

---

# Befragungen im Kartellverfahren

ZAV-Fachgruppe Wettbewerbsrecht

23. Juni 2016

Dr. Gion Giger

---

walderwyss rechtsanwälte

Parteienvernehmung (einfaches Parteiverhör)		Zeugeneinvernahme
<b>Gesetzliche Grundlage</b>	Auskunftspflicht nach Art. 40 KG Art. 62 BZP analog?	Art. 42 Abs. 1 KG; Art. 14 Abs. 1 Bst. d VwVG
<b>Adressaten</b>	Parteien (Art. 6 VwVG)	Dritte (Zeugnispflicht Art. 15 VwVG)
<b>Sanktionen</b>	Keine Strafandrohung für Falschaussage Verletzung der Auskunftspflicht: Sanktionen nach Art. 52 und 55 KG	Strafbarkeit für falsche oder unvollständige Aussagen (Art. 307 i.V.m. 309 StGB)
<b>Verweigerungsrechte</b>	Art. 40 Satz 2 KG → Art. 16 VwVG → <b>Art. 42 BZP</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Belastung der auskunftspflichtigen Person oder einer ihr nahestehenden Person</li> <li>• <b>Recht zu Schweigen in Sanktionsverfahren (Art. 6 Abs. 1/2 EMRK; Selbstbelastungsfreiheit; «nemo tenetur»)</b></li> <li>• Träger eines Berufsgeheimnis</li> </ul>	Art. 39 KG → Art. 16 VwVG → <b>Art. 42 BZP</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Belastung des Zeugen oder einer ihm nahestehenden Person</li> <li>• Träger eines Berufsgeheimnis</li> </ul>

# Selbstbelastungsfreiheit (Nemo-tenetur-Grundsatz)

---

- Art. 6 Ziff. 1 und 2 EMRK, Art. 14 Ziff. 3 Bst. g UNO-Pakt II, Art. 32 Abs. 1 und 2 BV, Art. 113 Abs. 1 StPO
- Ratio: Schutz der Menschenwürde, Fairnessgebot gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK
- Gilt im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren («strafrechtliche Anklage» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK)  
*(Urteil des EGMR 43509/08 vom 27. September 2011, A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy; BGE 139 I 72 E. 2.2.2., Publigroupe SA)*
- Gilt für juristische Personen; umstr., ob differenzierter Schutzbereich  
*(BGE 140 II 384 E. 3.3.4, A. AG v. ESBK; bisher keine Differenzierung durch EGMR)*
- Für Einvernahmen relevanter Inhalt: **Recht, die Aussage ohne Angabe von Gründen zu verweigern**

# Parteivertreter vs. Zeuge (I): Praxis des Sekretariats

---

- Als Unternehmensvertreter werden **formelle und faktische Organe** befragt
- Als Zeugen befragt werden:
  - **Drittpersonen**
  - **Mitarbeiter ohne Organstellung**, einschliesslich Mitarbeiter von Organen und Mitarbeiter von Rechts- oder Compliance-Abteilungen
  - **Ehemalige Organe** (z.B. pensionierter CEO)
- Beurteilung im Zeitpunkt der Befragung
- Soweit ersichtlich bisher keine Einvernahmen als Auskunftsperson

*Vgl. Merkblatt «Ausgewählte Ermittlungsinstrumente», Rz 56*

# Parteivertreter vs. Zeuge (I): Praxis des Sekretariats (Forts.)

---

- Argumente des Sekretariats für diese Praxis:
  - Gleiche Rechtslage im Unternehmensstrafrecht (Kohärenz der Rechtsordnung)
  - Für ehemalige Organe: Keine Zurechnung der Aussagen zu einer Partei (Geständnis!)
  - Nemo-tenetur-Grundsatz nicht tangiert, wenn Mitarbeiter oder ehemalige Organe einvernommen werden, weil nicht das Unternehmen selbst zur Aussage verpflichtet wird

# Parteivertreter vs. Zeuge (II): Gesetzliche Grundlagen

---

Art. 42 Art. 1 KG:

Die Wettbewerbsbehörden können **Dritte** als Zeugen einvernehmen [...].

Art. 162 StPO:

Zeugin oder Zeuge ist **eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person**, die der Aufklärung dienende Aussagen machen kann und nicht Auskunftsperson ist.

# Parteivertreter vs. Zeuge (III): Einvernahme von Mitarbeitern

---

- Möglicher Kartellrechtstäter ist **kein unbeteiligter Dritter**
  - Vgl. Art. 42 KG und Art. 162 StPO: «eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person»
  - Selbstbelastung vs. Belastung des Unternehmens: auch ohne persönliche Strafbarkeit ist eine **Zwangslage** des Mitarbeiters möglich
- Zufällige und sachwidrige Unterscheidung der Mitwirkungspflichten der Unternehmensangehörigen nach ihrem Status Organ/Mitarbeiter
- **Nemo-tenetur-Grundsatz:**
  - wird über den Umweg über den Mitarbeiter **ausgehebelt und zulasten des Unternehmens seiner Wirksamkeit beraubt**
  - **Gleichlauf des Aussageverweigerungsrechts und der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit** notwendig

# Parteivertreter vs. Zeuge (III): Einvernahme von Mitarbeitern (Forts.)

---

«Massgebend für die Bestimmung der Berechtigten zur Auskunftsverweigerung sind der Wortlaut sowie Sinn und Zweck von Art. 40 KG und nicht der Wortlaut von Art. 52 BZP. Danach werden ausdrücklich die Beteiligten an Wettbewerbsbeschränkungen und damit alle Organisationseinheiten, die als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG und Kartellrechtssubjekte zu qualifizieren sind [...], zur Auskunft verpflichtet. Das **Recht zur Verweigerung dieser Auskunft** muss demzufolge auch unmittelbar diesen Auskunftspflichtigen zugesprochen werden. **Bei juristischen Personen und nicht rechtsfähigen Organisationseinheiten kommt dieses Recht sowohl den Organmitgliedern bzw. Vertretern als auch den einzelnen Mitarbeitern dieser Auskunftspflichtigen zu [...].»**

*B-7633/2009 – Preispolitik Swisscom ADSL, Erw. 86 (Hervorhebungen hinzugefügt)*

# Parteivertreter vs. Zeuge (IV): Einvernahme ehemaliger Organe/Mitarbeiter

---

- Hohe Fluktuationen in Schweizer Unternehmen:
  - Im Durchschnitt wird innerhalb von rund **sieben Jahren** die gesamte Belegschaft eines Unternehmens ausgewechselt. (Bruttorotationsquote von rund 15%, ohne interne Wechsel)
  - Selbst in den hohen Lohnklassen wechselt das Kader innerhalb von rund **zehn Jahren**. (Bruttorotationsquote von rund 10%, ohne interne Wechsel)
- Pensionierung oder Stellenwechsel während der Untersuchung:
  - Kann ein Organ, das die Aussage verweigert hat, nach der Pensionierung oder dem Stellenwechsel als Zeuge mit Aussagepflicht einvernommen werden?
  - Anreiz für das Sekretariat, mit Einvernahmen zuzuwarten? Anreiz für das Unternehmen, Mitarbeiter während der Untersuchung weiter zu beschäftigen?
- Ob Selbstbelastungsfreiheit besteht, hängt von zufälligen und sachwidrigen Kriterien ab (Zeitablauf, Alter, Stellenwechsel)!

# Parteivertreter vs. Zeuge (IV): Einvernahme ehemaliger Organe/Mitarbeiter (Forts.)

---

- Ehemalige sind keine Dritte i.S.v. Art. 42 KG und deshalb keine Zeugen
  - Die Fragen an die ehemaligen Organe/Mitarbeiter dürften sich auf **Ereignisse während der Zeit ihrer Anstellung** konzentrieren
  - Ehemalige können **Fragen zu Interna** nur beantworten, weil sie früher Organe/Mitarbeiter des Unternehmens waren
- **«Einmal beteiligt, immer beteiligt»**: Ehemalige, die mögliche Kartellrechtstäter sind, können erst recht keine Zeugen sein (vgl. Art. 162 StPO)
- **Nemo-tenetur-Grundsatz**:
  - wird über den Umweg über Ehemalige **ausgehebelt und zulasten des Unternehmens seiner Wirksamkeit beraubt**
  - **Gleichlauf des Aussageverweigerungsrechts und der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit** notwendig

# Zurechnung von Aussagen von Parteivertretern

---

- Das Sekretariat befragt die Organe jeweils als Vertreter des Unternehmens (Partei) und rechnet deren Aussagen dem Unternehmen zu.
- Die Organe sind nicht mit dem beschuldigten Unternehmen identisch; eine Aussage eines Organs ist mit einer Aussage des Unternehmens nicht identisch
  - Was gilt bei sich widersprechende Aussagen? Zurechnung der entlastenden Aussage? Zurechnung der belastenden Aussage als Geständnis?
  - Für die unternehmensinterne Willensbildung gelten gesellschaftsrechtliche Regeln: Was gilt, wenn Organe aussagen, ohne dass ihr Aussageverhalten z.B. mittels VR-Beschluss abgestützt ist?
- Kein Automatismus, Frage der **Beweiswürdigung**

# Durchführung von Einvernahmen während der Hausdurchsuchung

---

- Zeitgleiche Hausdurchsuchungen und Einvernahmen sollen heute die Regel sein.
- Gilt als zulässig, weil Zeugen- und Parteieinvernahmen im KG nicht subsidiär sind (entgegen Art. 14 Abs. 1 VwVG)
- Einvernahmen vor Ort explizit im HD-Befehl vorgesehen, Vorladung wird vor Ort überreicht
- Zeit, um Anwesenheit des Anwalts zu organisieren, wird gewährt (mindestens vier Stunden; *Merkblatt «Ausgewählte Ermittlungsinstrumente, Rz 59»*).
- Konflikt mit dem **Anspruch, ausreichend Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten** (Art. 6 Abs. 3 Bst. b EMRK)?
  - Kaum Gelegenheit, Instruktionen zu erhalten und Strategie zu entwickeln
  - Anwalt gleichentags bereits bei Hausdurchsuchung beschäftigt und gefordert

# Praktische Durchführung von Einvernahmen

---

- Fehlender Blickkontakt: Der Anwalt wird hinter dem befragten Unternehmensvertreter platziert.
- Möglichkeit zu Ergänzungsfragen wird nur ganz am Schluss der Einvernahme gewährt.
- Viele Unterbrechungen zwecks Protokollierung verunmöglichen einen natürlichen Redefluss und führen dazu die befragte Person den Zusammenhang verliert.