese Vorgehensweise ist, wie gezeigt, mit Risiken behaftet.

### **E.2 Schaffung einer formell-gesetzlichen Grundlage**

67. Als Lösungsansatz bietet sich an, dass die Schweiz eine formell-gesetzliche Grundlage dafür schaffen würde, um ausländischen (Wettbewerbs-)Behörden Informationen zur Verfügung stellen zu können. Die Abgabe von Informationen ist allerdings an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen, so an die Prinzipien der Spezialität, der beidseitigen Widerrechtlichkeit, des Schutzes der Verfahrens- bzw. Parteirechte sowie möglichst an die Reziprozität (Gewährung von Gegenrecht). Wie vorgängig erwähnt (vgl. Rz. 24) könnte die Rechtsgrundlage für das Kartellgesetz analogen Bestimmungen schweizerischer Gesetze nachgebildet werden, wie beispielsweise den neuen Bestimmungen von Art. 21 f. Vorentwurf Vernehmlassung UWG. Die Arbeit der WEKO könnte insbesondere auch in Bezug auf den Art. 273 StGB (vgl. Rz. 55 ff.) erleichtert werden, wenn eine gesetzliche Grundlage für die Rechtfertigung der Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen geschaffen würde. Des Weiteren lohnt sich ein Blick auf die Regelung in Deutschland: Anlässlich der letzten Revision des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurden zwei neue Artikel über die internationale Zusammenarbeit eingeführt. Die erste Bestimmung (Art. 50a GWB) betrifft die Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN, European Competition Network)<sup>70</sup>, die zweite (Art. 50b GWB) die sonstige Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden. Letztere Bestimmung schafft grundsätzlich eine Basis für die internationale

---

<sup>69</sup> Vgl. z. B. BGer 1P.156/2004, E. 2.2.2.: Entbindung eines Friedensrichters vom Amtsgeheimnis nur bei Verbrechen.

<sup>70</sup> Insgesamt gab es bislang drei Fälle, in denen das Bundeskartellamt (BKartA) eine Durchsuchung für eine andere Wettbewerbsbehörde im ECN gemäss Art. 22 VO 1/03 durchgeführt hat. Eine auf Ersuchen der europäischen Kommission (KOM) und zwei weitere auf Ersuchen einer nationalen Wettbewerbsbehörde (Italien): 2004 Italien, Deutschland für Italien; 2005 KOM, Deutschland für KOM; 2006 Italien, Deutschland für Italien.

Zusammenarbeit des Bundeskartellamtes ausserhalb des ECN, einschliesslich der Übermittlung von Informationen, unter Beachtung eines strengen Spezialitätsvorbehaltes und des Schutzes vertraulicher Informationen. Kritisch ist jedoch anzumerken, dass sich, wie bisherige Erfahrungen von Deutschland zeigen, die Zusammenarbeit ausserhalb des ECN durch arbeitsaufwändige und zeitintensive Verfahren auszeichnete, was auch der Grund dafür sein dürfte, dass die Zahl der Fälle sehr überschaubar ist und in einigen Fällen Ersuchen von Rechtshilfe zwar erwogen, aber insbesondere aus verfahrensökonomischen Gründen nicht weiterverfolgt worden sind.

68. Die Frage, ob in der formell-gesetzlichen Grundlage die Reziprozität als Voraussetzung verankert werden soll, beinhaltet letztlich eine politische Wertung. Tatsächlich ist Reziprozität wünschenswert und anzustreben. So sehen beispielsweise die Kooperationsbestimmungen des Vorentwurfs Vernehmlassung UWG für die Datenbekanntgabe grundsätzlich Reziprozität vor (Art. 22 Abs. 2 lit. a), wobei jedoch Abs. 3 in Bezug auf internationale Organisationen oder ein internationales Gremium darauf verzichtet. Ebenfalls keine Reziprozität ist vorgesehen für die Zusammenarbeit i. S. v. Art. 21 Vernehmlassungsentwurf UWG. Eine einseitige Kooperation ist oft besser als gar keine Zusammenarbeit, weshalb der Grundsatz der Reziprozität in einer formell-gesetzlichen Grundlage nicht unbedingt als zwingende Voraussetzung verankert werden sollte.

### **E.3 Ausbau der internationalen Abkommen / Wettbewerbsbestimmungen in internationalen Abkommen**

69. Ein Kooperationsabkommen in Wettbewerbsfragen mit wichtigen Partnern könnte eine Grundlage für die formelle Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden schaffen, insbesondere für einen formellen Informationsaustausch. Gestützt auf ein solches Abkommen könnten die Wettbewerbsbehörden fallbezogene Informationen verlangen und weitergeben.

70. Die OECD-Empfehlung von 1995 sowie das bestehende Netzwerk von bilateralen Abkommen, insbesondere diejenigen, die von der EG mit z. B. den USA, Japan oder Kanada abgeschlossen wurden, könnten nützliche Beispiele sein. Solche Abkommen könnten auch zusammen mit Freihandelsabkommen verhandelt werden, wie es mit Japan vorgesehen ist. Dabei gilt es zu beachten, dass die Bestimmungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen (vgl. z. B. Art. 19 LVA, bilaterale Abkommen) häufig sehr rudimentär ausgestaltet und auslegungsbedürftig sind und gegebenenfalls Geheimhaltungsbestimmungen vorbehalten bleiben. Daher sollten Kooperationsabkommen oder Kooperationsbestimmungen, wenn schon, eine genaue Regelung vorsehen, die keinen oder nur wenig Auslegungsspielraum zulässt, um sicher zu stellen, dass die betroffenen Zusammenarbeitshandlungen unter dem StGB nicht strafbar sind. Gegebenenfalls wäre es auch sinnvoll zu präzisieren, ob und in welcher Form diese Informationen im Kartellverfahren als Beweismittel verwendet bzw. verwertet werden dürfen/müssen.

71. Allerdings sehen solche Empfehlungen und Abkommen noch keinen Austausch von vertraulichen Informationen vor. Aus diesem Grunde wären Kooperationsabkommen, welche jeder Vertragspartei die Übermittlung aller erforderlichen Informationen zuhanden der anderen Vertragspartei gewähren und die andere Partei damit bei der Untersuchung möglicher Verstösse unterstützen würden, vorzuziehen. Auch diese Abkommen müssten an die erwähnten Prinzipien geknüpft sein, an das Prinzip der Spezialität, der beidseitigen Widerrechtlichkeit, des Schutzes der Verfahrens- bzw. Parteirechte sowie der Reziprozität (Gewährung von Gegenrecht). Solche Kooperationsabkommen und -bestimmungen könnten den Wettbewerbsbehörden den Austausch auch von vertraulichen Informationen in konkreten Sachverhalten bezogen auf sämtliche weiteren wettbewerbsrechtlichen Bereiche ermöglichen. Sie würden die gegenseitige Koordination zwischen den in einem gleichen Sachverhalt ermittelnden Wettbewerbsbehörden verbessern, das Risiko von Divergenzen verschiedener Entscheide verringern und die Entscheiderledigung effizienter gestalten.

## **F Beantwortung der grundsätzlichen Fragen – Zusammenfassung**

### **F.1 Wie weit können die Wettbewerbsbehörden ohne Abkommen mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten?**

72. Die internationale Zusammenarbeit ist begrenzt auf einen *informellen Informationsaustausch* im Rahmen von internationalen Gremien (OECD), bilateralen Treffen (Tagungen) oder sonstigen Kontakten (Telefongespräche, informelle Treffen, Praktika etc.). Dieser Informationsaustausch erfolgt grundsätzlich jedoch losgelöst von konkreten Fällen und erlaubt keinen Austausch von vertraulichen Informationen.

73. Im Bereich des „*nichtstreitigen Verfahrens*“ (Zusammenschlusskontrolle) kann in der Praxis eine darüber hinausgehende Zusammenarbeit erfolgen (so genannter „*Waiver*“), da die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine Ermächtigung für einen entsprechenden Informationsaustausch in der Regel ohne weiteres erteilen. Dies liegt letztlich in ihrem eigenen Interesse, da das Verfahren dadurch schneller zum Abschluss gebracht werden kann (der überwiegende Teil dieser Verfahren wird durch Gutheissung des Zusammenschlussvorhabens abgeschlossen). Anders verhält es sich in den Verfahren zur Feststellung von Wettbewerbsbeschränkungen, namentlich wenn sie mit der Verhängung *direkter Sanktionen* verbunden ist (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG). Hier sind die Unternehmen grundsätzlich nicht gewillt, eine entsprechende Bewilligung zu erteilen, da sie in der Regel kein Interesse an der Beschleunigung des Verfahrens haben und der Anreiz besteht, das Beweisverfahren zu erschweren. Selbst im Falle der freiwilligen Kooperation im Rahmen der Bonusregelung kann sich eine solche Bewilligung grundsätzlich nur auf Informationen des Unternehmens selbst, nicht aber auf solche von Dritten beziehen.

74. Einem (vollumfänglichen) Informationsaustausch könnten *strafrechtliche Bestimmungen* (insbesondere Art. 271, verbotene Handlungen für einen fremden Staat, Art. 273 StGB, wirtschaftlicher Nachrichtendienst, Art. 320 StGB, Amtsgeheimnisverletzung) entgegenstehen, wobei deren Bedeutung und Tragweite für Wettbewerbsfragen nicht restlos geklärt ist. Mangels einer gesetzlichen (völkerrechtlichen) Grundlage ist ein Informationsaustausch, der über informelle Kontakte hinausgeht, zwischen den in- und ausländischen Wettbewerbsbehörden zumindest heikel, wenn nicht gar ausgeschlossen.

### **F.2 Wäre ein Ausbau der internationalen Abkommen für die tägliche Arbeit förderlich? Was wäre hierzu nötig?**

75. Auf internationaler Ebene ist ein *Trend* zur Intensivierung der internationalen Zusammenarbeit zu beobachten. 2001 bzw. 2003 wurden das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN, European Competition Network) und das International Competition Network (ICN) eingesetzt. Zudem haben im Laufe der vergangenen fünfzehn Jahre mehrere OECD-Länder bilaterale Zusammenarbeitsabkommen abgeschlossen. Eine solche Intensivierung ist die Folge eines grösseren Bedürfnisses nach Kooperation, welches auch in der Schweiz besteht. In Zukunft dürfte – nicht zuletzt als Resultat der Bonusregelung – der Druck zum Informationsaustausch zwischen in- und ausländischen (Wettbewerbs-)Behörden sowie der Druck auf die Unternehmen zur freiwilligen Kooperation, Auskunftserteilung und Ausstellung entsprechender Ermächtigungen steigen. Ein klarer Rahmen für die Zusammenarbeit würde auch den Aufwand für die Wettbewerbsbehörden im Falle grenzüberschreitender Wettbewerbsbeschränkungen im Vergleich zur heutigen Situation reduzieren und dank einem (schnelleren) Zugang zu relevanten Informationen oder dank der Koordination der Verfahren die Effizienz der Arbeit erhöhen. Aus einer juristischen und wettbewerbspolitischen Perspektive wäre der Ausbau der internationalen Abkommen umso wichtiger, weil die Schweiz nicht als Mitglied am Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) partizipiert und keine Rechtshilfeabkommen in Verwaltungssachen abgeschlossen hat.

76. Internationale Abkommen könnten daher die notwendige gesetzliche Grundlage schaffen, um die Zusammenarbeit auf eine solide Grundlage zu stellen. Dabei müssten gewisse *Grundsätze* beachtet werden: Es müssten Prioritäten in der Partnerwahl gesetzt werden. Im Vordergrund sollen Kooperationsabkommen mit den wichtigsten Handelspartnern, insbesondere der EU, stehen. Ein solches Abkommen müsste die Grundlage für eine Zusammenarbeitsmöglichkeit der Wettbewerbsbehörden schaffen, die auch den Austausch vertraulicher Informationen umfasst. Voraussetzungen sind *erstens* das Prinzip der Spezialität (nur Informationen im Zusammenhang mit den im Abkommen bezeichneten wettbewerbsrechtlichen Verfahren sind betroffen)<sup>71</sup>, *zweitens* das Prinzip der beidseitigen Widerrechtlichkeit der in Frage stehenden Verhaltensweisen (heute zwischen den meisten OECD-Staaten sowie der EU und der Schweiz weitgehend gegeben) und *drittens* der Schutz der Verfahrens- bzw. Parteirechte (den Beteiligten dürfen wegen der Zusammenarbeit keine Beschränkungen des Rechtsschutzes erwachsen).

77. Um die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden zu fördern, sind mit den wichtigsten Handelspartnern (dabei steht die EU im Vordergrund) *Kooperationsabkommen* abzuschliessen, welche auch den Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden in konkreten Fällen ermöglichen. Bei der Aushandlung von Freihandelsabkommen sind in diesem Sinne jeweils die Möglichkeiten zum Ausbau der Zusammenarbeit in Wettbewerbsfragen zu prüfen.

78. Damit der Austausch von vertraulicher Informationen auch mit den (Wettbewerbs-)Behörden derjenigen Länder, mit welchen keine solchen Abkommen bestehen, stattfinden kann, ist ausserdem im Kartellgesetz eine *formell-gesetzliche Grundlage* einzuführen, welche die Abgabe von Informationen an ausländische Behörden vorsieht<sup>72</sup>. Diese Abgabe ist allerdings an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen, so an die erwähnten Prinzipien der Spezialität, der beidseitigen Widerrechtlichkeit, des Schutzes der Verfahrens- bzw. Parteirechte sowie möglichst an die Reziprozität (Gewährung von Gegenrecht). Die Einführung der beiden von einander unabhängigen, sich aber ergänzenden Instrumente ermöglicht es, die dringend notwendige Kooperation in der internationalen Bekämpfung von grenzüberschreitenden Wettbewerbsverstössen zu erreichen.

79. Ein Informationsaustausch zwischen in- und ausländischen Wettbewerbsbehörden ist mit zusätzlichem *Aufwand* (Ressourcen) verbunden. Dieser dürfte allerdings mehr als kompensiert werden, da der Aufwand für eine anderweitige Informationsbeschaffung (Beweiserhebung) reduziert würde.

---

<sup>71</sup> Kooperationsabkommen sollten genaue Regelungen vorsehen, die keinen oder nur wenig Auslegungsspielraum zulassen. Sie sollten den Umfang und die Grenzen des Austausches vorschreiben.

<sup>72</sup> Mehrere Gesetze sehen solche Lösungen schon vor (z. B. Bundesgesetze über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen, über den internationalen Kulturgütertransfer sowie das sich aktuell in der Vernehmlassung befindende Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb).