



Arbeitssitzung Studienvereinigung Kartellrecht / IWR Universität Bern,
12. Juni 2015

Grenzüberschreitende Auskunftsbegehren von Wettbewerbsbehörden

Boris Wenger



FRORIEP

ZURICH | GENEVA | ZUG | LAUSANNE | LONDON | MADRID



ÜBERBLICK

- Mittel der grenzüberschreitenden Beweiserhebung durch Wettbewerbsbehörden
- Auskunftsverlangen ins Ausland
 - Hoheitlich
 - Nicht-hoheitlich
- Auskunftsverlangen zu ausländischem Sachverhalt an inländische Konzerngesellschaft
- Schweizerische «blocking statutes»
 - StGB 271
 - StGB 273
 - DSG 6
- «comity»-Analyse
- Fazit

MITTEL DER GRENZÜBERSCHREITENDEN BEWEISERHEBUNG

- «Positive Comity»-Ersuchen an ausländische Behörden
- Erhebung bei ausländischer Behörde gestützt auf Waiver der Parteien
- «Hoheitliche» Auskunftsverlangen ins Ausland (sanktionsbewehrt)
- Einfache Auskunftsverlangen ins Ausland (nicht sanktionsbewehrt)
- Im Inland durchgesetzte Erhebung «ausländischer» Beweise
 - Auskunftsverlangen zu ausländischem Sachverhalt an inländische Konzerngesellschaft
 - «Tag along»-Auskunftsverlangen an inländische Konzerngesellschaft («Übermittlung aller Informationen/Unterlagen, die an Drittbehörden mitgeteilt wurden»)
 - Befragung von Personen mit Sitz im Inland zu ausländischem Sachverhalt
 - Externer Zugriff auf ausländische Server bei HD

AUSKUNFTSVERLANGEN INS AUSLAND (1/2)

- «Hoheitliche» Auskunftsverlangen (sanktionsbewehrt)
 - Auskunftsverlangen der EU-Kommission (Art. 18 VO 1/2003) ⇒ wird von WEKO gemäss Notenaustausch innert 10 Tagen an Schweizer Partei zugestellt
 - Auskunftsverlangen von Drittstaaten: nur auf diplomatischem Weg an Schweizer Partei zustellbar
 - Auskunftsverfügungen der WEKO (Art. 40 KG)
 - nur auf diplomatischem Weg an ausländische Partei zustellbar
 - Stand bilaterale Abkommen mit EU-Mitgliedstaaten? Vgl. Absichtserklärung im Notenaustausch

AUSKUNFTSVERLANGEN INS AUSLAND (2/2)

- Einfache Auskunftsverlangen (nicht sanktionsbewehrt)
 - Werden praxisgemäss direkt an ausländische Partei zugestellt (vgl. Notenaustausch)
 - Können folgenlos ignoriert werden
 - Aber: Anschein einer Beantwortungspflicht in WEKO-Fragebogen? Falls ja: Umgehung des Erfordernisses einer gesetzlichen/staatsvertraglichen Grundlage für Informationsaustausch mit ausländischen Behörden

“You are kindly requested to respond to this questionnaire. Your detailed reply to the questions below is of great importance for the proper assessment of our case. [...] Important: Please provide two versions of your reply: a) a confidential version and b) a non-confidential version which excludes business secrets or other confidential information. Please indicate the date and sign your answers.”

- Lückenhafte Daten zum Rücklauf (vgl. *Ascopa, Nikon*)
- Gefahr eines verzerrten Beweisbilds bei geringem Rücklauf
- Zu notifizierende “Durchsetzungsmaßnahme, die wichtige Interessen der anderen Vertragspartei berühren könnte” (Art. 3 Zusammenarbeitsabkommen Schweiz/EU)?

AUSKUNFTSVERLANGEN ZU AUSLÄNDISCHEM SACHVERHALT AN INLÄNDISCHE KONZERNGESELLSCHAFT

- Schweiz:
 - Verpflichtung einer Schweizer Tochter zur Edition von in UK belegenen Kommunikationen ist rechtmässig / keine aufschiebende Wirkung (Zwischenverfügung BVGer i.S. *ICAP*, RPW 2013/3, 441)
 - Kriterien gemäss Art. 46 VwVG (nicht wiedergutzumachender Nachteil; Abwägung des privaten Interesses an Vermeidung einer Verletzung ausländischen Datenschutzrechts und des öffentlichen Interesses an rascher Untersuchung)
 - Fehlende «comity»-Analyse
 - Nicht auf EuGH-Konzept der «economic unit» gestützt
- EU:
 - Entspricht gängiger Praxis der Kommission
 - Bisher keine Gerichtspraxis (vgl. zurückgezogene Beschwerden T-8/98 *Siderca/SAID* und T 140/07 *CMO*)

SCHWEIZERISCHE «BLOCKING STATUTES» (1/5)

- **StGB 271 Verbotene Handlungen für einen fremden Staat**
 - Täter: Schweizer und Ausländer, Privatpersonen und Beamte
 - Tathandlung (vgl. insb. BGE 114 IV 128):
 - Direkte Zustellung amtlicher Mitteilungen mit Rechtswirkungen ausserhalb der Rechts- bzw. Amtshilfe
 - Private Beweiserhebung in Zivil- und Strafsachen (z.B. mündliche Befragung von Zeugen durch ausländische Beamte oder Anwälte), selbst wenn auf Ersuchen einer ausländischen Behörde (relativierend: ZR 2005, Nr. 62, 233)
 - i.d.R. zulässig: direkte Zustellung der Aufforderung, ein ausländisches Zustellungsdomizil zu bezeichnen
 - i.d.R. zulässig: bloss prozessvorbereitende Erhebungen, falls keine Verwertung als Beweismittel
 - i.d.R. zulässig: freiwillige Weiterleitung von Urkunden ins Ausland
 - unklar: Weiterleitung von Informationen/Unterlagen ins Ausland auf Begehren einer ausländischen Behörde

SCHWEIZERISCHE «BLOCKING STATUTES» (2/5)

[StGB 271 Verbotene Handlungen für einen fremden Staat]

- Fällt die **Zustellung** unter Art. 271 StGB?
 - Zustellung ausländischer Auskunftsverlangen via WEKO:
 - Hoheitliche Auskunftsverlangen der EU-Kommission: generelle Zustellungsbewilligung (WBF-Notiz)
 - Hoheitliche Auskunftsverlangen seitens EU-Mitglied- oder Drittstaaten: von WBF-Notiz nicht erfasst
 - Direkte Zustellung nicht-hoheitlicher Auskunftsverlangen ausländischer Behörden: von Art. 271 StGB nicht erfasst (WBF-Notiz)

SCHWEIZERISCHE «BLOCKING STATUTES» (3/5)

- *[StGB 271 Verbotene Handlungen für einen fremden Staat]*
- Fällt die **Beantwortung** unter Art. 271 StGB?
 - Beantwortung eines ausländischen Auskunftsbegehrens:
 - Hoheitliche Begehren: Beantwortung **von WBF-Notiz nicht erfasst** – beschwerdefähige Einzelbewilligung von WBF erhältlich (Art. 271 Abs. 1 StGB / Art. 31 Abs. 1 RVOV)
 - Nicht-hoheitliche Begehren der EU-Kommission: Beantwortung «bedarf keiner Bewilligung» (WBF-Notiz)
 - Andere nicht-hoheitliche Begehren: Beantwortung kann u.U. tatbestandsmässig sein und ist **von WBF-Notiz nicht erfasst** – unklar, ob Einzelbewilligung erhältlich
 - Kriterien Einzelbewilligung (nicht öffentlich kommuniziert):
 - Wahrung der Verteidigungsrechte / Ermöglichen freiwilliger Kooperation
 - Keine Beeinträchtigung der Souveränität der Schweiz
 - Keine Verletzung wirtschaftspolitischer Interessen eines Drittstaats
 - Keine Auskunft über das für das ausländische Verfahren erforderliche Mass
 - Weitere?

SCHWEIZERISCHE «BLOCKING STATUTES» (4/5)

- **StGB 273 Wirtschaftlicher Nachrichtendienst**
 - Unklares Merkmal des schutzwürdigen Wirtschaftsgeheimnisses: Erforderlich sind (i) volkswirtschaftliches Interesse und (ii) Bezug zur Schweiz
 - Richtlinien Bundesanwaltschaft: Auskunft ins Ausland erfüllt Tb, falls (i) gesamtschweizerisches Geheimhaltungsinteresse oder (ii) Geheimhaltungsinteresse eines Dritten
 - Einwilligung in Bekanntgabe von eigenen Geheimnissen ist wirkungslos (Schutzgut Volkswirtschaft)
 - Notstand durch sanktionsbewehrte Auskunftsverlangen? bisher i.d.P. nicht anerkannt
 - Weder Art. 42b KG noch WBF-Notiz schliessen Tatbestandsmässigkeit aus
 - Unbefriedigende Situation:
 - Unklare Anwendung des Tb auf Beantwortung von Auskunftsbegehren
 - Fehlende Praxis
 - Keine Bewilligung erhältlich

SCHWEIZERISCHE «BLOCKING STATUTES» (5/5)

- **DSG 6 Grenzüberschreitende Bekanntgabe**
 - Gemäss EDÖB kein angemessener Schutz von Personendaten juristischer Personen im Ausland
 - Personendaten: «Angaben, die sich auf bestimmte/bestimmbare Person beziehen»
 - Bekanntgabe von eigenen Daten ins Ausland: implizite Einwilligung
 - Bekanntgabe von Daten von Konzerngesellschaften ins Ausland:
 - Konzerngesellschaften gelten als Dritte (Anknüpfung an juristischer Person)
 - Falls keine Einwilligung:
 - Im überwiegenden öffentlichen Interesse der Schweiz?
 - Für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen *vor Gericht unerlässlich?*

VERMEIDUNG VON KONFLIKTEN (NEGATIVE COMITY)

- Prüfung von «blocking statutes» durch ausländische Behörde / Rechtsmittelinstanz
 - Vorfrage: Anwendbarkeit des «blocking statute»
 - Falls anwendbar: «comity»-Analyse
- Prüfung im Inland durchgesetzter Erhebung «ausländischer» Beweise durch inländische Rechtsmittelinstanz
- Grundlagen einer «comity»-Analyse:
 - Verfassungsrechtliche Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts (Art. 5 Abs. 4 BV; Art. 27 Wiener Vertragsrechtskonvention)
 - Elemente der «comity»-Analyse:
 - Art. 5 Abs. 3 Zusammenarbeitsabkommen Schweiz/EU; Art. 103 ff. Freihandelsabkommen Schweiz/Japan; etc.
 - Vgl. auch 1995 DOJ/FTC Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (Section 3.2)
 - Denkbare Ergebnis: Reduktion bzw. kompletter Verzicht auf Auskunftsbegehren

FAZIT

- Notenaustausch ermöglicht der EU-Kommission, ihre Auskunftsverlangen in der Schweiz durchzusetzen
- WEKO neben Informationsaustausch mit EU-Kommission weiterhin auf inländische Durchsetzung bzw. auf nicht sanktionsbewehrte Fragebogen ins Ausland angewiesen
- BVGer schützt Im Inland durchgesetzte Erhebung «ausländischer» Beweise
- Anwendbarkeit schweizerischer «blocking statutes» auf Beantwortung ausländischer Auskunftsbegehren trotz WBF-Notiz weiterhin unklar
- Bisher in der Praxis weitgehendes Fehlen einer «comity»-Analyse



VIELEN DANK!

Boris Wenger
Froriep
Bellerivestrasse 201
8034 Zürich
bwenger@froriep.ch
D +41 44 386 61 72

