

Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen

Erste Erfahrungen und Lehren

Seite 2

Dawn Raids und Anwaltsgeheimnis

Aktueller Stand

Seite 5

Das Praxisteam Kartellrecht/Dawn Raids stellt sich vor

Seite 7



Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen (Dawn Raids): Prävention und gute Vorbereitung lohnen sich!

Seit dem Jahre 2004 gilt in der Schweiz ein verschärftes Kartellrecht. Dieses erlaubt einerseits die **direkte Sanktionierung** kartellrechtswidriger Praktiken wie z.B. Preisabsprachen oder Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und hat andererseits die Grundlage für die **Durchführung unangekündigter Hausdurchsuchungen** (Dawn Raids) geschaffen.

Die Schweizerische Wettbewerbskommission (WEKO) hat als zuständige Behörde von den neuen Regelungen und Kompetenzen bereits intensiv Gebrauch gemacht: So wurden in Einzelfällen **Bussen in dreistelliger Millionenhöhe** (noch nicht rechtskräftig) verhängt; auch ist die WEKO in zahlreichen Fällen mit einem Durchsuchungsbefehl bei Unternehmen vorstellig geworden. Diese Entwicklung wird sich in Zukunft fortsetzen.

Mit dem vorliegenden Flash möchten wir Sie über kartellrechtliche Probleme und Fragestellungen im Zusammenhang mit Dawn Raids informieren und sensibilisieren. Die massgeblichen Themen werden am Beispiel der WEKO dargelegt. Sie gelten aber gleichermassen **in anderen Bereichen** wie etwa bei Untersuchungen durch Aufsichtsbehörden (z.B. Swissmedic oder Eidgenössische Bankenkommission), Steuerbehörden oder generell Strafuntersuchungsbehörden.

In all diesen Fällen ist es für ein betroffenes Unternehmen zentral, **gut gewappnet** zu sein, um nicht von einer Hausdurchsuchung überrascht zu werden. Bei ungenügender Vorbereitung kann eine solche Durchsuchung **schwerwiegende Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb und das Image** eines Unternehmens mit sich bringen.

Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen – Erste Erfahrungen und Lehren

Eine neue Untersuchungsmassnahme in der Schweiz

Während im Ausland kartellrechtliche Hausdurchsuchungen seit längerem üblich sind, wird damit in der **Schweiz Neuland** betreten: Die ersten Hausdurchsuchungen fanden im Jahr 2006 statt und betrafen Unternehmen im Luftfrachtgeschäft. Seither wurden weitere Hausdurchsuchungen durchgeführt bei Unternehmen im Bereich der Produktion von Baubeschlägen für Fenster und Türen, des Transport- und Logistikbereichs, der Elektroinstallation sowie unlängst im Bereich der Produktion von Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen. Neue gesetzliche Rahmenbedingungen, aber auch die jüngste Praxis der Wettbewerbsbehörde, lassen erahnen, dass sich kartellrechtliche Hausdurchsuchungen als Mittel **etablieren werden**, um gegen unzulässiges Wettbewerbsverhalten vorzugehen.

Sämtliche Wirtschaftszweige – Produktion, Handel und Dienstleistungen – können von kartellrechtlichen Hausdurchsuchungen betroffen sein. Ebenso können sowohl **multinationale Konzerne als auch lokale KMU** ins Visier der Wettbewerbsbehörden geraten. Die Gründe, die zu einer Hausdurchsuchung führen, sind sehr unterschiedlich: Denkbar sind beispielsweise die Selbstanzeige eines involvierten Unternehmens, das von der Kronzeugenregelung profitieren will, die Anzeige durch einen (ehemaligen) Mitarbeiter oder die Klage eines Lieferanten, Kunden oder Konkurrenzunternehmens.

Meist ist eine bevorstehende Hausdurchsuchung für das betroffene Unternehmen nicht vorhersehbar und kann **weitreichende Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb** haben. Dies sollte nicht unterschätzt werden. Statt sich von der Wettbewerbsbehörde überrumpeln zu lassen, braucht es unternehmensintern klare Verhaltensregeln, um auf eine Untersuchung vorbereitet zu sein und damit den betrieblichen Schaden begrenzen zu können. Eine gute Vorbereitung erlaubt auch, ein kooperatives Klima mit dem Dawn Raid Team des Sekretariats der WEKO zu schaffen, das die Durchsuchung leitet. Bei der Festlegung einer allfälligen Busse wird **kooperatives Verhalten** grundsätzlich positiv bewertet.

Definition, rechtliche Grundlagen und Voraussetzungen

Unter dem Begriff **Dawn Raid** versteht man das unangekündigte Erscheinen des Sekretariats der WEKO zur Durchsuchung von Geschäfts- sowie Privaträumen oder Fahrzeugen der Mitarbeiter. Die Hausdurchsuchung kann sich über mehrere Stunden oder gar Tage hinziehen. Sie wird geleitet von einem Dawn Raid Team, bestehend meist aus einem Verantwortlichen des Sekretariats der WEKO, mehreren Mitarbeitern und Informatikspezialisten sowie einer kantonalen Amtsperson.

Das revidierte **Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG)**, in Kraft getreten am 1. April 2004, hat eine klare gesetzliche Grundlage für die Durchführung von Hausdurchsuchungen geschaffen (Art. 42 Abs. 2 KG). Gestützt darauf hat das Sekretariat der WEKO ein Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen herausgegeben, das insbesondere Erläuterungen im Zusammenhang mit der Rolle des Anwaltes enthält.

Unter folgenden **Voraussetzungen** kann das Sekretariat der WEKO eine Hausdurchsuchung durchführen:

- Es müssen klare **Indizien** vorliegen, die auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung hinweisen. Eine so genannte Fishing Expedition, bei der aufs Geratewohl Unterlagen sichergestellt werden, ist dagegen unzulässig;
- Es muss wahrscheinlich sein, dass in den zu untersuchenden Räumlichkeiten wichtige **Beweise aufgefunden** werden;
- Die Hausdurchsuchung muss dem Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** entsprechen, d.h. sie muss unter anderem für das betroffene Unternehmen so schonend wie möglich sein;
- Die Hausdurchsuchung muss von einem Mitglied des Präsidiums der WEKO **angeordnet** werden.

Recht auf die Anwesenheit eines Anwalts

Das von einer Hausdurchsuchung betroffene Unternehmen hat das Recht zum **Beizug eines Anwalts**. Die ersten Erfahrungen haben indessen gezeigt, dass das Sekretariat der WEKO gar nicht oder zumindest nicht lange auf das Erscheinen eines Anwaltes wartet, bevor es mit der Durchsuchung beginnt.

Demzufolge ist es für ein Unternehmen von entscheidender Bedeutung, innert kürzester Zeit auf die Dienste eines Anwalts zählen zu können. Um sich **präventiv vorzubereiten**, sollte mit einem internen und/oder externen Anwalt zusammen gearbeitet werden. Auch praktische Belange dürfen dabei nicht vernachlässigt werden, so z.B. dass das Unternehmen und der Anwalt über die erforderlichen Informationen verfügen (Situationspläne, Anfahrtswege, Telefonnummern), damit der Anwalt sofort informiert werden und sich vor Ort begeben kann. Dies setzt eine vorgängige Absprache zwischen Unternehmen und Anwalt voraus.

Durchsuchte Orte und sichergestellte Dokumente

Die **betroffene Gesellschaft** und die **Örtlichkeiten**, die Gegenstand der Durchsuchungsmass-

nahmen sein sollen, müssen aus dem Durchsuchungsbefehl ersichtlich sein. Im Innern der betroffenen Gebäude oder Fahrzeuge haben die Behörden insbesondere das Recht, Büros, Aktenschränke, Archive sowie Informatiksysteme und mobile Kommunikationsmittel (Laptop, Handy, PDA) zu durchsuchen. Damit Dokumente untersucht und beschlagnahmt werden können, müssen sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in Zusammenhang mit dem Gegenstand des eröffneten Verfahrens stehen. Der Mitarbeiter, dem die Dokumente gehören, muss das Recht haben, sich vor deren Beschlagnahmung zum Inhalt äussern zu können. Bei der Ausübung dieses Rechts darf er durch einen Anwalt begleitet und beraten werden.

Die folgenden **Dokumente** können durchsucht und sichergestellt werden:

- **Dokumente in Papierform:** Das Sekretariat der WEKO kann grundsätzlich Originaldokumente beschlagnahmen. Diese werden während mehreren Tagen oder sogar Wochen nicht verfügbar sein. Immerhin wird die Anfertigung von Kopien erlaubt, soweit der Ablauf der Hausdurchsuchung dadurch nicht behindert wird; dies ist vielfach für die Fortführung der Unternehmenstätigkeit unumgänglich. Es ist deshalb darauf zu achten, dass die erforderlichen



Kopierkapazitäten (Geräte und Personal) zur Verfügung stehen, um alle Dokumente innert nützlicher Frist zu kopieren. Möglichst früh sollte mit dem Dawn Raid Team eine Einigung darüber angestrebt werden, wann und wie die zu beschlagnahmenden Dokumente kopiert werden können.

- **Elektronische Daten:** Die Erfahrung zeigt, dass das Sekretariat der WEKO in aller Regel mit Informatikspezialisten zusammen arbeitet, welche die elektronischen Daten kopieren oder spiegeln, wodurch auch gelöschte Daten wieder lesbar gemacht werden können. Wenn dies nicht möglich ist (z.B. wegen Passwörtern, die nicht heraus gegeben werden oder nicht verfügbar sind), beschlagnahmen die Wettbewerbsbehörden die Datenträger, was unweigerlich zu erheblichen Betriebsstörungen führt. Deshalb ist es ratsam, einen Informatikmitarbeiter oder eine Person, die das Informatiksystem im Detail kennt, vor Ort zu wissen, um dem Dawn Raid Team den Zugang zu sämtlichen elektronischen Daten zu gewährleisten.
Durch eine Spiegelung elektronischer Daten können auch Dokumente, die in keinem Zusammenhang mit der Untersuchung stehen, in die Hände der WEKO gelangen. Das Unternehmen muss daher verlangen, dass **beschlagnahmte Daten bzw. Datenträger versiegelt** werden. Damit wird sichergestellt, dass diese nicht von den Wettbewerbsbehörden verwertet werden, bevor ein Richter über die Zulässigkeit der Beschlagnahme entschieden hat.
- **Dokumente interner oder externer Anwälte als Spezialfall** (z.B. ein Memorandum betreffend die kartellrechtliche Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens): Vgl. dazu den nachfolgenden Beitrag in diesem Flash.

Lehren und Zusammenfassung

Aus den bisher durchgeführten Hausdurchsuchungen können folgende Schlüsse gezogen werden:

- Eine Hausdurchsuchung erfolgt nur, wenn die Behörden über konkrete Indizien verfügen, die

auf ein unerlaubtes Verhalten hindeuten. Am besten verhindert man die Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens durch ein **griffiges unternehmensinternes Compliance System**, damit wettbewerbswidrige Abreden und Missbräuche marktbeherrschender Stellungen von vornherein vermieden werden können.

- Ein Unternehmen kann schwerwiegende Betriebsstörungen erleiden, wenn es nicht auf eine Hausdurchsuchung vorbereitet ist. Die Risiken können minimiert werden durch den **Erllass unternehmensinterner Verhaltensrichtlinien**, welche die Vorgehensweise im Falle einer Hausdurchsuchung beschreiben, und durch Vorbereitung der Mitarbeiter auf diese Situation (z.B. durch interne Schulungen und nachgestellte Dawn Raids).
- Um das Recht wahrnehmen zu können, sich während der Durchsuchung durch einen Anwalt betreuen zu lassen, muss sich das Unternehmen im Vorfeld so organisieren, dass binnen kürzester Zeit mit der Anwesenheit des Anwalts gerechnet werden kann. Hierzu ist es unabdingbar, dass das Unternehmen über die **Kontaktangaben seiner Anwälte** verfügt (Adressen, Telefonnummern). Es muss klar sein, welcher Anwalt die erste Ansprechperson ist und dieser muss über die Abläufe im Unternehmen ausreichend im Bild sein.
- Es ist erlaubt, von Originaldokumenten, die sichergestellt werden sollen, Kopien anzufertigen. Dazu muss das Unternehmen genügend organisiert und ausgerüstet sein. Es ist namentlich darauf zu achten, über die **personellen und logistischen Kapazitäten** für diese Aufgabe zu verfügen (Personal, Kopiergeräte, Informatiksupport).
- Das Unternehmen kann sich nicht hinter dem Berufsgeheimnis seiner internen oder externen Anwälte verbergen, wenn sich Dokumente im Besitze eines anderen Mitarbeiters befinden. **Sensible Daten sind daher getrennt von übrigen Daten** so aufzubewahren, dass nur der Anwalt Zugang dazu hat.

Dawn Raids und Anwaltsgeheimnis – Aktueller Stand

Bei Dawn Raids der WEKO stellt sich oft die zentrale Frage, ob und inwieweit die Korrespondenz zwischen dem untersuchten Unternehmen und seinen internen Juristen bzw. externen Anwälten beschlagnahmt werden darf. In dieser umstrittenen Frage hat das Bundesgericht jüngst einen wichtigen Entscheid gefällt, auf den hier eingegangen wird.

Restriktive Haltung der WEKO

Das Sekretariat der WEKO hat seine Position in einem Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen (abrufbar auf der Website der WEKO www.weko.admin.ch) dargelegt. Danach ist im Rahmen einer Hausdurchsuchung einzig die beim Unternehmen vorgefundene **Verteidigerkorrespondenz von der Beschlagnahme ausgenommen**. Als Verteidigerkorrespondenz gilt nur solche, welche die Verteidigung im aktuellen Verfahren zum Inhalt hat. Solche Korrespondenz liegt im Zeitpunkt der Durchführung einer Hausdurchsuchung typischerweise gerade noch nicht vor, weshalb diese Ausnahme kaum je zum Tragen kommt. Im Weiteren vertritt die WEKO den Standpunkt, das Anwaltsgeheimnis gelte nur für externe Anwälte, nicht hingegen für Unternehmensjuristen.

Legal Privilege auch für Unternehmensjuristen?

Wie die WEKO spricht sich die überwiegende Lehre in der Schweiz gegen eine Ausweitung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 des Strafgesetzbuches und der damit verbundenen Reflexwirkungen des Zeugnis- und Herausgabeverweigerungsrechts auf Unternehmensjuristen aus. In diesem Sinne hat auch die **Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts** am 14. März 2008 in einem Verfahren entschieden, das die Entsiegelung von der WEKO beschlagnahmter Akten zum Gegenstand hatte. Begründet wird diese Haltung vor allem damit, dass das anwaltliche Berufsgeheimnis nicht auf Unternehmensjuristen zugeschnitten sei, da dieses insbesondere die Kommunikation zwischen dem Klienten und seinem neutralen, unabhängigen Anwalt schützen

solle und ein Unternehmensjurist als Angestellter des Unternehmens dieses Unabhängigkeitserfordernis gerade nicht erfülle.

Das von den schweizerischen Behörden praktizierte, enge Verständnis des Anwaltsgeheimnisses erscheint von der Sache her als problematisch: Mit der Einführung direkter Sanktionen im schweizerischen Kartellrecht im Jahre 2004 geht auch eine **verstärkte Pflicht der Unternehmen zur Compliance** einher. Wirkungsvolle Compliance setzt aber entsprechende Instrumente voraus. Durch den Ausschluss der Unternehmensjuristen vom Zeugnis- und Herausgabeverweigerungsrecht wird eine ungefilterte Kommunikation mit den internen Juristen über innerbetriebliche Missstände jedoch verhindert, da das betreffende Unternehmen befürchten muss, dass die bei den Unternehmensjuristen gesammelten Informationen durch die WEKO beschlagnahmt werden können. Damit wird eine wirkungsvolle Compliance, die letztlich auch im öffentlichen Interesse läge, vereitelt. Gespannt sein darf man in diesem Zusammenhang auf die weitere Behandlung einer von den Eidgenössischen Räten erst kürzlich angenommenen Motion, die in Bezug auf das Berufsgeheimnis die Gleichstellung von Unternehmensjuristen mit freiberuflichen Anwälten verlangt.



Aktuelles Urteil des Bundesgerichts

Der erwähnte Entscheid des Bundesstrafgerichts wurde von den betroffenen Unternehmen an das Bundesgericht weitergezogen, das darüber am 28. Oktober 2008 geurteilt hat (Urteil 1B_101/2008). Der Bundesgerichtsentscheid ist mit Bezug auf das Anwaltsgeheimnis in zweierlei Hinsicht bemerkenswert:

- Einerseits bezeichnet das Bundesgericht die Frage, ob das Anwaltsgeheimnis auch für Unternehmensanwälte gelte und diesen damit ein entsprechendes Zeugnis- und Herausgabeverweigerungsrecht zustehe, als im Schrifttum umstritten und lässt diese Frage, die es bisher nicht zu beantworten hatte, auch im vorliegenden Urteil **ausdrücklich offen**. Die erwünschte höchstrichterliche Klärung dieser fundamentalen Frage steht damit weiterhin aus.
- Andererseits hält das Bundesgericht fest, dass von vornherein nur solche Unterlagen unter das Anwaltsgeheimnis fallen können, die sich im **Gewahrsam des (externen oder internen) Anwalts** befinden oder ihm ohne seinen Willen abhanden gekommen sind. Demgegenüber erstreckt sich das Legal Privilege nicht auf Unterlagen, die der Klient in seinem Besitz behalten oder Dritten übergeben hat. Ebenso wenig gilt das Anwaltsgeheimnis für Korrespondenz des Anwalts mit dem Auftraggeber, soweit sie sich bei letzterem befindet.

Fazit und Empfehlungen

Die Frage, ob auch Unternehmensjuristen vom Anwaltsgeheimnis gedeckt sind, ist in der Schweiz somit weiterhin nicht abschliessend beantwortet. Klar ist demgegenüber nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass das Legal Privilege sich jedenfalls nur auf solche Dokumente beziehen kann, die sich alleine im Gewahrsam des Anwalts und nicht auch des Unternehmens befinden. Daraus ergibt sich eine Reihe von Empfehlungen an Unternehmen im Hinblick auf möglicherweise bevorstehende Dawn Raids:

- Privilegierte Anwaltskorrespondenz ist **klar als solche zu kennzeichnen**, damit sie im Falle einer Hausdurchsuchung rasch ausgesondert werden kann; gleichermassen empfiehlt sich eine **getrennte Aufbewahrung der Korrespondenz mit internen Unternehmensjuristen und externen Anwälten**.
- Solange Unsicherheit darüber besteht, ob auch die Kommunikation mit internen Unternehmensjuristen dem Legal Privilege untersteht, sollte für kartellrechtliche Abklärungen und Beurteilungen **primär auf die Unterstützung externer Anwälte zurückgegriffen** werden.
- Kartellrechtlich relevante Kommunikation mit externen Anwälten sollte ausschliesslich **bei diesen aufbewahrt und dort eingesehen** werden. Vorsicht ist insbesondere bei der **Kommunikation via E-Mail** geboten: Auch gelöschte E-Mails können bei einer Server- oder Festplattenpiegelung durch die Behörde möglicherweise wiederhergestellt werden!

Das Praxisteam Kartellrecht/Dawn Raids stellt sich vor

Das Praxisteam Kartellrecht/Dawn Raids von WENGER PLATTNER kann auf **grosses Know-how und reiche Erfahrungen** aus der eigenen anwaltlichen Beratungstätigkeit und aus früheren Tätigkeiten einzelner Teammitglieder bei der WEKO zurückgreifen. Das Team berät KMU und Grosskonzerne bei kartellrechtlichen Fragestellungen. Im Bereich Dawn Raids weist das Team eine mehrjährige Beratungstätigkeit aus, hat zahlreiche **Schulungen** bei diversen Unternehmen organisiert und war bereits verschiedentlich bei **Untersuchungsmassnahmen** der WEKO oder anderer Behörden als externer Berater bzw. Parteivertreter involviert. Durch die Präsenz an den drei Standorten Basel, Zürich und Bern und die standortübergreifende Teambildung sind die **geografische Nähe zu Klienten** in der gesamten deutschen und französischen Schweiz und die **rasche Reaktionsfähigkeit im Notfall** optimal gewährleistet.

Das Praxisteam Kartellrecht/Dawn Raids erbringt insbesondere **folgende Leistungen:**

- Beratung zum materiellen Kartellrecht (z.B. Kartellrechtskonformität von Vertriebsverträgen)
- Ausgestaltung und Umsetzung kartellrechtlicher Compliance Programme
- Ausarbeitung von Verhaltensrichtlinien, Guidelines und Policies bei Dawn Raids
- Durchführung von Schulungen für Juristen und Management von Unternehmen
- Organisation nachgestellter Hausdurchsuchungen (Mock Dawn Raids) bei Unternehmen vor Ort
- Aufstellung von Dawn Raid Bereitschaftsteams mit garantierter und rascher Erreichbarkeit im Bedarfsfalle
- Vertretung von Unternehmen in Kartellzivilverfahren sowie gegenüber der WEKO und anderen Behörden in Vorabklärungs- und Untersuchungsverfahren

Das Praxisteam Kartellrecht/Dawn Raids setzt sich insbesondere aus folgenden **Teammitgliedern** an den drei Standorten zusammen:

- **Basel:** Gerhard Schmid, Dieter Gränicher, Roland Mathys, Regula Hinderling, Reto Vonzun
- **Zürich:** Karl Wüthrich, Brigitte Umbach, Roland Burkhalter, Oliver Künzler
- **Bern:** Jürg Rieben, Fritz Rothenbühler, Blaise Carron, Viviane Burkhardt

Autorenteam



Roland Mathys, lic.iur. et lic.oec.publ., LL.M., leitet als Partner die kartellrechtlichen Ausbildungsprogramme und Mock Dawn Raids von WENGER PLATTNER.



Blaise Carron, Dr.iur., LL.M., kennt als ehemaliger Mitarbeiter des Sekretariats der WEKO und als Rechtsvertreter durchsuchter Unternehmen den Ablauf von Dawn Raids im Detail.

WENGER PLATTNER

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N



WENGER PLATTNER
Advokatur und Notariat
Aeschenvorstadt 55
CH-4010 Basel
T +41 61 279 70 00
F +41 61 279 70 01
basel@wenger-plattner.ch



WENGER PLATTNER
Rechtsanwälte
Seestrasse 39
Goldbach-Center
CH-8700 Küsnacht-Zürich
T +41 43 222 38 00
F +41 43 222 38 01
zuerich@wenger-plattner.ch



WENGER PLATTNER
Rechtsanwälte
Jungfraustrasse 1
CH-3000 Bern 6
T +41 31 357 00 00
F +41 31 357 00 01
bern@wenger-plattner.ch

www.wenger-plattner.ch