

Editorial

- Ingo Brinker**
Herr Präsident, wir gratulieren! 385

Aufsätze

- Philipp Voet van Vormizeele**
Kartellrecht und Verfassungsrecht 386

- Gerald Brei/Franz Hoffet**
Das neue Abkommen zwischen der EU und der Schweiz über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts 393

- Alf-Henrik Bischke**
Deutsche Bahn / Kommission – Die Nachprüfungsbefugnisse der Europäischen Kommission nach Art. 20 VO 1/2003 auf dem Prüfstand der Gerichte in Luxemburg 397

Kurze Beiträge

- Wolfram Bauer**
Der Kartellsenat des BGH und der prozessuale Tatbegriff 405

Entscheidungen

Gericht der Europäischen Union (EuG)

- EuG 06. 09. 13 – T-289/11, T-290/11, T-521/11 Zu den Nachprüfungsbefugnissen der Kommission (Deutsche Bahn/Kommission) 407
- EuG 16. 09. 13 – T-364/10 Zur Intensität der Nachprüfung einer Bußgeldentscheidung der Kommission durch das Gericht (Duravit) 412
- EuG 16. 09. 13 – T-378/10 Zu den Anforderungen an eine einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung (Masco und Hansgrohe) 420
- EuG 16. 09. 13 – T-379/10 und T-381/10 Austausch von Listenpreisen und Informationsaustausch zwischen Nicht-Wettbewerbern (Keramag) 421
- EuG 16. 09. 13 – T-380/10 Kartell zwischen Nicht-Wettbewerbern (Wabco und Ideal Standard) 423
- EuG 16. 09. 13 – T-373/10, T-374/10, T-382/10 und T-402/10 Zum Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern (Villeroy & Boch) 424

Bundesgerichtshof (BGH)

- BGH 09. 07. 13 – KZR 15/12 Zum internen Ausgleich zwischen Gesellschaften, gegen die die Europäische Kommission eine Geldbuße als Gesamtschuldner verhängt hat (Calciumcarbid-Kartell) 425

Buchbesprechung

- Hermann Deichfuß**
Der Zwangslizenzeinwand gegen Unterlassungsansprüche des Immaterialgüterrechts 430

sanktionsrecht ist das ernsthaft anzuzweifeln; hier bedarf es der Rückbesinnung auf eine angemessene Austarierung der Effektivität und Legitimität der Kartellrechtsanwendung, die angesichts des offensichtlichen Fokus der europäischen Organe auf eine „*effet utile*“ des europäischen Wettbewerbsrechts vielleicht erst durch das Bundesverfassungsgericht erfolgen wird.⁹³

V. Resümee

Der freie Wettbewerb gehört zu den wesentlichen Elementen der gemeinwohlfördernden sozialen Marktwirtschaft. Dem Kartellrecht kommt hier die Rolle eines Garanten für den freien Wettbewerb zu, da ohne verlässlichen Rechtsstaat der Wettbewerb mangels Rechts- und Erwartungssicherheit in seiner Autonomie bedroht ist. Allerdings greift das Kartellrecht hierbei zwangsläufig auch in die verfassungsrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit der Marktbeteiligten ein. Die Aufgabe des Verfassungsrechts ist es in diesem Zusammenspiel ein ausgewogenes Gleichgewicht zu schaffen, um den Rechtsfrieden zwischen den divergierenden Gemeinwohl- und Individualinteressen zu wahren. Die hierdurch bedingte

Wahrung und Sicherung des Rechtsfriedens gehört zu den zentralen Grundwerten und den höchsten Pflichten des demokratischen Rechtsstaates. Der Rechtsfriede basiert hierbei nicht nur auf bloß formaler Legalität; er muss sich in materieller Weise in der Anwendung des Rechts manifestieren.⁹⁴ Das zuvor aufgezeigte Missverhältnis zwischen Effektivität und Legitimität insbesondere im Kartellverfahrensrecht zeigt, wie sehr die als friedensstiftend verstandene Funktion des Rechts zu einem Missverständnis führt, wenn man das Recht als ein Ordnungsmittel *per se* ansieht. Das moderne Kartellrecht bedarf daher nicht nur Durchsetzungsstärke und Schlagkraft, sondern auch Orientierung an angemessenen verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen. ■

93 Das Bundesverfassungsgericht prüft derzeit die Verfassungsbeschwerde der Outokumpu Nirosta GmbH (vormals ThyssenKrupp Nirosta GmbH), mit der konkret die Bußgeldentscheidung der Kommission in Sachen „Legierungszuschläge“ (ABl. EG 2006 Nr. L 182/31) und die darauffolgende Urteil des EuG (Rs. T-24/07, Slg. 2009, II-2309) und des EuGH (Rs. C-352/09P, Slg. 2011, I-2359) wegen systematischer Unterschreitung des verfassungsrechtliche gebotenen Grundrechtsschutzes angegriffen werden.

94 Scholz, NJW 1983, 705 u. 710.

Dr. Gerald Brei und Dr. Franz Hoffet, Zürich*

Das neue Abkommen zwischen der EU und der Schweiz über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts

I. Einleitung und Vorgeschichte

Im Verhältnis zur Schweiz gibt es für die Europäische Union (EU) bislang keine allgemeine Rechtsgrundlage für eine Zusammenarbeit im Wettbewerbsrecht. Das Luftverkehrsabkommen Schweiz-EU (1999) enthält zwar umfassende Kooperationspflichten (einschließlich des Austauschs vertraulicher Informationen), ist aber nur im Bereich des Luftverkehrs anwendbar. Das WTO-Abkommen (1994) und das Freihandelsabkommen Schweiz-EU (1972) enthalten nur allgemeine Kooperationspflichten ohne Austausch vertraulicher Informationen. Die OECD-Richtlinien über die Zusammenarbeit zwischen Behörden zu wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen (1995) bzw. zu harten Kartellen (1998) beschränken sich auf Empfehlungen und das International Competition Network (ICN) stellt nur eine informelle Diskussionsplattform zur Besprechung abstrakter Fragestellungen dar. Diese Zusammenarbeit ist begrenzt, weil der Austausch von Informationen, die eine Behörde im Laufe eines Verfahrens erlangt, nicht zulässig ist. Solche Informationen sind im schweizerischen Recht wie im EU-Recht durch Bestimmungen zum Amts- und Geschäftsgeheimnis geschützt. Am europäischen Wettbewerbsnetz (European Competition Network, ECN), innerhalb dessen auch vertrauliche Informationen ausgetauscht werden können, nimmt die Schweiz nicht teil, da sie kein Mitgliedstaat der EU ist.¹

Die EU hat in der Vergangenheit bilaterale Kooperationsabkommen geschlossen, um die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden von Drittstaaten zu strukturieren und zu erleichtern. Diese Abkommen mit den USA (1991)², Kanada (1999)³, Japan (2003)⁴ und Südkorea (2009)⁵ sind solche der sogenannten ersten Generation, die neben der Verpflichtung zur Berücksichtigung der Interessen des anderen Vertragspartners in erster Linie Regeln über die gegenseitige Informa-

tion und Abstimmung in konkreten Verfahren enthalten⁶, den Austausch von Beweismitteln jedoch ausschließen. Die fehlende Möglichkeit, vertrauliche oder geschützte Informationen auszutauschen, wird vor allem bei Kartelluntersuchungen als Schwäche dieser Abkommen angesehen.

Das geplante Abkommen zwischen der EU und der Schweiz über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (**Abkommen**) soll einen Schritt weitergehen, indem es der Europäischen Kommission und der schweizerischen Wettbewerbskommission (**WEKO**) unter gewissen Bedingungen auch den Austausch vertraulicher Informationen ermöglicht. Ihm kommt als erstem Abkommen der sogenannten zweiten Generation Pilotcharakter zu. Der Rat der EU

* Dr. Gerald Brei und Dr. Franz Hoffet sind Rechtsanwälte und Partner der Anwaltskanzlei Homburger in Zürich. Die Autoren danken Alexander Wherlock, MLaw, für die Unterstützung bei der Fertigstellung dieses Beitrags.

1 Beim ECN wird der Schweiz in Ausnahmefällen insbesondere bei Sitzungen betreffend generelle bzw. methodische -Fragen eine informelle Teilnahme an den Treffen der Mitglieder ermöglicht. Vertrauliche bzw. fallbezogene Informationen werden dabei indessen nicht ausgetauscht.

2 Beschluss des Rates und der Kommission vom 10. April 1995 über den Abschluss des Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln, ABl L 95 vom 27.4.1995, 45 ff. in der berichtigten Fassung durch ABl L 131 vom 15.6.1995, 38 f.; der Text des Abkommens ist nur auf Englisch verfügbar, ABl L 95 vom 27.4.1995, 47 ff.

3 Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung von Kanada über die Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, ABl L 175 vom 10.7.1999, 50 ff.

4 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Regierung von Japan über die Zusammenarbeit bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, ABl L 183 vom 22.7.2003, 12 ff.

5 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Regierung der Republik Korea über die Zusammenarbeit bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, ABl L 202 vom 4.8.2009, 36 ff.

6 Vgl. Brinker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 101 AEUV Rz. 14

hatte die Europäische Kommission am 26. November 2011 ermächtigt, ein Kooperationsabkommen mit der Schweiz auszuhandeln. Am 1. Juni 2012 hat sie den Vorschlag für einen Beschluss des Rates der EU vorgelegt⁷, dem der Wortlaut des geplanten Abkommens als Anhang beigelegt war. In der Schweiz hatte der Bundesrat bereits am 18. August 2010 über das Verhandlungsmandat zu dem gewünschten Kooperationsabkommen informiert. Die Verhandlungen dauerten vom März 2011 bis April 2012. Am 17. Mai 2013 haben Bundesrat Johann N. Schneider-Ammann und der Vizepräsident der Europäischen Kommission und Wettbewerbskommissar Joaquin Almunia das Abkommen in Brüssel unterzeichnet. Die zugehörige Botschaft (Begründung und Erläuterung) hat der Schweizer Bundesrat am 22. Mai 2013 verabschiedet und zur Beratung und Ratifizierung an die eidgenössischen Räte (die beiden Kammern des Parlaments) überwiesen. In der EU muss das Abkommen noch vom Rat und dem Europäischen Parlament genehmigt werden.

II. Wesentlicher Inhalt des Abkommens

1. Allgemeine Bestimmungen

Das Abkommen ist seiner Natur nach ein verfahrensrechtliches und sieht keine materielle Harmonisierung der Wettbewerbsrechte vor. Es beruht auf dem Grundsatz der Äquivalenz der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen der beiden Vertragsparteien. Jede Vertragspartei wendet weiterhin ihr eigenes Recht an. Wegen der Ähnlichkeit der materiellen Bestimmungen der beiden Wettbewerbsrechte ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass die zuständigen Behörden in grenzüberschreitenden Sachverhalten Untersuchungen zu gleichen Verhaltensweisen durchführen und somit über die jeweils andere Behörde interessierende Informationen verfügen.⁸

In der Präambel des Abkommens betonen die beiden Vertragsparteien, dass angesichts der engen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz die Zusammenarbeit bei der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zur Verbesserung und zum Ausbau ihrer Beziehungen dienen wird. Der Zweck des Abkommens besteht nach Art. 1⁹ darin, durch Zusammenarbeit und Koordinierung einschliesslich des Informationsaustausches zwischen den Wettbewerbsbehörden der Vertragsparteien zur wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Vertragsparteien beizutragen. Art. 3 sieht eine schriftliche Notifikationspflicht vor, wenn Durchsetzungsmaßnahmen wichtige Interessen der anderen Vertragspartei berühren könnten. In der Fusionskontrolle ist eine Notifikation in allen Fällen der vertieften Prüfung vorzunehmen (sogenannte zweite Phase, in der EU Art. 6 Abs. 1 c Verordnung (EG) Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO), in der Schweiz Art. 33 KG). Bei anderen Vorgängen als Zusammenschlüssen ist eine Notifikation vorzunehmen, wenn in der EU ein Verfahren nach Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission eingeleitet wird, in der Schweiz bei Einleitung einer Untersuchung nach Art. 27 KG. In den Notifikationen sind insbesondere die Namen der von der Untersuchung betroffenen Unternehmen, die untersuchten Verhaltensweisen und die Märkte, auf die sie sich beziehen, die einschlägigen Rechtsvorschriften und der Tag der Durchsetzungsmaßnahmen anzugeben.

Nach Art. 4 können die Wettbewerbsbehörden beider Vertragsparteien Durchsetzungsmaßnahmen in Bezug auf miteinander verbundene Vorgänge koordinieren, insbesondere ihre Nachprüfungen (bzw. Hausdurchsuchungen) zeitlich aufeinander abstimmen.

Um Konflikte zu vermeiden (Negative Comity) sieht Art. 5 vor, dass die Wettbewerbsbehörden beider Vertragsparteien den wichtigen Interessen der anderen Vertragspartei in allen Phasen ihrer Durchsetzungsmaßnahmen sorgfältig Rechnung tragen. Unbeschadet ihres jeweils uneingeschränkten Ermessens sollen sich die Wettbewerbsbehörden bei geplanten Durchsetzungsmaßnahmen rechtzeitig über wichtige Entwicklungen unterrichten, die die Interessen der anderen Wettbewerbsbehörde betreffen, dieser Gelegenheit zur Stellungnahme geben und die Stellungnahme anschließend berücksichtigen, wobei die Entscheidungsfreiheit ohne Einschränkungen gewahrt wird.

Gleichsam als Gegenstück zur Konfliktvermeidung sieht Art. 6 (Positive Comity) vor, dass eine Wettbewerbsbehörde die der anderen Vertragspartei ersuchen kann, geeignete Durchsetzungsmaßnahmen einzuleiten oder auszuweiten, wenn das zur Vermeidung von Zuständigkeitskonflikten geboten erscheint, insbesondere wenn die andere Wettbewerbsbehörde möglicherweise wirksamer gegen die betreffenden wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vorgehen könnte. Die ersuchte Wettbewerbsbehörde unterrichtet daraufhin die ersuchende Wettbewerbsbehörde so bald wie praktisch möglich über ihre Entscheidung. Auch diese Bestimmung schränkt weder das Ermessen der Wettbewerbsbehörde der ersuchten Vertragspartei ein, noch steht sie der Rücknahme des Antrags durch die Wettbewerbsbehörde der ersuchenden Vertragspartei entgegen.

2. Informationsaustausch

Unter dem neuen Abkommen sind die Wettbewerbsbehörden in der Schweiz und der EU für den Austausch von Informationen grundsätzlich nicht mehr auf das Einverständnis der betroffenen Unternehmen angewiesen. Es sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der EU Informationen erörtern (Art. 7 Abs. 2) und einander übermitteln dürfen (Art. 7 Abs. 3). Stimmt das betroffene Unternehmen dem Austausch nicht zu, kann eine Wettbewerbsbehörde im Untersuchungsverfahren erlangte Informationen der anderen Wettbewerbsbehörde auf Ersuchen dennoch unter den folgenden Voraussetzungen zur Verwendung als Beweismittel übermitteln (Art. 7 Abs. 4):

- das Ersuchen um Übermittlung solcher Informationen ist von der Wettbewerbsbehörde schriftlich zu stellen und muss eine allgemeine Beschreibung des Gegenstands und der Art der Untersuchung oder des Verfahrens enthalten; und
- die Wettbewerbsbehörde, bei der das Ersuchen eingeht, bestimmt nach Rücksprache mit der ersuchenden Wettbewerbsbehörde, welche ihr vorliegenden Informationen von Belang sind und übermittelt werden können.

Eine Pflicht zur Erörterung oder Übermittlung von Informationen ist im Abkommen nicht vorgesehen (Art. 7 Abs. 5).

Informationen, die Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer jeweiligen Kronzeugen- oder Vergleichsverfahren erhalten haben, dürfen ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung des betroffenen Unternehmens nicht erörtert oder ausgetauscht werden (Art. 7 Abs. 6). Ebenso wenig dürfen im

⁷ 2012/0127 (NLE) – COM(2012) 245 final vom 1. 6. 2012

⁸ Siehe Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 22. Mai 2013, S. 6 f.

⁹ Artikelnummern ohne nähere Angaben beziehen sich auf das Abkommen.

Untersuchungsverfahren erlangte Informationen erörtert, erbeten oder übermittelt werden, wenn die Verwendung dieser Informationen die in den Rechtsvorschriften der Schweiz bzw. der EU garantierten Verfahrensrechte verletzen würde (Art. 7 Abs. 7). Dazu gehören insbesondere das Auskunftsverweigerungsrecht zur Vermeidung einer Selbstbelastung und das Zeugnisverweigerungsrecht des Anwalts.

3. Verwendungsbeschränkungen und Schutz vertraulicher Informationen

Die erörterten oder übermittelten Informationen dürfen nur zur wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts verwendet werden (Art. 8 Abs. 1). Die im Untersuchungsverfahren erlangten Informationen dürfen von der empfangenden Wettbewerbsbehörde nur für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts hinsichtlich derselben oder miteinander verbundener Verhaltensweisen oder Rechtsgeschäfte verwendet werden (Art. 8 Abs. 2). Nach dem Abkommen erörterte oder übermittelte Informationen dürfen nicht für die Verhängung von Sanktionen gegen natürliche Personen verwendet werden (Art. 8 Abs. 4).

Die Europäische Kommission darf zwar die nach Art. 7 erhaltenen Informationen an die nationalen Kartellbehörden der Mitgliedstaaten weiterleiten, jedoch nur im Rahmen ihrer Konsultationspflichten vor Erlass einer Entscheidung. Die übermittelten Informationen dürfen für keine anderen Zwecke als die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Union durch die Europäische Kommission verwendet und nicht offengelegt werden (Art. 10 Abs. 2). Die nationalen Kartellbehörden dürfen auf der Grundlage der erhaltenen Informationen keine eigene Untersuchung eröffnen.

Die Wettbewerbsbehörden der Vertragsparteien behandeln die Tatsache, dass ein Ersuchen gestellt worden oder eingegangen ist, vertraulich (Art. 9 Abs. 1). Gleiches gilt für die nach dem Abkommen erlangten Informationen. Beide Wettbewerbsbehörden geben insbesondere Ersuchen Dritter oder anderer Behörden um Offenlegung der erhaltenen Informationen nicht statt. Ausnahmsweise darf eine Offenlegung erfolgen, wenn es um die Erwirkung einer gerichtlichen Entscheidung geht oder ein Anspruch auf Einsichtnahme aufgrund garantierter Verfahrens- oder Verteidigungsrechte besteht. In diesen Fällen gewährleistet die Wettbewerbsbehörde, die die Informationen erhält, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen in vollem Umfang gewahrt bleibt. Die Vertragsparteien gewährleisten auch den Schutz personenbezogener Daten nach ihren einzelnen jeweiligen Rechtsvorschriften (Art. 9 Abs. 3).

4. Konsultationen

Nach Art. 11 konsultieren die Vertragsparteien auf Ersuchen einer Vertragspartei einander in allen Fragen, die sich aus der Durchführung dieses Abkommens ergeben könnten. Sie unterrichten einander auch sobald wie möglich über jede Änderung ihres Wettbewerbsrechts. Zudem treten die Wettbewerbsbehörden der Vertragsparteien auf Ersuchen einer von ihnen auf geeigneter Ebene zusammen, um einander über ihre laufenden Durchsetzungsmaßnahmen und Prioritäten zu unterrichten, Meinungen über Wirtschaftszweige von gemeinsamem Interesse auszutauschen und wettbewerbspolitische Fragen von beiderseitigem Interesse zu erörtern.

5. Inkrafttreten, Änderung und Kündigung

Das Abkommen wird nach Art. 14 von den Vertragsparteien nach ihren eigenen internen Verfahren genehmigt und tritt am ersten Tag des zweiten Monats nach dem Datum der

letzten Genehmigungsnotifikation in Kraft. Die Vertragsparteien können Änderungen zu diesem Abkommen vereinbaren und jede Vertragspartei kann das Abkommen jederzeit kündigen, indem sie dies der anderen schriftlich auf diplomatischem Wege notifiziert. In diesem Fall tritt das Abkommen sechs Monate nach dem Tag des Eingangs einer solchen Notifikation außer Kraft.

Wann das Abkommen in Kraft treten wird, steht noch nicht fest. Das Abkommen ist von der EU Kommission und vom Schweizer Bundesrat im Mai 2013 unterzeichnet worden, muss aber noch vom Schweizer Parlament genehmigt werden. Das Abkommen ist nicht unumstritten, entsprechend bildet die Ratifikation keine bloße Formalität.¹⁰ Es bleibt deshalb abzuwarten, wie sich die betreffende Diskussion im Parlament entwickeln wird. Des Weiteren untersteht das Abkommen dem fakultativen Referendum. Verlangen 50'000 Schweizer Stimmbürger bzw. acht Kantone eine Volksabstimmung, muss das Abkommen dem Volk zur Abstimmung vorgelegt werden. In der EU muss das Abkommen noch vom Rat und dem Europäischen Parlament genehmigt werden. Ein Inkrafttreten ist daher nicht vor Ende des Jahres 2013 zu erwarten.

III. Offene Fragen

Aus Sicht der beiden Vertragsparteien ermöglicht das Abkommen eine wirksamere Durchsetzung ihres jeweiligen Wettbewerbsrechts, weil Kartelle besser untersucht und Fusionskontrollverfahren effizienter geführt werden können. Die Schweizer Seite setzt darauf, dass dadurch die Beurteilung von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht erleichtert wird und Inkohärenzen vermieden werden können, wenn es um den gleichen Sachverhalt geht. Das Vorgehen der WEKO werde optimiert, weil sie auf der Grundlage des Abkommens Beweismittel der Europäischen Kommission nutzen könne. Das werde den Nachteil wettmachen, den die WEKO heute gegenüber den Wettbewerbsbehörden der EU-Länder erleide, die im Rahmen des ECN bereits untereinander und mit der Europäischen Kommission zusammenarbeiten.¹¹

Nicht nur aus Sicht der betroffenen Unternehmen bzw. Personen wirft das Abkommen aufgrund seines Pilotcharakters allerdings einige grundsätzliche Fragen auf:

1. Auswirkungen auf Kronzeugenregelung und Vergleichsverfahren

Die Regelung, wonach die Wettbewerbsbehörden keine Informationen austauschen, die sie im Rahmen ihrer jeweiligen Kronzeugenverfahren erlangt haben, kann für Kronzeugen trotzdem problematisch sein. Sie erlaubt sowohl den Austausch von Informationen und Dokumenten, die von anderen Unternehmen eingereicht wurden und sich auf den Kronzeugen beziehen, als auch (je nach Lesart des Abkommens, das insofern keine eindeutige Regelung trifft) von Beweismitteln, die der Kronzeuge zusammen mit der eigentlichen Selbstanzeige eingereicht hat.

Ebenso kann die Regelung, nach der die Wettbewerbsbehörden keine Informationen austauschen, die sie im Rahmen ihrer jeweiligen Vergleichsverfahren erlangt haben, problematisch sein. Je nach Auslegung verhindert sie nämlich nicht, dass die Wettbewerbsbehörden im Vorfeld einer einvernehmlichen Regelung Informationen austauschen und solche Informationen später auch verwenden.

¹⁰ Siehe Tagesanzeiger vom 13. 8. 2013, S. 29.

¹¹ Vgl. Botschaft vom 22. 5. 2013, S. 7f.

Mit dem Einverständnis der Parteien können auch Kronzeugen- und Vergleichsinformationen ausgetauscht werden. In diesem Zusammenhang könnte die Gefahr bestehen, dass sich die betroffenen Parteien aufgrund der bei Kronzeugen und Vergleichen regelmäßig geforderten Kooperation gezwungen sehen, ihr Einverständnis zum Austausch der Informationen zu geben.

2. Definition der "im Untersuchungsverfahren erlangten Informationen"

Nach der Botschaft des Schweizer Bundesrats vom 22. Mai 2013 dürfen vertrauliche Informationen nach Art. 7 Abs. 3 und 4 nur in einem formellen Untersuchungsverfahren nach Art. 27 Schweizer Kartellgesetz (KG) ausgetauscht werden. Im Abkommen dagegen werden „im Untersuchungsverfahren erlangte Informationen“ so definiert, dass darunter die Informationen zu verstehen sind, die von einer Vertragspartei in Ausübung ihrer Untersuchungsbefugnisse erlangt oder einer Vertragspartei aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung übermittelt werden. In der EU sind das Informationen, die durch Auskunftsverlangen nach Art. 18 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (VO Nr. 1/2003), Befragungen nach Art. 19 VO Nr. 1/2003 und Nachprüfungen durch die Europäische Kommission oder in deren Namen nach Art. 20, 21 oder 22 VO Nr. 1/2003 erlangt wurden, oder Informationen, die in Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 gewonnen wurden (Art. 2 Nr. 6 Bst. a). In der Schweiz sind das Informationen, die u. a. durch Auskunftsverlangen nach Art. 40 KG erlangt werden (Art. 2 Nr. 6 Bst. b). Da solche Auskunftsverlangen auch im Rahmen einer Vorabklärung nach Art. 26 KG möglich sind, könnten nach dem Wortlaut des Abkommens auch die in deren Rahmen erlangten Informationen ausgetauscht werden. Für die betroffenen Unternehmen wäre eine solche Lesart besonders nachteilig, weil sie im Stadium einer Vorabklärung kein Akteneinsichtsrecht haben. Sie könnten daher gar nicht in Erfahrung bringen, ob und wenn ja, welche Informationen der Europäischen Kommission übermittelt wurden.¹²

3. Rechtsschutz

Das Abkommen selbst sieht keine Beschwerdemöglichkeit gegen den Austausch vertraulicher Informationen und Dokumente vor. Gemäß Botschaft stellt die Übermittlung von Informationen keine Verfügung dar. Deshalb gebe es dagegen keine Beschwerdemöglichkeit. Die Wirksamkeit der Durchsetzungsmaßnahmen erfordere einen schnellen und effizienten Austausch, sodass ein mehrere Monate dauerndes Beschwerdeverfahren das Abkommen seines Sinnes entleeren würde.

Das Abkommen schränkt jedoch gemäß Botschaft die im internen Recht bestehenden Möglichkeiten der Parteien nicht ein, gegen eine End- oder Zwischenverfügung der Wettbewerbsbehörden Beschwerde zu erheben, wenn nach ihrer Ansicht bei der Erhebung der Informationen ihre Rechte verletzt worden seien.

Wenn die nach Schweizer Recht bestehenden Rechtsmittel vom Abkommen unberührt bleiben, ist es denkbar, dass ein betroffenes Unternehmen, soweit es Kenntnis von der Übermittlung hat (dazu vorne C.2.), gestützt auf Art. 25 a Verwaltungsverfahrensgesetz verlangen könnte, dass ein seines Erachtens widerrechtlicher Informationsaustausch als Realakt zu unterbleiben hat. In diesem Fall müsste die Wettbewerbsbehörde durch Verfügung entscheiden, gegen die das Unternehmen Beschwerde erheben kann.

IV. Notenaustausch zur Notifikation hoheitlicher Akte

Unabhängig und getrennt vom Abkommen haben die Europäische Kommission und der Schweizer Bundesrat am 17. Mai 2013 auch einen Notenaustausch zur Notifikation hoheitlicher Akte im Bereich der Wettbewerbspolitik vorgenommen. Diese Frage wurde auf Wunsch der Europäischen Kommission getrennt behandelt, weil die Notifikation solcher Akte an Unternehmen im EU-Raum in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Eine gegenseitige Regelung hätte daher den Abschluss eines gemischten Abkommens erfordert, bei dem auch die Mitgliedstaaten Vertragsparteien wären. Das hätte zu einem komplizierteren und längeren Verhandlungs- und Ratifizierungsverfahren geführt. Die Europäische Kommission verpflichtet sich durch den Notenaustausch jedoch, die EU-Mitgliedstaaten über das mit der Schweiz vereinbarte Verfahren zu informieren und sie aufzufordern, eine ähnliche Lösung für Notifikationen der WEKO auf ihrem Hoheitsgebiet in Betracht zu ziehen.¹³

Von einer Wettbewerbsbehörde stammende hoheitliche Akte sind bisher auf diplomatischem Wege zu notifizieren, wenn das betroffene Unternehmen nicht über eine Adresse im Hoheitsgebiet der Behörde verfügt, welche diese Akte erlässt. In der Vergangenheit hat die Europäische Kommission solche Akte allerdings direkt Unternehmen mit Sitz in der Schweiz zugestellt. Das führte bei diesen zur Frage, wie sie diesen Akten Folge leisten sollten. Der Notenaustausch regelt nunmehr ein vereinfachtes Verfahren für die Notifikation hoheitlicher Akte der Europäischen Kommission an Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die nicht über eine Zustellungsadresse im Gebiet der EU verfügen. Die Europäische Kommission wird künftig solche Akte der WEKO zustellen, die sie ihrerseits unverzüglich, spätestens aber innerhalb von zehn Arbeitstagen an den Adressaten weiterleitet und innerhalb von zehn Arbeitstagen nach Weiterleitung an den Adressaten einen datierten und von einer identifizierbaren Person unterzeichneten Beleg über die Notifikation vorlegt.

Für den Zweck des Notenwechsels wurde ein hoheitlicher Akt definiert als ein Beschluss, welcher die Auferlegung von Sanktionen, das Erfordernis oder das Verbot eines Verhaltens betrifft, oder als ein Beschluss, welcher von Seiten des oder der Adressaten die Vorlage von Informationen verlangt. Für die Europäische Kommission sind hoheitliche Akte im Bereich der Wettbewerbspolitik Akte im Zusammenhang mit der Anwendung der Art. 101, 102 und 105 AEUV, der Art. 53 und 54 EWR-Abkommen und der FKVO. Die Europäische Kommission wird allerdings auch ihre bestehende Praxis fortführen und zur Anforderung von Auskünften Beschlüsse oder Briefe, die keine hoheitlichen Akte darstellen, direkt den Adressaten im Hoheitsgebiet der Schweiz zustellen.

Obwohl die vereinbarte Lösung nicht gegenseitig ist, erlaubt sie nach Ansicht des Schweizer Bundesrats doch die Behebung eines häufig vorkommenden praktischen Problems der Schweizer Unternehmen. Grundsätzlich verbietet nämlich Art. 271 StGB (Schweizer Strafgesetzbuch, StGB) Handlung

¹² Das Abkommen selbst sieht keine Pflicht vor, die betroffenen Unternehmen über den geplanten Informationsaustausch zu informieren. Gemäß Botschaft (Botschaft vom 22.5.2013, S. 15) ist das betroffene Unternehmen jedoch in Übereinstimmung mit der Datenschutzgesetzgebung über die Übermittlung von Informationen zu informieren. Nicht näher begründet wird allerdings, aus welcher datenschutzrechtlichen Bestimmung sich die Informationspflicht ergeben soll.

¹³ Vgl. Botschaft vom 22.5.2013, S. 8 f.

gen für einen fremden Staat auf dem Schweizer Staatsgebiet. Die zuständige Schweizer Behörde kann jedoch derartige Handlungen in Ausnahmefällen bewilligen. Bei bedeutenden Fällen ist der Bundesrat dafür zuständig¹⁴, einem fremden Staat die Bewilligung zur Vornahme von Handlungen zu erteilen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Der Notenwechsel sieht nun ein vereinfachtes Verfahren vor, nämlich die Ermächtigung der WEKO im Sinne von Art. 271 Abs. 1 StGB für die Notifikation von Akten der Europäischen Kommission an Unternehmen mit Sitz in der Schweiz.

V. Fazit

Das Ziel des Abkommens aus Sicht der WEKO, durch Zusammenarbeit und Koordinierung einschließlich des Informationsaustausches zwischen den Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der EU zur wirksameren Durchsetzung des Wettbewerbsrechts beizutragen, wird im Falle von dessen Ratifizierung und Inkrafttreten aller Voraussicht nach wohl erreicht werden.¹⁵ In der Praxis könnte die Ausgestaltung des

Abkommens allerdings den Anreiz, Selbstanzeigen zu erstatten oder einvernehmliche Regelungen abzuschließen, beeinträchtigen. Zudem stellt sich auch die Frage, ob für die betroffenen Unternehmen und Personen ein genügender Rechtsschutz gewährleistet wird. Wie auch der gleichzeitig mit der Unterzeichnung des Abkommens vorgenommene Notenaustausch zeigt, ist künftig mit intensiveren Kontakten zwischen der EU und der Schweiz im Bereich des Wettbewerbsrechts zu rechnen. Die damit verbundenen neuen Fragen dürften jedenfalls nach Inkrafttreten des Abkommens zu einem erhöhten Abklärungs- und Beratungsbedarf bei der praktischen Anwendung führen. ■

- 14 Nach Art. 31 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. 11. 1998 (SR 172.010.1). Die Gutheißung des Notenaustauschs durch den Bundesrat erfolgte auf der Grundlage von Art. 7a Abs. 2 Bst. c des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. 3. 1997 (SR 172.010).
- 15 Vgl. *Patrik Ducrey*, The Agreement between Switzerland and the EU Concerning Cooperation in the Application of their Competition Laws, in: *Journal of European Competition Law & Practice*, September 2013.

Dr. Alf-Henrik Bischke, Düsseldorf*

Deutsche Bahn / Kommission – Die Nachprüfungsbefugnisse der Europäischen Kommission nach Art. 20 VO 1/2003 auf dem Prüfstand der Gerichte in Luxemburg

I. Einleitung

Was dürfen die Beamten der Europäischen Kommission, wenn sie ein Unternehmen „durchsuchen“ bzw. eine Nachprüfung im Unternehmen durchführen? Welche rechtlichen Anforderungen sind an den Inhalt einer Nachprüfungsentscheidung zu stellen? Wie wird insbesondere das Grundrecht der Unverletzlichkeit von Wohn- und Geschäftsräumen gewährleistet? Bedarf die Kommission zur Durchführung einer Nachprüfung eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses?

Diese Fragen haben die europäischen Gerichte in Luxemburg in der Vergangenheit bereits beschäftigt. Von grundlegender Bedeutung waren dabei insbesondere die Urteile des EuGH in Sachen „*Hoechst*“¹ und „*Roquette Frères*“.² In der Sache *Hoechst* hatte sich ein deutsches Unternehmen gegen eine Nachprüfung mit dem Argument gewandt, dass eine Nachprüfung ohne vorherige richterliche Anordnung gegen Grundrechte verstoße und daher entweder die Nachprüfungsentscheidung oder aber die ihr zugrundeliegende Norm Art. 14 (VO 17/62, die Vorgängerschrift von Art. 20 VO 1/2003) rechtswidrig sei.³ Der EuGH befand in *Hoechst*, dass sich das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung nicht auf Unternehmen erstreckt, weil die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf Art und Umfang des Schutzes von Geschäftsräumen gegen behördliche Eingriffe nicht unerhebliche Unterschiede aufwiesen.⁴ In *Roquette Frères* erkannte der Gerichtshof an, dass der Schutz der Wohnung gemäß Art. 8 EMRK unter Umständen auch auf Geschäftsräume ausgedehnt werden könne.⁵ Der Gerichtshof wies zudem bereits in *Hoechst* darauf hin, dass die Kommission die nach nationalem Recht vorgesehenen Verfahrensgarantien zu beachten habe, wenn sie mit Unterstützung der nationalen Behörden Nachprüfungsmaßnahmen vornehmen will, die nicht auf der Mitwirkung der betroffenen Unternehmen beru-

hen.⁶ Die Kommission hatte in dem Verfahren geltend gemacht, dass ihre Bediensteten im Rahmen von Nachprüfungen befugt seien, ohne Mitwirkung der nationalen Stellen und ohne Beachtung der Verfahrensgarantien des nationalen Rechtes Durchsuchungen vorzunehmen. Der EuGH wies dies als eine irrtümliche Auslegung des Art. 14 VO 17/62 zurück, die aber nicht zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Nachprüfungsentscheidung führen könne.⁷ Der EuGH erachtete auch ein vom Gericht gegen *Hoechst* verhängtes Zwangsgeld für rechtmäßig. *Hoechst* hatte eingewandt, dass man sich ausschließlich von übergeordneten Interessen der Wahrung eines gesetz- und verfassungsgemäßen Ermittlungsverfahrens habe leiten lassen. Dieser Einwand wurde mit dem Argument zurückgewiesen, dass ein solches Verhalten mit der Verpflichtung aller Rechtssubjekte unvereinbar sei, die volle Wirksamkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane anzuerkennen, solange diese nicht vom Gerichtshof für ungültig erklärt worden seien.⁸ Die Grundsätze der Urteile *Hoechst* und *Roquette Frères* werden in den Art. 20 Abs. 7 und 8 VO 1/2003 kodifiziert.⁹ Im Einklang mit diesen Urteilen sieht das gelten-

* Dr. Alf-Henrik Bischke ist Rechtsanwalt und Partner bei Hengeler Mueller in Düsseldorf. Er bedankt sich bei Rechtsanwalt *Fabrice Witke*, Hengeler Mueller in Düsseldorf, für die Unterstützung beim Erstellen des Aufsatzes. Vgl. in diesem Zusammenhang auch das in diesem Heft auf Seite 407 abgedruckte Urteil des EuG vom 6. 9. 2013 (verb. Rs. T-289/11, T-290/11, T-521/11 – *Deutsche Bahn*).

1 EuGH, Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, S. 2919 ff.

2 EuGH, Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9039 ff.

3 EuGH, Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, S. 2919 ff., Rn. 10.

4 EuGH, Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, S. 2919 ff., Rn. 17.

5 EuGH, Rs. C-94/00 *Roquette Frères*, Slg. I-9039, 9054, Rn. 29.

6 EuGH, Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, S. 2919 ff., Rn. 34.

7 EuGH, Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, S. 2919 ff., Rn. 37.

8 EuGH, Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, S. 2919 ff., Rn. 65.

9 *Sura* in: *Langen/Bunte*, Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl. 2010, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 39; *Bischke* in: *MünchKomm EuWettbR*, Vor Art. 17 VO 1/2003, Rn. 4; *Jaeger* in: *Frankfurter Kommentar*, Art. 20 VO 1/2003 Rn. 68.