

Allgemeines Gesellschafts- und Handelsrecht
Arbeitsrecht
Bankenrecht
Erbrecht & Nachlassplanung
Finanzierungen
Heilmittel- & Gesundheitsrecht
Immaterialgüterrecht
Immobilien
Insolvenz
Kapitalmarkt & Börsenrecht
Kollektive Kapitalanlagen
Medienrecht
Mergers & Acquisitions
Notariat
Payments, Clearing & Settlement
Prozessführung & Schiedsgerichtsbarkeit
Steuerrecht
Informations- und Technologierecht (IT)
Venture Capital & Private Equity
<b>Wettbewerbsrecht</b>

## Informationsaustausch zwischen Konkurrenten – eine Gratwanderung

**Informationsaustausch zwischen Konkurrenten wird von der Schweizerischen Wettbewerbskommission («Weko») zunehmend kritisch beurteilt. Für Unternehmen aller Branchen ist daher Vorsicht geboten, mit wem sie welche Art von Informationen austauschen, selbst wenn keine Absicht einer Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.**

Die Weko hat den Informationsaustausch zwischen Konkurrenten in den letzten Jahren zunehmend kritisch beurteilt. Im Jahr 2010 büsste die Weko gleich in zwei Verfahren Unternehmen, die Informationen über geplante Preiserhöhungen ausgetauscht hatten. Unternehmen, die derartige Daten unter sich austauschen, setzen sich dem Verdacht aus, Abreden über ihre Preise zu treffen. Art. 5 Abs. 3 des Kartellgesetzes («KG») sieht vor, dass Abreden zwischen Konkurrenten über Preise, Kunden, Gebiete oder Mengen den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigen (sog. harte Wettbewerbsabreden). Eine Rechtfertigung derartiger Abreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz ist nur in äusserst beschränkten Ausnahmefällen möglich. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG drohen bei harten Wettbewerbsabreden ohne Vorwarnung Sanktionen im Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes.

### Verfügung der Weko in Sachen ASCOPA

In ihrer Verfügung vom 31. Oktober 2011 in Sachen ASCOPA hat sich die Weko zum ersten Mal vertieft mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit eines Informationsaustausches unter den Mitgliedern eines Branchenverbandes auseinandergesetzt. In der seit dem 18. Januar 2012 auf der Website der Weko veröffentlichten Verfügung stellt die Weko fest, dass

praktisch alle Mitglieder des Branchenverbandes der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA) durch den regelmässigen und institutionalisierten Austausch von Bruttopreislisten, Umsatzzahlen und Bruttowerbeausgaben und durch eine Angleichung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen das Kartellrecht verstossen haben. Sie verbot den Informationsaustausch unter Bussenandrohung.

Auf die Verhängung von direkten Sanktionen wurde verzichtet, da keine Beweise für konkrete Abreden über Produktpreise oder Verkaufsmengen vorlagen. In seinem ersten Entscheiden hatte das Sekretariat der Weko den beteiligten Unternehmen allerdings noch Bussen von insgesamt weit über CHF 100 Mio. in Aussicht gestellt, weil angeblich ein direkter Zusammenhang zwischen dem Austausch der Bruttopreislisten und der gleichläufigen Entwicklung des allgemeinen Preisniveaus der Produkte der verschiedenen Unternehmen bestanden habe. Dieser Bussenantrag konnte durch die anwaltlichen Interventionen der Mitglieder von ASCOPA umgestossen werden.

### Informationsaustausch – massgebende Kriterien

Gemäss der Verfügung betreffend ASCOPA lehnt sich die Weko bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Informationsaustausches an der Praxis der EU an,

Wenger & Vieli AG  
Dufourstrasse 56  
Postfach 1285  
CH-8034 Zürich

Büro Zug  
Metallstrasse 9b  
CH-6300 Zug

T +41 (0)58 958 58 58  
spotlight@wengervieli.ch  
www.wengervieli.ch



**MICHAEL TSCHUDIN**  
DR. IUR.; RECHTSANWALT  
m.tschudin@wengervieli.ch  
T 058 958 53 19



**FRANK SCHERRER**  
DR. IUR., LL.M.; RECHTSANWALT  
f.scherrer@wengervieli.ch  
T 058 958 53 22



**URS WEBER-STECHER**  
DR. IUR., LL.M.; RECHTSANWALT  
u.weber@wengervieli.ch  
T 058 958 53 62

welche die EU-Kommission jüngst in Kapitel 2 der Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit vom 14. Januar 2011 dargelegt hat. Danach kommt es neben der Marktstruktur vor allem auf den Inhalt der ausgetauschten Informationen, deren Aktualität und die Häufigkeit des Informationsaustausches an. Heikel ist insbesondere der Austausch von Informationen, die üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse angesehen werden, also etwa von (Netto-)Verkaufspreisen, Mengen und Geschäftsstrategien. Der Informationsaustausch wird umso kritischer angesehen, je detaillierter er ist (wenn z. B. Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen möglich sind). Ein regelmässiger Austausch der im vergangenen Quartal durchschnittlich verrechneten Preise und abgesetzten Mengen unter Wettbewerbern beispielsweise wäre mit grosser Wahrscheinlichkeit unzulässig. Für die Beurteilung von Bedeutung ist zudem, ob die Daten öffentlich sind oder – was kritischer ist – nur einem limitierten Kreis zugänglich gemacht werden.

Im ASCOPA-Fall hat die Weko dem Umstand, dass der Kosmetik- und Parfümeriemarkt mit unzähligen Unternehmen und unterschiedlichen Produkten sehr kompetitiv ist, kaum Beachtung geschenkt und das Kriterium der Marktstruktur damit weniger stark gewichtet. Für die Weko spielte die Tatsache, dass die durch den Informationsaustausch erhöhte Transparenz auch wettbewerbsfördernde Wirkungen hatte, ebenfalls nur eine untergeordnete Rolle. Daraus folgt, dass auch in wettbewerbsstarken Branchen mit vielen Wettbewerbern Vorsicht beim Informationsaustausch zwischen Konkurrenten geboten ist.

### Hohes Sanktionsrisiko

In der EU können grundsätzlich alle Verstösse gegen die EU-Wettbewerbsbestimmungen mit Busse geahndet werden, in der Schweiz dagegen nur harte Wettbewerbsabreden (über Preise, Kunden, Gebiete oder Mengen). Ein Austausch von Informationen, die direkt oder indirekt Preise, Kunden, Gebiete oder Mengen betreffen, ist insofern gefährlich, als er – selbst wenn die beteiligten konkurrierenden Unternehmen das gar nicht beabsichtigt haben – als harte Abrede infolge abgestimmten Verhaltens beurteilt werden kann. Ein abgestimmtes Verhalten liegt schon vor, wenn mit einem Informationsaustausch die strategische Ungewissheit auf dem Markt in Bezug auf das Verhalten der konkurrierenden Unternehmen verringert wird und sich diese Unternehmen anschliessend tatsächlich gleich bzw. ähnlich verhalten. Wenn sich beispielsweise die Preise der an einem Preisinformationsaustausch beteiligten Unternehmen effektiv – aus welchem Grund auch immer – ähnlich entwickeln, besteht die

Gefahr einer Sanktionierung mit einer massiven Busse. Ein Informationsaustausch kann von den Wettbewerbsbehörden auch als Indiz für eine zwischen Wettbewerbern vereinbarte harte Abrede betrachtet werden.



©iStockphoto.com/Tom Fewster

### Empfehlungen

Angesichts dieser zunehmend kritischen Beurteilung des Informationsaustausches auch ohne Absicht einer Wettbewerbsabrede der Beteiligten sowie der gravierenden Sanktionsrisiken sollten Unternehmen aller Branchen Informationsaustausch mit Wettbewerbern (etwa im Rahmen von Branchenverbänden) kritisch prüfen.

- Als Faustregel kann festgehalten werden, dass Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich nicht mit Wettbewerbern ausgetauscht werden dürfen. In der Schweiz besonders heikel ist der Austausch von Informationen, die Preise, Kunden, Gebiete oder Mengen betreffen.
- Zwischen Wettbewerbern erfolgende Informationsaustausche sollten gemäss den massgebenden Kriterien überprüft werden (insbesondere Inhalt, Identifikationsmöglichkeit, Aktualität, Empfängerkreis und Häufigkeit).
- Im Rahmen von Branchenverbänden sollte darauf geachtet werden, dass kein unzulässiger Informationsaustausch stattfindet. Falls ein Unternehmensvertreter von sich aus sensitive Informationen preisgibt, sollten die anderen anwesenden Personen dies sogleich unterbinden und sich belegbar davon distanzieren.
- Auch in Bezug auf Informationsaustausch, der nicht Preise, Mengen, Gebiete oder Kunden (harte Abreden) betrifft, sind aktive Compliance-Bemühungen der Unternehmen und Verbände empfehlenswert, um kartellrechtliche Verstösse zu vermeiden bzw. einem falschen Verdacht der Wettbewerbsbehörden und aufwendigen Verfahren vorzubeugen. Empfehlenswert ist beispielsweise, dass Unternehmen Weisungen zum Informationsaustausch erlassen und intern eine Person bestimmen (Compliance-Officer), welche die Einhaltung der Weisungen überprüft und Schulungen zum Kartellrecht organisiert.