

Kartellrechtliche Compliance: Praxistipps für Unternehmen und Manager



Prof. Dr. iur. Patrick L. Krauskopf, LL.M.

AGON Partners*

Patrick Krauskopf leitet seit 2010 das Zentrum für Wettbewerbsrecht an der ZHAW und ist Chairman von AGON Partners. Patrick Krauskopf war zuvor bis 2009 Vizedirektor der Wettbewerbskommission und hatte die Federführung bei der Revision

des geltenden Kartellgesetzes von 2004 inne.



Dr. iur. Felix Schraner

AGON Partners*

Felix Schraner ist Partner bei der führenden Compliance- und Kartellrechtsboutique AGON Partners. Im Rahmen seiner Tätigkeit berät und vertritt er nationale sowie internationale Unternehmen diverser Branchen in sämtlichen Verfahren gegenüber der Wettbewerbsbehörde und vor Gerichten. Als Legal Advisor für internationales Wirtschaftsrecht beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO mit Fokus nationales und internationales Kartellrecht und Senior Manager bei KPMG Legal hat Felix Schraner ein profundes Wissen und langjährige Erfahrung im Bereich des Wettbewerbsrechts erworben.

* S. 259

Wettbewerbsdruck und Kartellrecht

Herausforderungen des Wettbewerbs. Unternehmen kämpfen zusehend mit einem harten Wettbewerb aus dem In- und Ausland. In diesem Klima kann es passieren, dass versucht wird, sich diesem Wettbewerbsdruck durch Deals («Kartelle»)

mit Konkurrenten oder mit Zulieferern und Kunden («Vertriebssysteme») ein Stück weit zu entziehen. Verfügt ein Unternehmen gar über Marktmacht, so mag es verlockend sein, diese Marktstellung auszunützen.

Scharfes Kartellrecht seit 2004. Das Schweizer Kartellgesetz («KG») sieht schwere Sanktionen für Unternehmen vor, welche unerlaubte Absprachen treffen oder ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen.

- *Geltungsbereich.* Jeder Manager muss sich darüber im Klaren sein, dass das Kartellgesetz umfassend gilt. Irrelevant ist, ob der Manager für ein privates oder für ein öffentlich-rechtliches Unternehmen tätig ist, ob das Unternehmen über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt oder nicht, ob es um den Konzern, eine Tochtergesellschaft oder ein gemeinsames Joint Venture geht.
- *Verpönte Absprachen.* Das Kartellgesetz verbietet Vereinbarungen, aber auch Gentlemen Agreements zwischen Konkurrenten über Preise, Mengen, Kunden oder Gebiete (Art. 5 Abs. 3 KG) oder mit Kunden etwa über deren Preisbildung oder deren Verkaufsgebiete (Art. 5 Abs. 4 KG).
- *Bussgelder für Unternehmen.* Die drakonischen Bussgelder können bis zu zehn Prozent des Umsatzes ausmachen, welchen das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren mit dem Produkt in der Schweiz erzielt hat (Art. 49a KG). Unternehmen haben daher nicht nur die rechtliche Pflicht, sondern auch ein unmittelbares monetäres Interesse, kartellrechtliche Vorschriften einzuhalten.

- *Individualstrafen.* In der Schweiz können Manager und Mitarbeiter für Kartellrechtsverstösse strafrechtlich nicht zur Rechenschaft gezogen werden. Allerdings drohen Gefängnisstrafen und auch Bussen in einigen EU-Mitgliedstaaten sowie in den USA, sobald sich der Kartellrechtsverstoss in der Schweiz in diesen Ländern auswirkt.

Präventive («ex ante») kartellrechtliche Compliance

Kontakt mit der Konkurrenz

Grundsätze. Sprechen sich Manager oder deren Mitarbeiter von Unternehmen gleicher Marktstufe, also Konkurrenten, über Preise, Mengen oder Gebietszuteilungen ab (Art. 5 Abs. 3 KG), liegt in der Regel eine verbotene «horizontale Wettbewerbsabrede», umgangssprachlich «Kartell», vor. Als unmittelbare Folgen davon müssen die betroffenen Unternehmen mit drakonischen finanziellen Sanktionen rechnen. Eine Reduktion der Busse kommt nur in Betracht, wenn ein Unternehmen eine passive Rolle innehatte oder wirksame Compliance-Bemühungen des Unternehmens glaubhaft gemacht wurden («Compliance Defense»).

Heikle Kontakte. Folgende Kontakte zu Konkurrenten sind besonders heikel:

- *Vergabeverfahren und ARGE.* Stimmen Manager das Angebotsverhalten ihrer Unternehmen in einem Vergabeverfahren untereinander ab oder treffen sie Abreden darüber, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten soll, ist dies kartellrechtlich unzulässig («Submissionskartell»). Auch wenn sich konkurrierende Unternehmen für ein gemeinsames Angebot zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zusammenschliessen, kann dies kartellrechtlich heikel sein. Regelmässig liegt nämlich eine Wettbewerbsabsprache vor, da die ARGE-Partner wesentliche Wettbewerbsparameter (z.B. Preis, Menge) abstimmen. Solche Angebote lassen sich jedoch, namentlich wenn sie durch KMU erfolgen, mit Effizienzgewinnen rechtfertigen. Um das kartellrechtliche Bussgeld-Risiko möglichst klein zu halten, sollte die professionelle

Beurteilung der ARGE zwingender Bestandteil einer kartellrechtlichen Compliance bilden.

- *Verbandstreffen und Informationsaustausch.* Es kommt immer wieder vor, dass Manager bei Verbandstreffen oder via Franchise- oder andere Vertriebssystemen sensitive Informationen über das eigene Unternehmen austauschen. Je nach Inhalt der Daten kann dieser Austausch kartellrechtlich unzulässig sein. Insbesondere der Austausch von Informationen über aktuelle Geschäftsdaten und über das künftige Marktverhalten ist verpönt. Selbst wenn keine Absicht einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Unternehmen vorliegen sollte, ist Vorsicht geboten hinsichtlich Inhalt der ausgetauschten Informationen (u.a. Menge, Art) und Geschwindigkeit des Informationsflusses. Solange die Behörden keine klaren Richtlinien herausgeben, empfiehlt es sich, vor derartigen Meetings und Gesprächen einen Experten beizuziehen.

Compliance. Präventive kartellrechtliche Compliance beginnt für den Manager bereits lange vor einem Kartellrechtsverstoss. Für Unternehmen gilt es, «ex-ante zero-tolerance»-Massnahmen zu ergreifen, um hohe finanzielle Sanktionen und Reputationsschäden zu vermeiden.

Praxistipps

- *Risiken analysieren.* Ausgangspunkt für eine effektive Prävention bildet die Ermittlung bestehender kartellrechtlicher Risiken, der aktuellen Rechtslage, des Marktes und des Unternehmens («Business-Approach»). Die Risiken können entweder von der unternehmensinternen Compliance-Abteilung oder einem externen Kartellrechtsspezialisten eruiert und evaluiert werden.
- *Compliance-Schulungen durchführen.* Für Mitarbeitende, die in sog. «Hochrisikobereichen» arbeiten, also regelmässig Kontakt mit Konkurrenten haben oder stark im Wettbewerbsumfeld vernetzt sind (Verbandstreffen, Arbeitsgemeinschaften, «Social Meetings» etc.), empfiehlt es sich, frühzeitig und regelmässig Schulungen und Trainings durchzuführen. Wichtig ist auch,

die Einhaltung der Codes of Conducts oder Verhaltensregeln sicherzustellen (z.B. durch Arbeitsvertrag).

- *Compliance-System monitoren.* Es ist eine regelmässige Überprüfung der implementierten Compliance durch den Manager notwendig, in der Regel alle zwei Jahre. Liegen jedoch aussergewöhnliche Umstände vor (wie etwa der Ausbau der Geschäftstätigkeit oder neue Regulierungen) empfiehlt sich eine jährliche Überprüfung.

Kontakte mit Zulieferern und Kunden

Grundsätze. Der Manager eines Herstellers kann von einem eigenen Kunden (Händler) unter Druck gesetzt werden, andere Händler, die eine aggressive Preispolitik betreiben oder die Produkte in «gebietsfremden» Märkten verkaufen, abzustrafen. Kartellrechtlich ist es aber grundsätzlich unzulässig («vertikale Kartelle»), auf die Wiederverkaufspreispolitik eines Händlers Einfluss zu nehmen oder einem Händler gewisse Absatzmärkte zu verbieten (Art. 5 Abs. 4 KG).

Heikle Preisempfehlungen. Preisempfehlungen sind immer wieder im Fadenkreuz der Wettbewerbsbehörde. Die Wettbewerbsbehörden befürchten, dass Preisempfehlungen an Händler – ähnlich wie Preisbindungen (siehe hinten) – zu einer kartellrechtlich verpönten «Harmonisierung» der Verkaufspreise an den Endkonsumenten führen:

- *Erlaubte Kalkulationshilfen.* Kalkulationshilfen enthalten standardisierte Hinweise und rechnerische Grundlagen ohne genaue Preisangaben. Sie dienen den Anwendern als Grundlage für eine individuelle Preisbestimmung von Produkten oder Dienstleistungen. Grundsätzlich sind Kalkulationshilfen kartellrechtlich nicht zu beanstanden, solange keine Einhaltung dieser Preise verlangt wird.
- *Verbotene Preisbindungen.* Preisbindung ist die Vorgabe eines Mindestverkaufs- oder eines Festpreises oder auch Vorschriften über die Bandbreite des Wiederverkaufspreises. Verboten ist es, wenn ein Manager seinen Kunden Mindest- und Festpreise für den Weiterverkauf vorschreibt. Vom Hersteller vorgegebene

Höchstpreise hingegen sind in der Regel kartellrechtlich zulässig, denn sie hindern die Händler nicht daran, die vorgegebenen Preise zu unterbieten.

Economics. Ökonomische Betrachtungen zeigen, dass vertikale Abreden in aller Regel zu einer Förderung der Vertriebseffizienz führen. Insbesondere können sie die Transaktions- und Distributionskosten der Beteiligten verringern und deren Umsätze und Investitionen optimieren. Den Wettbewerbshütern fehlt aber in der Regel das entsprechende Know-how. Sobald in Vertriebsverträgen von Preisen oder Verkaufsgebieten die Rede ist, wittern die Wettbewerbshüter einen Kartellrechtsverstoss. Um einem Anfangsverdacht rechtzeitig entgegenzutreten, sollte der Manager die ökonomischen Vorteile mit seinen Sales- und Marketingteams auf nachvollziehbare Art dokumentieren.

Compliance. Auch im Kontakt mit Zulieferern und Kunden spielt präventive kartellrechtliche Compliance eine entscheidende Rolle. Preisempfehlungen, Kalkulationshilfen und Vertriebsvereinbarungen sollten auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht geprüft werden. Nur so lassen sich teure und lange Verfahren verhindern, selbst wenn die Wettbewerbsbehörden ein Verfahren nach 2–3 Jahren einstellen.

Praxistipps

- *Risiken analysieren.* Durchführung einer umfassenden kartellrechtlichen Risikoanalyse betreffend Kontakte mit Zulieferern und Kunden, vor allem, wenn diese im Ausland ansässig sind.
- *Compliance gewährleisten.* Sicherstellen, dass Kalkulationshilfen, die Herausgabe von Preisen und entsprechende Empfehlungen keine unzulässige vertikale Preisabrede darstellen. Experten können ihr Vertriebssystem aber so ausgestalten, dass ihre Händler die richtigen Anreize (etwa Verkaufsziele) erhalten.
- *Vertragsmonitoring implementieren.* Um Risiken langfristig zu vermeiden, empfehlen sich regelmässige und systematische Auftrags- bzw. Vertragsprüfungen in allen in- und ausländi-

schen Vertriebsbereichen, entweder durch interne Compliance-Officer oder durch externe Kartellrechtsspezialisten.

Monopol- und Marktmachtmissbrauch

Grundsätze. Der Manager eines marktbeherrschenden Unternehmens hat bereits allein aufgrund dieser Marktstellung dafür zu sorgen, dass das Unternehmen seiner besonderen Verantwortung gegenüber Kunden und Zulieferern sowie kleinen Konkurrenten gerecht wird. Zwar kann sich ein Manager darüber freuen, dass sein Unternehmen den Markt dominiert – dies ist völlig legal. Eine solche Marktbeherrschung liegt vor, wenn das Unternehmen auf dem relevanten Markt keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, d.h., es kann sich in seiner kommerziellen Ausrichtung unabhängig von anderen Marktteilnehmern bewegen. Die Verantwortung als marktbeherrschendes Unternehmen gegenüber anderen Marktteilnehmern schmälert allerdings den Verhaltensspielraum in einem erheblichen Umfang. So darf ein Manager keine Massnahmen erlauben, welche (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite (Kunden oder Zulieferer) benachteiligen (Art. 7 KG).

Heikle Rabatte. Preisnachlässe sind in der Geschäftspraxis weit verbreitet. Sie binden Kunden in gewisser Weise an ein Unternehmen und helfen, die Nachfrage zu sichern. Aus kartellrechtlicher Sicht hat ein marktbeherrschendes Unternehmen insbesondere darauf zu achten, dass durch seine Rabattgewährung keine Kunden diskriminiert werden oder dadurch der Absatz von (kleinen) Konkurrenten eingeschränkt wird:

- **Unzulässige Rabattsysteme.** Damit ein Kunde seinen Gesamtbedarf oder einen grossen Teil seines Bedarfs beim marktbeherrschenden Unternehmen deckt, wird oftmals ein Treuerabatt gewährt. Solche *Treuerabatte* sind regelmässig verboten. Der Kunde wird verpflichtet, eine gewisse Menge an Produkten beim marktbeherrschenden Unternehmen zu beziehen. Derartige *Zielrabatte* können unzulässig sein.
- **Zulässige Rabattsysteme.** Solange Rabattsysteme echte Leistungen honorieren und die Möglichkeit nicht einschränken, Konkurrenzprodukte zu beziehen, sind sie demgegenüber grundsätzlich unbedenklich. Auch Mengenrabatte sind kartellrechtlich zulässig, solange sie an den Umfang der getätigten Käufe geknüpft und wirtschaftlich gerechtfertigt sind, d.h., auf Skaleneffekten beruhen.

Rabatt-Typen marktbeherrschender Unternehmen: Übersicht und Risiken

Rabatt-Typ	Definition	Beurteilung	Kartellrechtliches Risiko	Massnahme
Mengenrabatte	Rabatt auf entsprechendes Volumen der Bezugsmenge	Grundsatz: zulässig	Niedrig	Keine
Zielrabatte	Rabatt auf den Kauf einer gewissen Menge in einem gewissen Zeitraum	Einzelfallbeurteilung	Mittel	<i>Was:</i> Regelmässige Überwachung, Mitarbeiter up to date halten und sensibilisieren <i>Wie:</i> Monitoring implementieren, rechtliche Beurteilung vornehmen
Treuerabatte	Rabatt bei Deckung des Gesamtbedarfs oder eines grossen Anteils	Grundsatz: unzulässig	Hoch	<i>Was:</i> Häufigere und verstärkte Überwachung <i>Wie:</i> Zwingende Einhaltung der Compliance Richtlinien sicherstellen

Quelle: Patrick L. Krauskopf/Felix Schraner

Rechtfertigung eines Marktmachtmissbrauchs. Der Manager eines marktbeherrschenden Unternehmens kann sogar Massnahmen ergreifen, die auf den ersten Blick als unzulässig erscheinen (siehe Art. 7 Abs. 2 KG). Dies trifft etwa auf den Abbruch einer Geschäftsbeziehung oder auf unangemessene Preis- und Geschäftsbedingungen zu. Vorausgesetzt ist allerdings, dass der Manager sog. Rechtfertigungsgründe für seine Massnahmen darlegen kann. Solche sog. «Legitimate Business Reasons» müssen in nachvollziehbarer Weise dokumentiert werden:

- *Betriebswirtschaftliche Rechtfertigungsgründe.* Infrage kommen vor allem kaufmännische Grundsätze. So ist kein Unternehmen verpflichtet, mit Unternehmen Geschäftsbeziehungen zu unterhalten, die sich strafrechtlich relevant verhalten (z.B. Betrug) oder deren Solvenz fraglich ist.
- *Volkswirtschaftliche Rechtfertigungsgründe.* Zulässig ist das vermeintlich verbotene Verhalten auch dann, wenn sich das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens pro-kompetitiv auswirkt und für den Verbraucher einen Nutzen bringt. Dies trifft etwa dann zu, wenn sich damit Herstellungs- oder Vertriebskosten senken sowie Produkte oder Produktionsverfahren verbessern lassen.

Compliance. Manager und Organe von marktbeherrschenden Unternehmen, die oft noch börsenkotiert sind, haben die Pflicht, vorsorglich dafür zu sorgen («ex ante»), dass sich das Geschäftsgebaren im Rahmen des kartellrechtlichen Rahmens bewegt. Es ist nämlich nachträglich («ex post») teuer und äussert beschwerlich, das Unternehmen aus dem Fadenkreuz der Behörde zu holen. Angesichts ihrer Finanzkraft sind marktbeherrschende Unternehmen auch dankbare Ziele für hohe Geldstrafen seitens der Behörden und übermässige Schadenersatzforderungen von Geschädigten.

Praxistipps

- *Awareness für Marktstellung schaffen.* Im Rahmen der Geschäftstätigkeit müssen Manager eine Awareness für die Marktstellung ihres Unternehmens entwickeln. Anzeichen für eine kartellrechtlich heikle Stellung ist, wenn sich

ein Unternehmen weitgehend unabhängig von Anbietern oder Nachfragern verhalten kann.

- *Marktmächtige Stellung nicht ausnutzen.* Marktbeherrschende Unternehmen müssen durch geeignete Compliance-Massnahmen sicherstellen, dass etwa keine Geschäftsbeziehungen («Kündigungen») verweigert oder sonst wie unangemessene Preise und Geschäftsbedingungen erzwungen werden.
- *Transparente Rabattsysteme implementieren.* Marktbeherrschende Unternehmen müssen sicherstellen, dass sie ihre Handelspartner nicht durch ihre Rabattgewährung diskriminieren und den Absatz von Konkurrenten einschränken (durch nicht lineare Rabatt-Systeme).

Reaktive («ex post») kartellrechtliche Compliance

Kronzeugenregelung

Grundsätze. Stellen ein Manager, sein Legal Department oder seine Mitarbeiter im Unternehmen einen schwerwiegenden Verstoss gegen das Kartellgesetz fest, müssen sie handeln. Eine Möglichkeit ist ein Antrag auf Aufnahme ins Kronzeugen- bzw. Bonusprogramm. Meldet das Unternehmen nämlich ein Kartell der Wettbewerbsbehörde, so kann es eine Strafminderung, in Einzelfällen bis zu 100% Strafbefreiung erlangen (Art. 49a Abs. 2 KG).

Voraussetzungen. Von der Kronzeugenregelung profitiert das Unternehmen, wenn es an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt:

- *Vollständiger Sanktionserlass.* Das erste an einem Kartell beteiligte Unternehmen, welches mit der Behörde kooperiert, erhält einen vollständigen Sanktionserlass, sofern es: keine anstiftende oder führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss innehatte, unaufgefordert alle bekannten Informationen und Beweismittel offenlegt und während der gesamten Verfahrensdauer ununterbrochen und uneingeschränkt mit der Behörde kooperiert sowie seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

- *Teilweiser Sanktionserlass.* Liegen die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht (mehr) vor, besteht die Möglichkeit für einen Teilerlass der Sanktion. Die Reduktion der Sanktion setzt voraus, dass das Unternehmen seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung anzeigt und unaufgefordert am Verfahren mitwirkt. Die Höhe der Reduktion hängt von der Wichtigkeit des Beitrages des Unternehmens zum Verfahrenserfolg ab und beträgt bis zu 50%.
- *Erhöhung des Sanktionserlasses mittels «Amnesty Plus».* Die Sanktionsreduktion kann bis zu 80% betragen, wenn ein Unternehmen den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert Informationen mitteilt oder ihnen Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstöße («zweites Kartell»). Eine solche «Bonus Plus»-/«Amnesty Plus»-Regelung kennen neben der Schweiz und den USA nur wenige andere Länder.

Ökonomisches Assessment. Ein vollständiger Sanktionserlass ist für Unternehmen ein starker Anreiz für eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden. Die Manager und Organe von Unternehmen sollten beim Entscheid über die Beanspruchung der Kronzeugenregelung auch die ökonomischen Folgen einer Selbstanzeige berücksichtigen. Denn sie führt zur Offenlegung von Beweismitteln und erleichtert somit zivilrechtliche Schadenersatzansprüche, führt zu kostspieligen Kooperationspflichten mit den Wettbewerbsbehörden und bewirkt in- und ausserhalb des Unternehmens Reputationsschäden.

Compliance. Managern von Unternehmen, vor allem aus Branchen mit einer kartellrechtlich relevanten Historie oder dort, wo der Wettbewerb die Margen erheblich schmelzen lässt, ist zu empfehlen, sich für den Krisenfall «Kronzeugenprogramm» vorzubereiten. Dazu gehören vorgängig besprochene und erprobte personelle, organisatorische sowie prozessuale Massnahmen. Es ist sicherzustellen, dass der Entscheid über eine allfällige Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zeitnah gefällt werden kann – z.T. vergehen zwi-

schen dem 1. und dem 2. Kronzeugen weniger als 15 Minuten!

Praxistipps

- *Speditive Entscheidmechanismen festlegen.* Die Entscheidung, ob die Kronzeugenregelung in Anspruch genommen wird, muss innerhalb weniger Minuten getroffen werden. Zu empfehlen ist die Einbindung eines Wettbewerbsspezialisten in die Entscheidungsfindung.
- *Chancen und Risiken der Kooperation mit Behörden abschätzen.* Die Vor- und Nachteile einer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden sind sorgfältig abzuwägen. Dem vollständigen bzw. teilweisen Sanktionserlass stehen die Risiken der erleichterten Durchsetzung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen durch Geschädigte (aufgrund der Offenlegung von Beweismitteln und dem Schuldeingeständnis), kostspielige Kooperationspflichten mit den Wettbewerbsbehörden sowie Reputationsschäden in der Branche und bei Kunden gegenüber.
- *Reaktive Massnahmen prüfen und umsetzen.* Als Reaktion auf einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht sind die Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit fehlbaren Mitarbeitenden zu prüfen sowie die präventiven (z.B. Risiko-Assessment, Schulung) und überwachenden (z.B. Audits, Mock Dawn Raids) Compliance-Massnahmen gegebenenfalls anzupassen.

Hausdurchsuchungen

Grundsätze. Der Albtraum eines jeden Managers ist, wenn frühmorgens («Dawn Raid») die Wettbewerbsbehörden mit der Polizei vor seinem Office oder sogar vor seiner privaten Residenz stehen und ihm einen Hausdurchsuchungsbefehl entgegenhalten, um Beweisgegenstände sicherzustellen (Art. 42 Abs. 2 KG). Gegen eine Hausdurchsuchung selbst kann er sich nicht wehren, aber er kann sich vorbereiten, um den Schaden für das Unternehmen und sich selbst möglichst klein zu halten.

Kompetenzen der Behörden. Die Wettbewerbsbehörden können Räumlichkeiten (inkl. Akten-

schränke, Archive) physisch und Informatiksysteme (inkl. Mobile Devices) elektronisch durchsuchen:

- *Duldungspflicht.* Manager und deren Mitarbeitende müssen Durchsuchungen der Wettbewerbsbehörden dulden und diesen Zugang zu den Räumlichkeiten und zum Computersystem gewähren. Mitarbeitende müssen indes nicht aus eigenem Antrieb Angaben machen, wo sich bestimmte Akten befinden.
- *Wahrung der Privatsphäre.* Die Wettbewerbsbehörden müssen bei der Durchführung der Hausdurchsuchung die Persönlichkeit der Betroffenen schonen. So dürfen beispielsweise Papiere nur beschlagnahmt werden, wenn sie für das Verfahren tatsächlich relevant sind.
- *Wahrung der Anwaltskorrespondenz.* Dokumente aus dem Verkehr des Managers und seines Unternehmens mit dem externen Rechtsvertreter sind vor der Durchsuchung und Beschlagnahme durch die Wettbewerbsbehörden geschützt («Legal Privilege»). Unternehmen haben zwar das Recht, einen Anwalt beizuziehen. Allerdings warten die Wettbewerbsbehörden mit der Durchsuchung nicht zu, bis der Anwalt des Unternehmens vor Ort eintrifft.
- *Siegelung.* Manager sollten vorsorglich von ihrem Recht Gebrauch machen, gegen die Durchsuchung von Dokumenten und Datenträgern Einsprache zu erheben, was zur Siegelung der entsprechenden Unterlagen führt. Ob die Siegelung in der Folge aufrechterhalten wird, kann zu einem späteren Zeitpunkt «en connaissance de cause» beurteilt werden.

Compliance. Eine wirkungsvolle Vorbereitung auf eine allfällige Hausdurchsuchung setzt voraus, dass der Manager die möglichen kartellrechtlichen Risiken des Unternehmens analysiert, ein Kernteam zur Abwicklung der Hausdurchsuchung bestimmt (z.B. CEO, CFO, Chief Legal Officer, Compliance Officer und Head IT sowie externer Kartellrechtsspezialist) sowie die Mitarbeitenden stufen- und unternehmensgerecht auf eine Hausdurchsuchung vorbereitet hat (z.B. gestützt auf Checklisten und mittels «Mock Dawn Raids»).

Eine effektive Abwicklung einer Hausdurchsuchung setzt voraus, dass der Manager dafür sorgt, dass die Vorgänge dokumentiert und protokolliert sowie regelmässig eine vorläufige Siegelung der zu beschlagnahmenden Unterlagen verlangt wird.

Praxistipps

- *Staff vorbereiten.* Mitarbeitende sind mit stufen- und unternehmensgerechten Schulungen, gestützt auf Checklisten und mittels Mock Dawn Raids auf das richtige Verhalten während einer kartellrechtlichen Hausdurchsuchung vorzubereiten.
- *Kernteam definieren.* Der Manager sollte vorab ein Kernteam mit den relevanten Entscheidungsträgern gebildet haben, das innert kurzer Frist über eine allfällige Kooperation mit den Behörden entscheiden kann und während der Hausdurchsuchung den Behörden zur Verfügung steht.
- *Rechtliche Schritte und Öffentlichkeitsarbeit einleiten.* Um das Unternehmen bestmöglich durch ein drohendes Bussgeldverfahren zu führen, sind die effektivsten rechtlichen Schritte (z.B. Bonusprogramm, Rechtsmittel, Beendigung von Arbeitsverhältnissen) zum richtigen Zeitpunkt zu ergreifen. Zu empfehlen ist auch eine prozessbegleitende Öffentlichkeitsarbeit.

Verfahren

Grundsätze. Für Manager bedeutet ein Kartellrechtsverstoss eine Gefahr an zwei Fronten. Zunächst kann Ungemach von staatlichen Behörden drohen («Public Enforcement»; Art. 26 ff. KG). Wettbewerbsbehörden machen Anfang und Abschluss des Verfahrens (mit Bussgeldern) gegen Unternehmen durch eine entsprechende Pressarbeit bekannt. Gleichzeitig können Kunden und Zulieferer, aber auch geschädigte Konkurrenten, das fehlbare Unternehmen vor ein Zivilgericht zerren, um etwa Schadenersatz oder Gewinnherausgabe zu verlangen («Private Enforcement»; Art. 12 ff. KG). In der Praxis wartet der Geschädigte aber darauf, dass die Wettbewerbskommission das fehlbare Unternehmen gebüsst hat und stützt in der Folge seine Schadenersatzansprüche

auf das Urteil der Behörde. Das behördliche Verfahren sieht folgende Schritte vor:

- **Vorabklärung.** Das «Verfahren» beginnt in der Regel mit einer sog. Vorabklärung. Diese stützt sich oft auf anonyme Anzeigen von Dritten. Die Behörde prüft, ob Behauptungen von angeblich Betroffenen für Kartellrechtsverstösse als plausibel erscheinen (sog. «Anhaltspunkte»). Das Sekretariat stützt sich dabei auf Informationen aus verschiedenen Quellen, u.a. auf die Anzeige, eigene Recherchen (z.B. Fragebogen und Befragungen) und Medienberichte.
- **Untersuchung.** Findet die Behörde, dass eine Anzeige «Fleisch am Knochen» hat, so geht sie in eine formelle Untersuchung. Ausgelöst wird eine Untersuchung häufig durch eine Hausdurchsuchung, später können Anhörungen der Manager vor der Wettbewerbskommission erfolgen. Zu beachten ist, dass die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekannt gegeben wird und den Gegenstand und die Adressaten der Untersuchung nennt.
- **Bussgeldentscheid.** Die Untersuchung wird regelmässig mit einer Bussgeld-Verfügung abgeschlossen, welche zumeist integral veröffentlicht wird. Es besteht aber auch die Möglichkeit, das Verfahren mit einer einvernehmlichen Regelung («Settlement») abzuschliessen. Zur Belohnung kann das Unternehmen einen Discount von bis zu 20% Bussgeldreduktion erwarten.

Verfahrensrechte. Der Manager und das Unternehmen haben während des Verfahrens diverse Rechte:

- **Anspruch auf rechtliches Gehör.** Das Unternehmen hat das Recht, sich zum Vorfall zu äussern («Äusserungsrecht»). Um dieses Recht in Anspruch nehmen zu können, erhält der Manager Einsicht in sämtliche für das Verfahren wesentlichen Unterlagen (z.B. Parteieingaben, Beweismittel).
- **Wahrung von Amts- und Geschäftsgeheimnis.** Die Wettbewerbsbehörden haben das Amtsgeheimnis zu wahren und dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Sie müssen insbesondere verhindern, dass heikle Unter-

nehmensdaten wie Geschäftsgeheimnisse Dritten zur Kenntnis gebracht werden.

Litigation PR. Die prozessbegleitende Öffentlichkeitsarbeit spielt gerade im Kartellrecht mit seinen Millionen-Bussen und dem Risiko von Schadenersatzprozessen eine wichtige Rolle. Kartellrechtsstreitigkeiten werden regelmässig medial verhandelt und verbreiten sich über Social Media viral. Die Implementierung von massgeschneiderter prozessbegleitender Öffentlichkeitsarbeit gegenüber Behörden (Wettbewerbskommission, Gerichte), Medien, Politik sowie der Öffentlichkeit ist aus diesem Grund für Unternehmen heute mehr denn je ein «Must».

Praxistipps

- **Kartellverfahren ernst nehmen.** Verfahren vor der Wettbewerbskommission oder vor einem Gericht haben für Manager und deren Mitarbeiter einschneidende Folgen. Nebst Ressourcenbindung und finanziellen Folgen sind auch Reputationsverluste einzurechnen.
- **Verfahrensposition durch Öffentlichkeitsarbeit stärken.** Mit der Definition und Umsetzung einer Litigation-PR-Strategie können wettbewerbspolitische Unternehmensziele vor, während und nach Wettbewerbsverfahren sichergestellt werden.
- **Verfahrensrechtliches Vorgehen sorgfältig abwägen.** Unternehmen, die im Wettbewerb behindert werden, sollten prüfen, ob sie ihre kartellrechtlichen Ansprüche in einem Verwaltungs- oder Zivilverfahren geltend machen. Dazu sind die Vor- und Nachteile der Verfahren sorgfältig abzuwägen.

Kernaussagen

- Manager handeln fahrlässig, wenn sie ein kartellrechtlich konformes Verhalten nicht zu den Kernelementen der Unternehmensführung erklären («Tone from the Top»). Dies gilt umso mehr, als sie persönlich auch strafrechtlich im Ausland (etwa USA oder UK) verfolgt werden können.
 - Manager müssen präventiv alle Massnahmen im Unternehmen implementieren, damit es gar nicht zu einem Kartellrechtsverstoss kommt. Hierzu gehören namentlich Schulungen (People), Compliance Guidelines (Documents) sowie ein Monitoring der Mitarbeiter (Process).
 - Manager haben den Entscheidungsprozess für den kartellrechtlichen Krisenfall («Hausdurchsuchung»; «Kronzeugenprogramm») so zu gestalten, dass rechtzeitig alle schadensmindernden Massnahmen getroffen werden können.
 - Das Kartellrecht verbietet teilweise Verhaltensweisen, die für einen Manager nicht immer erkennbar sind. Wir empfehlen Managern, ihr Unternehmen regelmässig von Kartellrechtsexperten screenen zu lassen. Dies ist immer günstiger als das Bussgeld, was bei Unterlassung von Compliance-Massnahmen drohen kann.
-

Das Handbuch für erfolgreiche Manager.

Mit Experten-Wissen zu brisanten Themen wie Steuern, Compliance, Aktienrecht, M&A, Personal und Wirtschaftsdelikten.

- ✓ Aktueller Überblick zu den laufenden Entwicklungen
- ✓ Praxisnahe Darstellungen
- ✓ Mit Tabellen, Checklisten und Kernaussagen für die schnelle Informationsaufnahme

