



St. Galler Anwaltsverband
SGAV

Das «mandat» ist unter
www.sgav.ch
als E-Book verfügbar.

mandat

Nr. 1 / April 2017

Die Klientenschrift des St. Galler Anwaltsverbandes SGAV

RECHT & UNTERNEHMUNG

Enteignungsrecht –
Was muss man wissen? **3**



Dos and Don'ts
in Lizenzverträgen **6**



«Dawn Raids» – Hausdurch-
suchungen im Rahmen
von Kartellverfahren **9**

RECHT & PRIVAT

Lücken im
Versicherungsschutz **13**

Geschädigtenvertretung
im Strafverfahren **16**

RECHT - ECK

Voraussetzung zur
Anfechtung des
Anfangszinses **19**

Übergangsbestimmungen
betreffend Vorsorgeaus-
gleich

Europäische Menschenrechts- konvention (EMRK) – was bedeutet sie für die Schweiz?

Die EMRK ist ein Staatsvertrag, der 1950 verabschiedet wurde. Die damaligen Vertragsstaaten hatten das Ziel, nach dem Zweiten Weltkrieg erste Schritte auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie bestimmter, in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der UNO von 1948 aufgeführter Rechte zu unternehmen. Die Schweiz hat die Konvention am 28. November 1974 ratifiziert.

Inhaltlich handelt es sich bei der EMRK um einen Katalog von Grundrechten und verfahrensrechtlichen Garantien, die dem Einzelnen Schutz vor ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen in die individuelle Freiheit und faire Verfahren gewähren. Zu den garantierten Rechten zählen beispielsweise das Recht auf Leben, das Verbot der Folter, die Religionsfreiheit, das Diskriminierungsverbot, die Versammlungs- und die Meinungsäusserungsfreiheit. Die EMRK bildet gemäss Bundesrat den zentralen Baustein einer europäischen Grundwertegemeinschaft, zu deren Werten sich die Schweiz seit jeher bekennt und die Teil ihrer eigenen Verfassungstradition sind. Die Verletzung der EMRK kann mit Individualbeschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg gerügt werden. Dessen Urteile sind für die Vertragsstaaten verbindlich. Bis 2013 führten knapp 1.6 % der Schweizer Fälle zu einer Verurteilung der Schweiz durch den Gerichtshof.

Die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR hat die schweizerische Gesetzgebung und Gerichtspraxis in vielfältiger Weise beeinflusst und zur innerstaatlichen Fortbildung und Wirksamkeit der Grundrechte beigetragen. Konkrete Beispiele sind etwa die Aufhebung der früheren Sperrfrist, während welcher der schuldige Partner im Falle einer Scheidung nicht wieder heiraten durfte, das Verbot der Übertragung von Steuerstrafen auf die Erben des Steuerpflichtigen,

EDITORIAL

lic. iur. Markus Joos
Rechtsanwalt und Notar
St. Gallen



die Gleichbehandlung der Ehegatten mit Bezug auf das Namensrecht oder das Verbot, dienstuntaugliche Behinderte zur Leistung einer Ersatzabgabe zu verpflichten. Die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR haben von Anfang an zu Kritik in der Schweiz geführt. Anlass dazu gaben zum Beispiel die «fremden Richter», die lange Verfahrensdauer, die «dynamische» oder «ausufernde» Rechtsprechung des EGMR und in jüngerer Zeit die Konflikte zwischen einzelnen Volksinitiativen und der EMRK. Eine Kündigung der EMRK durch die Schweiz ist aber auch unter Berücksichtigung berechtigter Kritik am EGMR keine taugliche politische Option. Aussenpolitisch würde eine Kündigung der EMRK durch die Schweiz einen Reputationsschaden mit unabsehbaren Auswirkungen herbeiführen und die Schweiz international isolieren. Im Inland würde eine tragende Säule des Grundrechtsschutzes wegfallen und die bürgerlichen Freiheiten im Verhältnis zum Staat erheblich geschwächt. Die Bemühungen der Schweiz sollten deshalb wie bisher darauf ausgerichtet sein, im Rahmen des Europarates gemeinsam mit anderen Staaten durch kontinuierliche Reformen den Grundrechtsschutz in Europa zu stärken, die Autorität des EGMR zu wahren und dessen Funktionsfähigkeit langfristig zu sichern. ■



«Dawn Raids» – Hausdurchsuchungen im Rahmen von Kartellverfahren

Wenn von Hausdurchsuchungen die Rede ist, dann denkt man in der Regel automatisch an nächtliche Polizeiaktionen, während welchen ein (potentieller) Straftäter in seinem Zuhause überrascht wird und die zu seiner Überführung notwendigen Beweismittel sichergestellt werden. Hausdurchsuchungen sind jedoch nicht ausschliesslich dem Gebiet des Strafrechts vorbehalten. Seit dem 1. April 2004 ist diese Massnahme auch im schweizerischen Kartellrecht ausdrücklich vorgesehen. So kann die Wettbewerbskommission (WEKO) zur Untersuchung von mutmasslichen Verstössen gegen das Kartellrecht und zur Sicherstellung von Beweisgegenständen eine Hausdurchsuchung anordnen. Seit Anfang 2006 wurden bereits bei mehr als 100 Unternehmen solche Hausdurchsuchungen durchgeführt. Betroffen waren dabei nicht etwa nur grosse multinationale Konzerne, sondern auch lokale KMU. Da Hausdurchsuchungen erhebliche Betriebsstörungen nach sich ziehen können, ist jedes Unternehmen gut beraten, sich frühzeitig eine angemessene Verhaltensstrategie zu erarbeiten.

I. EINFÜHRUNG

Hausdurchsuchungen haben sich bei der WEKO mittlerweile als Beweiserhebungsmethode etabliert und können potentiell jedes Unternehmen treffen. Jedes Unternehmen sollte sich daher bewusst sein, was eine kartellrechtliche Hausdurchsuchung für seine Geschäftstätigkeit bedeuten kann und wie im «Fall der Fälle» optimal dar-

auf reagiert werden sollte. Der vorliegende Beitrag soll Unternehmen einen ersten Überblick verschaffen über die Grundlagen kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen (II.), über deren konkreten Ablauf (III.), über potentiell damit einhergehende Geschäftsrisiken und die Notwendigkeit von (Präventiv-) Massnahmen (IV.) sowie über geeignete Verhaltensstrategien (V.).

II. GRUNDLAGEN

Unter einem «Dawn Raid» bzw. einer kartellrechtlichen Hausdurchsuchung versteht man das unangekündigte Erscheinen der WEKO in den Geschäftsräumlichkeiten des betroffenen Unternehmens und/oder in den Privaträumlichkeiten von dessen Mitarbeitenden. Zweck der Massnahme ist die Suche und Sicherstel-

lung von Beweisen im Rahmen eines kartellrechtlichen Verfahrens.

Eine Hausdurchsuchung kommt nur in Betracht, wenn

- a) die WEKO einen hinreichenden Tatverdacht für ein wettbewerbsschädigendes Verhalten des betroffenen Unternehmens hat,
- b) es wahrscheinlich scheint, dass dabei Beweismittel (z. B. einschlägige E-Mails oder Aktenordner) sicher gestellt werden, und
- c) der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist (d. h. der Eingriff in die Geschäftstätigkeit des Unternehmens so gering wie möglich gehalten wird).

III. ABLAUF EINER HAUSDURCHSUCHUNG

1. Ankunft der WEKO

In einem ersten Schritt wird sich die die Hausdurchsuchung leitende Person der WEKO gegenüber der hierarchisch am höchsten gestellten anwesenden Person im Unternehmen ausweisen und diese über den Grund des Erscheinens unterrichten. Dabei übergibt sie der verantwortlichen Person des Unternehmens verschiedene Dokumente wie z. B. ein Doppel des Untersuchungsbefehls. Sobald der Erhalt dieser Dokumente quittiert worden ist, beginnt die eigentliche Hausdurchsuchung.

2. Recht auf einen Anwalt/ eine Anwältin

Obschon dem betroffenen Unternehmen das Recht zusteht, einen Anwalt oder eine Anwältin beizuziehen, wird mit dem Beginn der Hausdurchsuchung nicht zugewartet, bis diese(r) vor Ort eintrifft. Immerhin werden die während der Abwesenheit des Anwaltes oder der Anwältin gefundenen Beweismittel aber zur Seite gelegt, sodass diese(r) nach dem Eintreffen dazu Stellung nehmen kann.

3. Wie weit geht das Durchsuchungsrecht der WEKO?

Die WEKO darf prinzipiell sämtliche Räume sowie die darin enthaltenen Behältnisse (z. B. Schränke oder Tresore) durchsuchen, in welchen sie Beweismittel zu finden vermutet. Folglich dürfen sowohl Geschäftsräume wie auch private Wohnungen durchsucht werden. Grundsätzlich dürfen alle Akten durchsucht werden. Dies gilt auch für elektronische Daten (Mobiltelefon, Computer etc.), auf die von innerhalb der Räumlichkeiten zugegriffen werden kann. Die WEKO darf Originaldokumente beschlagnahmen, soweit sich hiervon nicht innert nützlicher Zeit vor Ort ein Scan oder eine Kopie herstellen lässt. Von elektronischen Daten wird entweder ein Duplikat erstellt oder es wird der originale Datenträger beschlagnahmt. Die Sichtung der Akten durch die WEKO erfolgt in der Regel erst zu einem späteren Zeitpunkt in deren eigenen Räumlichkeiten.

Vom Durchsuchungsrecht der WEKO ausgenommen sind jedoch jene Akten, die dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterliegen. In der Praxis spielt dabei insbesondere das Anwaltsgeheimnis eine bedeutende Rolle. Dieses gilt jedoch weder für Unternehmensjuristinnen und -juristen noch für Anwälte oder Anwältinnen, die selber eines Kartellrechtsverstosses verdächtigt werden. Um zu bestimmen, ob es sich bei einem Dokument tatsächlich um Anwaltskorrespondenz handelt, dürfen Mitarbeitende der WEKO das Dokument oberflächlich sichten. Besteht eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob das jeweilige Dokument dem Anwaltsgeheimnis unterliegt oder nicht, so kann das Unternehmen eine Siegelung verlangen.

Können bestimmte Räumlichkeiten aus irgendeinem Grund nicht sofort durchsucht werden, so werden diese versiegelt. Ein allfälliger Siegelbruch wird bestraft.

4. Rechte und Pflichten des betroffenen Unternehmens

Die zuständige Person des Unternehmens darf der gesamten Durchsuchung beiwohnen. Auch wenn Akten beschlagnahmt und erst später in den Räumlichkeiten der WEKO analysiert werden, darf diese Person persönlich zugegen sein. Eine Pflicht zur persönlichen Anwesenheit besteht allerdings nicht. Eine Durchsuchung in Abwesenheit der zuständigen Person des Unternehmens ist denn auch nicht ungültig.

Die zuständige Person des Unternehmens hat das Recht (wiederum aber keine Pflicht), sich zu den Durchsuchungshandlungen zu äussern. Die Durchsuchung muss von allen beteiligten Personen geduldet werden. Dies bedeutet, dass diese die Durchsuchungshandlungen passiv über sich ergehen lassen müssen und die Ermittlungen der WEKO nicht behindern dürfen, ansonsten sie sich strafbar machen.

Duldungspflicht bedeutet nicht Kooperationspflicht. Auf Unternehmensseite ist folglich keine aktive Beteiligung vorgeschrieben. Dokumente, welche von der WEKO nicht verlangt werden, müssen auch nicht herausgegeben werden. In einem gewissen Ausmass kann es sich jedoch trotzdem lohnen, sachdienliche Hinweise zu geben, da so die Störung der Geschäftstätigkeit zumindest teilweise reduziert werden kann.

Hausdurchsuchungen können potentiell jedes Unternehmen treffen.

IV. POTENTIELLE GESCHÄFTSRISIKEN UND DIE NOTWENDIGKEIT GEEIGNETER (PRÄVENTIV-)MASSNAHMEN

Hausdurchsuchungen können einschneidende Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb haben. Betriebsabläufe können empfindlich gestört werden. Interne Pannen wie die Vereitelung von Ermittlungsmassnahmen können drastische



lic. iur. Thomas Schönenberger,
LL.M.
Fachanwalt SAV Bau- und
Immobilienrecht
Rechtsanwalt und Notar
St.Gallen

Die Hausdurchsuchung sollte dokumentiert, protokolliert und eingehend nachbesprochen werden.

Bussen nach sich ziehen. Insgesamt bedeutet eine Hausdurchsuchung für alle Beteiligten ein hohes Mass an Stress und stellt damit eine grosse psychische Belastung dar. Ferner ist es praktisch ausgeschlossen, dass eine Hausdurchsuchung – sobald sie angeordnet wurde – noch verhindert werden kann. Sich juristisch gegen die Hausdurchsuchung zu wehren, ist in der Regel erst im Nachhinein möglich.

Aus diesen Gründen ist eine Sensibilisierung im Unternehmen auf das Thema Kartellrecht unabdingbar. Mittels eines Kartellrechtsaudits sollte vorab geprüft werden, ob unternehmensintern kartellrechtliche Risiken bestehen. Sollte im Rahmen dieses Audits ein Verstoß festgestellt werden, ist auch die Möglichkeit einer Selbstanzeige zu prüfen. Zudem sollte ein Verhaltenskodex, welcher die leitenden Mitarbeitenden über kartellrechtliche Risiken und kartellrechtlich relevantes Verhalten aufklärt, erarbeitet und ein funktionierendes Compliance-System etabliert werden. Darauf aufbauend sind für den Fall einer Hausdurchsuchung unternehmensintern klare Verhaltensregeln zu definieren und zu implementieren. Durch derartige (Präventiv-)Massnahmen können Betriebsstörungen und weitere potentielle Schäden effektiv begrenzt werden.

V. VERHALTENS-STRATEGIEN

1. Schulung der Mitarbeitenden

Es ist unabdingbar, die Mitarbeitenden in Schulungen über den Ablauf und das angemessene Verhalten im Falle einer Hausdurchsuchung zu unterrichten. In der Schulung ist auf die Funktion und Stellung der einzelnen Mitarbeitenden Rücksicht zu nehmen: Nicht nur das Kader, sondern auch etwa die Mitarbeitenden, die für den Empfang des WEKO-Personals zuständig sein werden, sollten geschult werden. In der Regel erweist es sich als sehr hilfreich, Checklisten zum konkreten Ablauf und Verhalten zu erstellen. Auch können Verhaltensabläufe im Rahmen von Test-Hausdurchsuchungen geübt werden.

2. Sicherstellung einer raschen anwaltlichen Unterstützung

Da die WEKO bei der Durchführung der Hausdurchsuchung nicht auf die Ankunft der Anwältin oder des Anwalts wartet, sollte sichergestellt werden, dass die Anwältin oder der Anwalt innert möglichst kurzer Zeit vor Ort ist. Der Anwältin oder dem Anwalt sind ein Situationsplan sowie die Kontaktdaten der relevanten unternehmensinternen Ansprechperson zur Verfügung zu stellen.

3. Bezeichnung der verantwortlichen Personen

Vorab sollten unternehmensintern die verantwortlichen Personen klar bestimmt werden. Es empfiehlt sich, ein «Hausdurchsuchungsteam», bestehend aus mindestens einem Mitglied des eigenen Rechtsdiensts (sofern vorhanden), einem Mitglied der Geschäftsleitung sowie einem IT-Spezialisten und einer (externen) Anwältin oder einem (externen) Anwalt zu etablieren. Das Team der WEKO sollte nach Möglichkeit dauernd überwacht werden, damit eine verhältnismässige Durchführung der Hausdurchsuchung sichergestellt ist. Bei Ankunft der WEKO sollte das Haus-

durchsuchungsteam von den Mitarbeitenden am Empfang umgehend über diese Tatsache benachrichtigt werden.

4. Organisation der Dokumente

Allgemein empfiehlt es sich, für kartellrechtliche Abklärungen eine (externe) Anwältin oder einen (externen) Anwalt und nicht den unternehmensinternen Rechtsdienst zu beauftragen. Damit kann sichergestellt werden, dass die entsprechenden Akten vom Anwaltsgeheimnis geschützt sind. Einschlägige kartellrechtliche Korrespondenz sollte nach Möglichkeit ferner ausschliesslich bei der (externen) Anwältin oder dem (externen) Anwalt aufbewahrt werden. Akten, die dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses unterliegen, sind klar als solche zu kennzeichnen.

5. Massnahmen nach einer Hausdurchsuchung

Die Hausdurchsuchung sollte dokumentiert, protokolliert und eingehend nachbesprochen werden. Aufgrund einer detaillierten Analyse sollen die weiteren Schritte definiert werden. So ist etwa zu prüfen, ob es sich lohnt, gegen die Hausdurchsuchung ein Rechtsmittel zu ergreifen. Allenfalls muss auch das unternehmensinterne Compliance-System verbessert werden. Nicht zuletzt ist auch mit den betroffenen Mitarbeitenden ein Debriefing durchzuführen.

VI. FAZIT

Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen haben sich in der Praxis der WEKO als Beweisermittlungshilfe etabliert. Ungeachtet, ob multinationaler Konzern oder lokales KMU: Jedes Unternehmen kann von einer Hausdurchsuchung der WEKO betroffen sein. Um diesfalls Störungen des Geschäftsbetriebs zu minimieren, ist jedem Unternehmen empfohlen, frühzeitig klare Verhaltensregeln für den Ernstfall zu definieren und zu implementieren. ■