

IDÉ

Institut Droit et Economie
Institut für Recht und Wirtschaft

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.)

Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision

Pratique du droit de la concurrence: Abus de position dominante, procédure, révision

Referate der 4. Freiburger Kartellrechtstagung
vom 27. Januar 2012, mit Text des EU-Abkommens

Rapports présentés au 4^{ème} Colloque fribourgeois
du droit des cartels du 27 janvier 2012,
avec texte de l'accord avec l'UE

Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.)

Kartellrechtspraxis: Missbrauch von
Marktmacht, Verfahren, Revision

Pratique du droit de la concurrence: Abus de
position dominante, procédure, révision

IDÉ

Institut Droit et Economie

Institut für Recht und Wirtschaft

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

IDÉ

Institut Droit et Economie

Institut für Recht und Wirtschaft

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.)

Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision

Pratique du droit de la concurrence: Abus de position dominante, procédure, révision

Referate der 4. Freiburger Kartellrechtstagung
vom 27. Januar 2012, mit Text des EU-Abkommens

Rapports présentés au 4^{ème} Colloque fribourgeois
du droit des cartels du 27 janvier 2012,
avec texte de l'accord avec l'UE

Schulthess § 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2013
ISBN 978-3-7255-6765-2

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Verzeichnis der Autoren	IX
Réforme 2012 du droit suisse de la concurrence: une introduction	1
<i>Christian Bovet</i>	
Das Design einer Wettbewerbsbehörde	23
<i>Walter Stoffel</i>	
Missbrauch von Marktmacht: Artikel 7 Kartellgesetz in der Krise?	45
<i>Andreas Heinemann</i>	
Abus de position dominante: développements récents de la pratique	57
<i>Benoît Merkt</i>	
Le nouvelle Autorité de la concurrence	77
<i>Bruno Lasserre</i>	
Verfahren	87
<i>Mani Reinert</i>	
Anhang	
<i>Proposal for an Agreement between the European Union and the Swiss Confederation concerning cooperation on the application of their competition laws</i>	119

Verzeichnis der Autoren

Christian Bovet, Professeur, docteur en droit, Université de Genève

Andreas Heinemann, Prof. Dr. iur., Universität Zürich, Vizepräsident der Wettbewerbskommission

Bruno Lasserre, Président de l'Autorité de la concurrence, Paris

Benoît Merkt, Docteur en droit, avocat à Genève

Mani Reinert, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Walter A. Stoffel, Prof. Dr. iur., Universität Freiburg i.Ue., Präsident der Wettbewerbskommission 2003–2010

Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht

Mani Reinert

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Flickenteppich kartellverfahrensrechtlicher Bestimmungen
- III. Projektbericht P10/11 Verfahrensrecht und EMRK
- IV. Auskunftspflicht und Selbstbelastungsfreiheit
 - A. Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG
 - B. Selbstbelastungsfreiheit
 - 1. Rechtsgrundlage
 - 2. Inhaltliche Rechtfertigung
 - 3. Inhalt
 - C. Lösung des Konflikts: Keinerlei Mitwirkungspflichten in Sanktionsverfahren
 - D. „Pragmatischer“ Ansatz des Projektberichts P10/11
- V. Parteiverhör
 - A. Rudimentäre Regelung
 - B. Form der Vorladung
 - C. Vorführung
 - D. Bestimmung des zu verhörenden Vertreters
 - E. Hinweispflichten
 - 1. Die Hinweispflichten im Einzelnen
 - 2. Praxis des Sekretariats
 - F. Durchführung des Parteiverhörs
 - G. Teilnahmerecht anderer Parteien?
 - H. Parteiverhöre an Hausdurchsuchungen
- VI. Selbstanzeige und Bestreitung der rechtlichen Würdigung
- VII. Schlussfolgerungen
 - A. Notwendigkeit eines aus sich selbst heraus verständlichen und klaren Verfahrensrechts
 - B. Übernahme des VStrR?
 - C. Übernahme der StPO?
 - D. Alternative: Verweis auf Teile der StPO

I. Einleitung

Das heutige Kartellverfahrensrecht fusst im Wesentlichen noch auf dem Kartellgesetz in der Fassung vom 6. Oktober 1995 (KG). Dieses führte damals eine Verfügungskompetenz der Weko ein und bestimmte deshalb in Art. 39 KG, dass

das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) Anwendung finde, sofern das Kartellgesetz nicht hiervon abweiche.

Als im Jahr 2003 direkte Sanktionen eingeführt wurden, begnügte sich der Gesetzgeber im Wesentlichen damit, der Weko in Art. 42 Abs. 2 KG eine ausdrückliche Kompetenz zur Durchführung von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen zu verleihen. Sonst blieb die Regelung des Verfahrens aber unangetastet.

Auch im Rahmen der laufenden Kartellgesetzrevision soll darauf verzichtet werden, das Verfahren zu revidieren, soweit sich keine Änderungen aus den neuen Institutionen ergeben. Für die Wettbewerbsbehörde soll sich das Verfahren vorbehältlich abweichender Regelungen im KG (z.B. Art. 42 und 57 KG) nach den Bestimmungen des VwVG richten. Für das Wettbewerbsgericht soll Entsprechendes gelten. Vorbehältlich besonderer Bestimmungen im KG soll sich auch hier das Verfahren nach dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) sowie dem VwVG richten.¹

Wie die nachstehenden Ausführungen zeigen ist die gesetzgeberische Nonchalance gegenüber verfahrensrechtlichen Fragen ungerechtfertigt. Nachfolgend wird anhand praktischer Einzelfragen gezeigt, dass das heutige Kartellverfahrensrecht nicht nur unvollständig ist sondern auch in zentralen Punkten fundamentalen strafprozessualen Prinzipien widerspricht. Aus Platzgründen wird dabei – da praktisch am bedeutsamsten – nur das Verfahren gegenüber Unternehmen beleuchtet und zwar vorwiegend im Rahmen einer Sanktionierung nach Art. 49a KG. Nicht eingegangen wird auf das Verfahren bei Strafsanktionen.

II. Der Flickenteppich kartellverfahrensrechtlicher Bestimmungen

Wie bereits erwähnt wurde finden in Kartellrechtsverfahren Kraft des Verweises in Art. 39 KG grundsätzlich die Vorschriften des VwVG Anwendung.

¹ BOTSCHAFT 2012, BBl 2012, 3954.

Das Kartellgesetz enthält daneben verschiedene Vorschriften, die vom VwVG abweichen. Solche Sondervorschriften sind etwa:

- Das Verfahren der Vorabklärung (Art. 26 KG) mit Besonderheiten wie dem fehlenden Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG).²
- Das Recht auf schriftliche Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (Art. 30 Abs. 2 KG).³
- Das Beweismittel des Parteiverhörs und der Hausdurchsuchung (Art. 42 KG).⁴
- Die Regelung der Parteistellung Dritter in Art. 43 KG.⁵

Zudem kommen aufgrund eines Verweises entweder im Kartellgesetz oder im VwVG u.a. folgende Bestimmungen zur Anwendung:

- Art. 45–50 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), die die Hausdurchsuchung regeln (aufgrund des Verweises in Art. 42 Abs. 2 KG).
- Art. 64 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP), der die Beweisaussage regelt (aufgrund des Verweises in Art. 42 Abs. 2 KG).
- Art. 37, 39–41 und 43–61 BZP betreffend das Beweisverfahren (aufgrund des Verweises in Art. 19 VwVG).

Daneben kommen folgende Bestimmungen analog oder aufgrund übergeordneter Geltungskraft zur Anwendung:

- Die Regelung des Legal Privilege in Art. 264 der Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO).⁶
- Die strafverfahrensrechtlichen Garantien (Art. 6 EMRK, Art. 32 BV) bei Verfahren, wo es um die Auferlegung einer Sanktion nach Art. 49a KG geht (Berücksichtigung im Rahmen einer völker- und verfassungsrechtskonformen Auslegung).

Das Zusammenspiel dieser Vorschriften ist über weite Strecken ungeklärt. Bei näherer Betrachtung zeigen sich nicht nur Widersprüche zwischen den verschiedenen Normen (z.B. widersprechen Art. 40 KG und Art. 64 BZP der Selbstbelastungsfreiheit). Zum Teil sind die Verweise auch offenkundig sinnlos und lassen sich auch

² BOTSCHAFT 1995, BBl 1996 I 606; BILGER, 272; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 N 34.

³ BILGER, 277 ff.

⁴ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 12 N 106.

⁵ BGE 130 II 521 S. 528, E. 2.7.4.

⁶ Merkblatt der Weko zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen, Version 2 vom 6. April 2011, Ziff. 3; vgl. indessen das Urteil des BStrGer, BE.2012/4, 11.07.2011, E. 4, welches nun durch das Bundesgesetz über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis vom 28. September 2012 überholt wurde, das klarstellt, dass das Anwaltsgeheimnis auch im Verwaltungs- und Verwaltungsstrafverfahren gilt.

durch eine sinngemässe Anwendung keiner vernünftigen Regelung zuführen. Dies gilt z.B. für die in Art. 41 BZP vorgesehene Beweissicherung durch kantonale Richter und die Beweismassnahmen im Ausland gemäss Art. 39 BZP.

III. Projektbericht P10/11 Verfahrensrecht und EMRK

Das Verfahrensrecht stellte keinen eigentlichen Schwerpunkt der Evaluation von 2008 dar. Es ist indessen Gegenstand des Projektberichts P10/11 Verfahrensrecht und EMRK („Projektbericht P10/11“).

Der Projektbericht P10/11 untersucht, ob das aktuelle Verfahrensrecht den Anforderungen von kartellrechtlichen Verfahren genügt, wie sich die allfälligen verfahrensrechtlichen Probleme lösen liessen, ob allenfalls für kartellrechtliche Verfahren ein separates Verfahrensrecht angebracht wäre, ob sich aus der EMRK (verfahrensrechtliche) Probleme in der Anwendung des Kartellgesetzes ergeben und ob es gesetzlichen Anpassungsbedarf gibt.

Auf einen kurzen Nenner gebracht kommt der Projektbericht P10/11 zum Schluss, dass ein separates Verfahrensrecht für das Kartellrecht nicht notwendig ist. Der Projektbericht P10/11 plädiert statt dessen für eine pragmatische Anwendung der bereits bestehenden Normen.

Neben dieser grundsätzlichen Aussage formuliert der Projektbericht P10/11 Denkanstösse für allenfalls zu erwägende punktuelle Änderungen des KG und des VwVG. Diese betreffen einmal die Klärung offener Fragen wie etwa folgender:

- Klärung des Verhältnisses von Art. 26 ff. VStrR i.V.m. Art. 42 Abs. 2 KG zu Art. 31 i.V.m. Art. 33 Bst. f VGG sowie im Hinblick auf die Gabelung des Rechtswegs bei Beschwerden gegen Hausdurchsuchungen und bei Begehren um Entsiegelung (Art. 50 Abs. 3 VStrR).⁷
- Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für Gebühren in Verfahren nach Art. 50 ff. KG und für Meldungen nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG in der Delegationsnorm von Art. 53a KG.⁸
- Klärung des Verhältnisses zwischen Art. 43 KG zu Art. 6 und 48 VwVG sowie Klärung der Parteistellung Dritter.⁹

⁷ Projektbericht P10/11, S. 55.

⁸ Projektbericht P10/11, S. 56.

⁹ Projektbericht P10/11, S. 54 f.

- Klarstellung, wer Adressat einer Aufsichtsbeschwerde gegenüber Sekretariat, dem Präsident/Präsidium der Weko und der Weko ist.¹⁰
- Regelung der Geheimhaltung des Selbstanzeigers und der von ihm gelieferten Informationen.¹¹
- Streichung von Art. 53 KG, um eine stärkere Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde zu erreichen.¹²

Zudem wird auch eine Festschreibung der heutigen Praxis angeregt:

- Hinweis in Art. 26 Abs. 2 und Art. 29 KG darauf, dass durch die zukünftige Umsetzung von Anregungen des Sekretariats während einer Vorabklärung oder im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung die Sanktionierung einer bereits bestehenden Wettbewerbsbeschränkung nicht automatisch abgewendet werden kann.¹³
- Hinweis in Art. 28 KG, dass eine individuelle Orientierung der Parteien über die Untersuchungseröffnung erfolgt.¹⁴
- Kodifizierung der heutigen Praxis der Weko zu Art. 22 VwVG.¹⁵

Ein sehr grosser Teil der Vorschläge des Projektbericht P10/11 besteht aus Ideen zur Anpassung der Verfahrensvorschriften, die das Verfahren zu Gunsten der Weko vereinfachen würden, wie z.B.:

- Schaffung einer gesetzlichen Delegationsnorm zum Erlass einer eigenständigen kartellrechtlichen Verfahrensordnung auf Verordnungsstufe.¹⁶ Diese Lösung würde der Weko grössere Möglichkeiten schaffen, die auf sie anwendbare Verfahrensordnung selbst zu bestimmen.¹⁷ Allerdings würde dies nicht mit Art. 164 Abs. 1 Bst. g BV zu vereinbaren sein. Da die Grundzüge der Verfahrensordnung ohnehin in einem Gesetz umschrieben werden müssten, hätte der Bundesrat ohnehin keinen nennenswerten Spielraum mehr.¹⁸
- Überwälzung der Beweisführungslast für Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG auf die an der Abrede beteiligten Unternehmen.¹⁹

¹⁰ Projektbericht P10/11, S. 59.

¹¹ Projektbericht P10/11, S. 55.

¹² Projektbericht P10/11, S. 56.

¹³ Projektbericht P10/11, S. 37 f. Rz. 122 ff., S. 53 und 54 (angemerkt sei, dass die Weko in solchen Fällen z.T. auch schon von einer Sanktionierung abgesehen hat).

¹⁴ Projektbericht P10/11, S. 54.

¹⁵ Projektbericht P10/11, S. 57.

¹⁶ Projektbericht P10/11, S. 54, S. 69 Rz. 241.

¹⁷ So der Projektbericht P10/11, S. 69 Rz. 241 (!).

¹⁸ Statt vieler: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 92 ff. Rz. 407 ff.

¹⁹ Projektbericht P10/11, S. 22 ff. Rz. 62 ff. und S. 53.

- Überwälzung der Beweisführungslast für das Vorliegen von Legitimate Business Reasons gemäss Art. 7 KG auf das marktbeherrschende Unternehmen.²⁰
- Beschränkung des Aussageverweigerungsrechts auf Fragen, mit deren Beantwortung sich eine Partei direkt selbst belasten würde.²¹
- Beschränkung des Rechts zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG, indem die Weko vom Antrag des Sekretariats abweichen kann, ohne die Änderungen den Parteien nochmals zur Stellungnahme unterbreiten zu müssen.²²
- Ausschluss von Art. 22a VwVG (Stillstand) in Kartellverwaltungsverfahren.²³
- Genereller Entzug der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden gegen Verfügungen der Weko.²⁴
- Einführung einer Verzugszinspflicht, die in Verbindung mit einem generellen Entzug der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden gegen Verfügungen der Weko die Folge hätte, dass zumindest bei Abweisung der Beschwerde für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens Verzugszinse zu zahlen wären.²⁵
- Abschaffung der Relevanz echter Noven im Rechtsmittelverfahren.²⁶
- Beschränkung des Umfangs von Beschwerdeschriften.²⁷
- Einführung der Reformatio in Peius bei Beschwerden.²⁸

Zudem diskutiert der Projektbericht P10/11 neue Instrumente wie die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, verdeckte Ermittlungen (V-Mann), den Schutz von Whistleblowern, verdeckte Online-Durchsuchungen (durch Trojaner), die Einführung des Instruments des Beobachters (der ein uneingeschränktes Recht zur Einsicht in die Bücher, Computersysteme und Räumlichkeiten eines Unternehmens hätte und über seine Beobachtungen an die Weko Bericht erstatten würde) und das Plea Bargaining. Allgemein bewertet der Projektbericht P10/11 die Einführung dieser Instrumente zumindest im isolierten kartellrechtlichen Kontext als schwierig.

²⁰ Projektbericht P10/11, S. 23 f. Rz. 64 ff. und S. 53.

²¹ Projektbericht P10/11, S. 26 ff. Rz. 77 ff., S. 54.

²² Projektbericht P10/11, S. 54 und 58.

²³ Projektbericht P10/11, S. 57.

²⁴ Projektbericht P10/11, S. 55.

²⁵ Projektbericht P10/11, S. 55.

²⁶ Projektbericht P10/11, S. 55.

²⁷ Projektbericht P10/11, S. 59.

²⁸ Projektbericht P10/11, S. 59.

In einem – sehr summarischen – Teil beschäftigt sich der Projektbericht P10/11 auch mit der Frage, ob andere Verfahrensrechte wie das VStrR oder die StPO integral oder teilweise übernommen werden könnten. Der Projektbericht P10/11 räumt zwar ein, dass es systematisch richtiger wäre, in Art. 39 KG statt auf das VwVG auf das VStrR und die StPO zu verweisen.²⁹ Trotzdem lehnt der Projektbericht P10/11 eine integrale Übernahme des VStrR bzw. der StPO ab.³⁰ Die Gründe hierfür sieht der Projektbericht P10/11 hauptsächlich im Umstand, dass das VStrR und die StPO hauptsächlich auf die Verfolgung natürlicher Personen zugeschnitten seien und beiden Verfahrensordnungen eine andere Organisation der Behörden, Gerichte und Instanzenzüge zu Grunde liege. Auch wenn der Projektbericht P10/11 anerkennt, dass das VStrR und die StPO einen besseren verfahrensrechtlichen Schutz gewährleisten würden, wird gerade hierin die Gefahr einer praktischen Erschwerung der kartellrechtlichen Verfahren geortet.³¹ Der Frage, inwiefern sich eine Verfahrensordnung durch Übernahme einzelner Vorschriften des VStrR (wie dies ja heute schon in Art. 42 Abs. 2 KG geschieht) oder der StPO schaffen liesse, geht der Projektbericht P10/11 nicht nach. Der Erlass eines separaten Gesetzes nur für Kartellverfahren wird vom Projektbericht P10/11 wegen des damit verbundenen Aufwands als „nicht notwendig bzw. allenfalls gar überschüssend“ abgelehnt.³²

Dem Projektbericht P10/11 ist zu Gute zu halten, dass kartellrechtliche Verfahrensfragen systematisch in einem grösseren Rahmen diskutiert werden.

Der Projektbericht P10/11 muss sich allerdings zwei Vorwürfe gefallen lassen:

Der eine Vorwurf ist derjenige der **Einseitigkeit**. Die Lektüre des Projektberichts P10/11 weckt den Eindruck, dass das Leitmotiv die Frage gewesen zu sein scheint, wie das Verfahren aus Sicht der Weko einfacher gestaltet werden könne. Die Änderungsvorschläge des Projektberichts P10/11 dienen mehrheitlich der Optimierung des Verfahrensrechts zu Gunsten der Weko und der Beschränkung der Verfahrensrechte der Verfügungsadressaten. Entsprechend zahlreich sind die postulierten Ausnahmen von allgemein geltenden Verfahrensregeln. Der Projektbericht P10/11 unterlässt es dabei, darzulegen, weshalb diese Ausnahmen vor dem Gebot einer als Ganzem kohärenten Verfahrensrechtsordnung überhaupt notwendig sind.

Der zweite Vorwurf ist derjenige der **Konzeptlosigkeit**. Der Projektbericht P10/11 geht das Thema Verfahrensrecht nicht grundsätzlich sondern „pragmatisch“

²⁹ Projektbericht P10/11, S. 50 Rz. 185.

³⁰ Projektbericht P10/11, S. 50 ff.

³¹ Projektbericht P10/11, S. 52 Rz. 193.

³² Projektbericht P10/11, S. 53 Rz. 196.

einzelaspektbezogen an. Dieser Pragmatismus versperrt den Weg zu einer echten Problemlösung. Das heutige Kartellverfahrensrecht leidet am Widerspruch, dass Kartellrecht materiell Strafrecht ist, dass aber das Verfahren nach verwaltungsverfahrensrechtlichen Prinzipien durchgeführt wird. Diesen Widerspruch erkennt der Projektbericht P10/11 zwar, zieht hieraus aber nicht die sich aufdrängenden Schlussfolgerungen. Der Erkenntnisgewinn wäre grösser gewesen, wenn die gesamte heutige Verfahrensordnung konsequent aus der Perspektive des klassischen Strafverfahrensrechts ausgeleuchtet worden wäre. Die Folge des Verbleibs in der Komfortzone „Verwaltungsrechtsverfahren“ ist, dass die bestehenden konzeptionellen Schwierigkeiten nicht gelöst sondern verschärft werden. Das soll nachstehend exemplarisch anhand einiger praktischer Probleme erörtert werden.

IV. Auskunftspflicht und Selbstbelastungsfreiheit

Der bekannteste Konflikt, den das heutige Kartellverfahrensrecht schafft, ist derjenige zwischen Auskunftspflicht und Selbstbelastungsfreiheit:

A. Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG

Art. 40 KG auferlegt den beschuldigten Unternehmen und seinen Organen seinem Wortlaut nach eine Auskunftspflicht. Diese Auskunftspflicht wird durch folgende Vorschriften ergänzt:

- Die Strafbestimmungen in Art. 52 und 55 KG, die Sanktionen im Falle einer Verletzung vorsehen.
- Die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 VwVG.
- Die Würdigung der Nichtbeantwortung von Fragen gemäss Art. 40 BZP i.V.m. Art. 19 VwVG.
- Die Verpflichtung zur Beweisaussage unter Straffolge gemäss Art. 64 BZP.

Einziges Ausnahme von dieser Pflicht bilden die in VwVG 16 i.V.m. Art. 42 BZP vorgesehenen Zeugnisverweigerungsrechte folgender Personen (die indessen kaum je relevant sind): Ehegatten, eingetragene Partner und Konkubinatspartner, Verwandte und Verschwägerter in gerader Linie und im zweiten Grad der Seitenlinie, Träger eines Berufsgeheimnisses und Beamte.

B. Selbstbelastungsfreiheit

Dem steht die Selbstbelastungsfreiheit (andere Bezeichnungen: Grundsatz des Nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare, Verbot des Selbstbelastungszwangs, Aussageverweigerungsrecht) gegenüber. Rechtsgrundlagen und Inhalt der Selbstbelastungsfreiheit lassen sich kurz wie folgt beschreiben:

1. Rechtsgrundlage

Die Selbstbelastungsfreiheit ist völkerrechtlich und verfassungsrechtlich verankert.

Sie ergibt sich einmal aus Art. 14 Abs. 3 Bst. g des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte.

In der EMRK ist die Selbstbelastungsfreiheit nicht ausdrücklich verankert. Sie ist allerdings Teil der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK. Von Lehre und Praxis wird sie aus dem Grundsatz eines fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK)³³ und der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK)³⁴ hergeleitet.

Die Selbstbelastungsfreiheit ergibt sich auch aus der Bundesverfassung. Unter der alten Bundesverfassung (aBV) wurde das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung als allgemeiner, aus Art. 4 aBV abgeleiteter Grundsatz des Strafprozessrechts anerkannt.³⁵ Unter der neuen Bundesverfassung wird die Selbstbelastungsfreiheit aus Art. 29³⁶, Art. 31 Abs. 2³⁷ und Art. 32 BV³⁸ hergeleitet.

³³ EGMR, 25.2.1993, Nr. 10828/84, Funke/Frankreich, Rz. 44; MEYER-LADEWIG, Artikel 6 N 131; KÜHNE, in: Golsong et al., IntKomm EMRK, Artikel 6 N 447.

³⁴ EGMR 17.12.1996, Nr. 19187/91, Saunders/Vereinigtes Königreich, Rz. 68; VILLIGER, 321; MEYER-LADEWIG, Artikel 6 N 131; KÜHNE, in: Golsong et al., IntKomm EMRK, Artikel 6 N 447.

³⁵ BGE 130 I 126, 128, E. 2.1; BGE 131 IV 40 ff.

³⁶ NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2, 61 FN 41; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 136 Rz. 832; BIAGGINI, Art. 32 N 5 (Verwertungsverbot von Aussagen, die ohne Hinweis auf die Selbstbelastungsfreiheit gemacht wurden).

³⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, 629 N 1388; VEST, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Art. 32 N 6; BIAGGINI, Art. 31 N 6; offen gelassen in BGE 130 I 126, 129, E. 2.1.

³⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, 629 N 1388; VEST, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Art. 32 N 6; BIAGGINI, Art. 32 N 5; offen gelassen in BGE 130 I 126, 129, E. 2.1; a.M. wohl LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 10.

2. Inhaltliche Rechtfertigung

Die Selbstbelastungsfreiheit ist ein zentrales Prinzip eines fairen Strafprozesses.³⁹

Die Selbstbelastungsfreiheit ist einmal in der Unschuldsvermutung begründet. Wenn jedermann zunächst als unschuldig zu gelten hat, kann es auch keine Verpflichtung geben, sich entgegen dieser Vermutung selbst zu belasten. Ansonsten würde die Unschuldsvermutung von Anfang an entwertet.⁴⁰

Zudem ist es Aufgabe des Staates, die Schuld des Angeklagten zu beweisen. Vor diesem Hintergrund wäre es systemwidrig, den Beschuldigten zu verpflichten, die Beweise für seine Verurteilung selbst zu liefern.⁴¹

Die Selbstbelastungsfreiheit findet ihre Rechtfertigung auch im Machtgefälle des Staates gegenüber dem Individuum (wozu auch Unternehmen gehören). Der Staat kann zur Durchsetzung seiner Strafansprüche auf ein grosses Instrumentarium (z.B. Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmen, etc.) zurückgreifen, welche das Individuum nicht hat. Zudem ist für das Individuum, auch wenn es rechtlich vertreten ist, häufig schwer ersichtlich, welche Bedeutung seinen Aussagen in einem späteren Stadium des Verfahrens zugemessen wird. Auch scheinbar harmlose Aussagen können später zu einer Verurteilung herbeigezogen werden. Auch aus Gründen der Waffengleichheit rechtfertigt sich deshalb die Selbstbelastungsfreiheit.⁴²

3. Inhalt

Die Selbstbelastungsfreiheit hat im hier interessierenden Rahmen von Kartellrechtsverfahren folgenden Inhalt:

Die **Selbstbelastungsfreiheit ist das Recht, jegliche Mitwirkung am Verfahren zu verweigern.**⁴³ Dies reflektiert auch der Wortlaut von Art. 113 Abs. 1 StPO: „Die beschuldigte Person [...] hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern“.

³⁹ Zu den Ursprüngen siehe SCHLAURI, 39 ff.; weitergehende Hinweise in SCHLAURI, 91 ff.

⁴⁰ KÜHNE, in: Golsong et al., IntKomm EMRK, Artikel 6 N 447; SCHLAURI, 99.

⁴¹ Vgl. auch BGE 103 IV 11 E. 3a).

⁴² ASHWORTH, Cardozo Law Review 2008, 768.

⁴³ LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 1 und N 19; NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2, 61; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 137 Rz. 834.

Dies bedeutet einmal, dass der Beschuldigte keinerlei Aussage machen muss. Der Beschuldigte darf nicht nur ihn belastende Aussagen verweigern. Der Beschuldigte **kann jegliche Aussage, ob diese nun belastend, entlastend, neutral oder irrelevant ist, verweigern**. Dieses umfassende Aussageverweigerungsrecht ist darin begründet, dass potenziell alle Informationen zur Begründung einer Verurteilung herangezogen werden können. Zudem ist am Anfang eines Verfahrens häufig noch nicht erkennbar, welche Aussagen sich als belastend erweisen werden. Ausserdem würde eine Pflicht zur Angabe entlastender Informationen dazu führen, dass die Verweigerung der Aussage von vornherein zu einem belastenden Indiz würde^{44, 45} Ausnahmen von der Aussagepflicht bestehen nur in ganz engen Grenzen: So hat der Beschuldigte gemäss herrschender Lehre seine Personalien anzugeben, es sei denn diese würden sich im Ergebnis als Selbstbelastung erweisen.⁴⁶

Die Selbstbelastungsfreiheit beinhaltet zudem, dass den Beschuldigten **keine Editionsspflicht** trifft. Der Beschuldigte muss keine Unterlagen und andere Gegenstände herausgeben.⁴⁷

Der Beschuldigte muss auch keine Sprech- oder Schreibprobe abgeben.⁴⁸

Selbstverständlich ist es in Anbetracht des Vorstehenden auch unzulässig, Zwang oder Druck (Bussen, Drohungen etc.) mit dem Ziel auszuüben, die betreffenden Informationen vom Beschuldigten zu erhalten.⁴⁹

Der Beschuldigte hat indessen gewisse **passive Duldungspflichten**, sofern die Freiheit seiner Willensbetätigung nicht davon berührt wird.⁵⁰ So muss er eine Hausdurchsuchung dulden. Weitere Beispiele aus dem klassischen Strafrecht sind Atemluft-, Blut-, Urin- und Haarproben.⁵¹ Unzulässig sind aber z.B. die Verwendung von Narkoanalyse oder Lügendetektoren⁵² sowie die Verabreichung von Brechmitteln, um an verschluckte Gegenstände zu gelangen.⁵³

⁴⁴ BGE 109 Ia 168 E. 2. b).

⁴⁵ LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 15; BSK-StPO-ENGLER, Art. 113 StPO Rz. 4; VILLIGER, 321 N 502.

⁴⁶ LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 17; BSK-StPO-ENGLER, Art. 113 StPO Rz. 4.

⁴⁷ BSK-StPO-ENGLER, Art. 113 StPO N 5; LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 40; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 137 Rz. 834; VILLIGER, 321 N 502.

⁴⁸ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 137 Rz. 834.

⁴⁹ BGE 131 IV 41 E. 3.1 m.w.H.; EGMR, 3.5.2001, Nr. 31827/96, J.B./Schweiz, Rz. 64 ff.

⁵⁰ LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 42.

⁵¹ LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 47; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 137 Rz. 839.

⁵² LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 45; BGE 109 Ia 289 E. 7.

⁵³ EGMR, 11.7.2006, Nr. 54810/00, Jalloh gegen Deutschland, Rz. 103 ff.

Der Beschuldigte hat **keine Wahrheitspflicht**. Lügen bleiben grundsätzlich ohne strafrechtliche Folgen.⁵⁴ Dies ist darin begründet, dass Lügen des Beschuldigten die Beweiskraft der gesammelten Beweise nicht schmälern und nur zur Folge haben, dass das Verfahren ohne Geständnis des Beschuldigten abgeschlossen werden muss oder in Fällen, in denen der Schuldbeweis noch nicht vollständig erbracht ist, nicht verkürzt werden kann.⁵⁵ Vorbehalten bleiben Fälle, in denen Falschaussagen den Tatbestand der falschen Anschuldigung oder der Ehrverletzung erfüllen.⁵⁶ Nach umstrittener Praxis können sich Lügen indessen indirekt nachteilig auswirken, als geständige Täter milder bestraft werden.⁵⁷ Bei einem hinterhältigen, gemeinen oder krass wahrheitswidrigen Benehmen, das klar gegen prozessuale Verhaltensnormen verstösst, wird es vom Bundesgericht zudem als zulässig erachtet, diesen Umstand bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen. Einfaches Bestreiten und Leugnen reicht hierzu aber nicht aus.⁵⁸

Aus der Selbstbelastungsfreiheit folgt auch, dass dem Beschuldigten aus der **fehlenden Mitwirkung keine Nachteile** erwachsen dürfen.⁵⁹ So darf die Nichtmitwirkung des Beschuldigten nicht als Beweis oder Indiz gegen den Beschuldigten verwendet werden⁶⁰ (die Rechtsprechung des EGMR geht diesbezüglich allerdings etwas weniger weit und lässt begrenzte Schlussfolgerungen aus dem Schweigen der Beschuldigten zu)⁶¹. Das Bestreiten und Leugnen darf sich auch weder auf die Strafzumessung⁶² noch auf die Gewährung des bedingten Strafvollzugs auswirken.⁶³

Die Verfahrensgarantien der BV und Art. 6 EMRK gelten anerkanntermassen nicht nur für natürliche Personen sondern auch für Unternehmen („jede Person“).⁶⁴ **In-**

⁵⁴ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 137 Rz. 834 f.; BSK-StPO-ENGLER, Art. 113 StPO N 6; LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 29 f.; SCHMID, Handbuch, 270 Rz. 674, 62 Rz. 159 f.; RIKLIN, Art. 113 N 2.

⁵⁵ BGE 103 IV 11 E. 3b).

⁵⁶ BSK-StPO-ENGLER, Art. 113 StPO N 6; LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 29 f.; SCHMID, Handbuch, 270 Rz. 674, 62 Rz. 159 f.

⁵⁷ Pra 77 (1998) Nr. 23; kritisch hierzu SCHMID, Handbuch, 62 Rz. 160.

⁵⁸ BGE 116 Ia 162 E. 2.d)aa), BGer vom 14.9.2007, 1P/805/2006, E. 4.2.2; LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 35;

⁵⁹ BGE 130 I 128, E. 2.1.

⁶⁰ ZR 96 (1997) Nr. 19; LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 28; SCHMID, Handbuch, 89 Rz. 231.

⁶¹ EGMR, 8.2.1996, Nr. 18731/91, Murray/UK, Rz. 41 ff.; EGMR, 2.5.2000, Nr. 35718/97, Condon/UK, Rz. 55 ff.; EGMR, 6.6.2000 Nr. 36408/97, Averill/UK, Rz. 38 ff.; EGMR, Nr. 44652/98, 8.10.2000, Beckles/UK, Rz. 48 ff.; kritisch dazu z.B. KÜHNE, in: Golsong et al., IntKomm EMRK, Artikel 6 N 449 ff.; ASHWORTH, Cardozo Law Review 2008, 753 ff.

⁶² LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 32.

⁶³ LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 113 N 34.

⁶⁴ EKMR, 30.5.1991, Société Stenuit/Frankreich; vgl. auch EGMR, 27.9.2011, Nr. 43509/08, Menarini/Italien, Rz. 44; NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2, 63m.w.H.; WASER, 108 f.;

haber der Selbstbelastungsfreiheit ist damit das **Unternehmen**. Da Unternehmen durch natürliche Personen handeln, stellt sich die Frage, welche Unternehmensangehörige sich auf die Selbstbelastungsfreiheit berufen können. Die Frage ist noch wenig geklärt. Einigkeit besteht insoweit als zumindest zur Vertretung des Unternehmens berechnigte Personen wie Verwaltungsräte, Geschäftsleiter und Direktoren sowie deren Mitarbeiter sich auf die Selbstbelastungsfreiheit berufen können. Dies wird aus Art. 178 Bst. g i.V.m. Art. 180 Abs. 1 StPO abgeleitet, wonach diese Personen ein Aussageverweigerungsrecht haben.⁶⁵ Gegenstand von Diskussionen ist, inwiefern sich die übrigen aktuellen oder ehemaligen Angestellten (d.h. Angestellte ohne Organfunktion, die auch keine Mitarbeiter von tatsächlichen oder potenziellen Vertretern sind) auf die Selbstbelastungsfreiheit berufen können, soweit es um Vorwürfe gegen das Unternehmen geht. Von einem Teil der Lehre wird in Bezug auf diese Personen eine Selbstbelastungsfreiheit verneint.⁶⁶ Nach hier vertretener Auffassung würde allerdings die Selbstbelastungsfreiheit des Unternehmens unterlaufen, wenn sich nur die tatsächlichen und potenziellen Vertreter des Unternehmens und ihre Mitarbeiter darauf berufen könnten. Anders als dies ein Teil der Lehre tut, kann die Regelung in Art. 178 Bst. g i.V.m. Art. 180 Abs. 1 StPO nicht unbesehen auf das Unternehmensstrafrecht im Kartellrecht übertragen werden. Art. 178 Bst. g i.V.m. Art. 180 Abs. 1 StPO sind vor dem Hintergrund der eingeschränkten Unternehmensstrafbarkeit von Art. 102 StGB zu sehen. Der frühere Art. 102a StGB (jetzt ersetzt durch Art. 112 StPO) sieht nämlich vor, dass das Unternehmen in einem Strafverfahren von einer einzigen Person zu vertreten ist. Eine analoge Vorschrift fehlt im Kartellrecht. Nach hier vertretener Auffassung können sich deshalb alle aktuellen und ehemaligen Mitarbeiter eines Unternehmens, das eines Kartellrechtsverstosses bezichtigt wird, im Hinblick auf den Vorwurf kartellrechtswidrigen Verhaltens auf die Selbstbelastungsfreiheit berufen.

Der Beschuldigte ist schliesslich unverzüglich, d.h. zumindest vor der ersten Einvernahme, auf die Selbstbelastungsfreiheit **aufmerksam zu machen** (vgl. auch Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 143 Abs. 1 Bst. c StPO; Art. 158 Abs. 1 Bst. b StPO).⁶⁷ Aufgrund des formellrechtlichen Charakters dieser Ver-

SCHMID, recht 2003, 207; BERTOSSA, 148 f. und 171 f.; MACALUSO, ZStrR 123 (2005) 91 ff.; HEINE, ZStrR 121 (2003), 42 f.; PIETH, Schweizer Prozessrecht, 161 und 202; PIETH, FS Eser, 603 ff.; anders und in der Minderheit ARZT, JZ 2005, 456.

⁶⁵ HEINE/ROTH, S. 66 f.; HEINE, ZStrR 121 (2003), 44; PIETH, ZStrR 121 (2003), 374; ähnlich wohl TAGMANN, 117 f.

⁶⁶ HEINE/ROTH, S. 66 f.; HEINE, ZStrR 121 (2003), 44; PIETH, ZStrR 121 (2003), 374; SOMMER/RAEMY, sic! 2004 S. 764.

⁶⁷ BGE 130 I 131 E. 2.5; Urteil der Anklagekammer des Bundesgerichts, 8G.55/2000/hev vom 14. März 2001, E. 3b.b. (für VStrR); BSK-KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a-53 N 255; BIAGINI, Art. 32 N 5.

fahrensgarantie sind Aussagen, die in Unkenntnis des Schweigerechtes gemacht wurden, grundsätzlich **nicht verwertbar** (vgl. auch Art. 158 Abs. 2 StPO).⁶⁸

C. Lösung des Konflikts: Keinerlei Mitwirkungspflichten in Sanktionsverfahren

Wie soeben gezeigt hat die Selbstbelastungsfreiheit verfassungs- und völkerrechtlichen Charakter und geht deshalb Art. 40 KG, Art. 13 VwVG, Art. 40 BZP i.V.m. Art. 19 VwVG sowie Art. 42 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 64 BZP vor. Die genannten Bestimmungen sind im Lichte einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung entsprechend einschränkend auszulegen. Der Vorbehalt von Art. 190 BV bezüglich des Vorrangs von Bundesgesetzen ist in Anbetracht des Vorrangs des Völkerrechts von akademischer Bedeutung. Trotzdem ist in dieser Hinsicht festzuhalten, dass sich eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung von Art. 40 KG, Art. 13 VwVG, Art. 40 BZP i.V.m. Art. 19 VwVG sowie Art. 42 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 64 BZP nur schon deshalb gebietet, weil nicht davon auszugehen ist, dass der Bundesgesetzgeber verfassungswidrig legiferieren wollte.⁶⁹

Das Vorstehende bedeutet konkret Folgendes:

Unternehmen haben in Verfahren, die eine Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG zur Folge haben könnten, **keinerlei Mitwirkungspflichten**. Sie brauchen keine Informationen zu liefern und unterstehen keinen Wahrheitspflichten. Fragebogen müssen nicht beantwortet werden. An Parteiverhören, Anhörungen vor der Weko etc. sind Unternehmensvertreter nicht verpflichtet, Fragen des Sekretariats oder der Weko zu beantworten. Es besteht auch keine Pflicht, Dokumente irgendwelcher Art herauszugeben oder einzureichen.⁷⁰

Am Anfang des Verfahrens muss explizit auf die Selbstbelastungsfreiheit **hingewiesen** werden. Bei fehlendem Hinweis sind die erlangten Auskünfte nicht verwertbar.

Es ist irrelevant, ob sich das Verfahren im Stadium einer Marktbeobachtung, Vorabklärung oder Untersuchung befindet.⁷¹ Massgebend ist einzig, ob das Unternehmen einer Verhaltensweise beschuldigt wird, die unter Art. 5 Abs. 3 bzw.

⁶⁸ BGE 130 I 133 E. 3.3; siehe auch statt vieler RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 170 Rz. 1038; SOMMER/RAEMY, sic! 2004, 764.

⁶⁹ BSK-KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a-53 N 261; P. REINERT, SHK-Kartellgesetz, Art. 42 N 10; LANG, Jusletter 27. September 2004, Rz. 16 ff. und 23 f.; WASER, 191 f.

⁷⁰ NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2, 64 ff.

⁷¹ So auch WASER, 192.

4 oder Art. 7 KG fallen und damit nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden könnte. Ist letzteres der Fall, so können sich das Unternehmen und seine aktuellen und ehemaligen Mitarbeiter auf die Selbstbelastungsfreiheit berufen.

Zu beachten ist allerdings, dass die Selbstbelastungsfreiheit die Weko nicht daran hindert, eine Hausdurchsuchung durchzuführen. Dadurch wird die Selbstbelastungsfreiheit zwar de facto relativiert, aber dies ist gesetzessystemisch so vorgesehen.⁷²

D. „Pragmatischer“ Ansatz des Projektberichts P10/11

Was ist nun die Haltung des Projektberichts P10/11 zu diesen Fragen? Der Projektberichts P10/11 anerkennt zwar grundsätzlich das Bestehen einer Selbstbelastungsfreiheit. Trotzdem will er die sich hieraus ergebenden Konsequenzen nicht ziehen.

In Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH⁷³ und einen Teil der Schweizer Lehre⁷⁴ will der Projektbericht P10/11 ein Aussageverweigerungsrecht nur bei Fragen gelten lassen, welche das Unternehmen zwingen, **sich selbst direkt zu belasten**, indem es z.B. ein wettbewerbsrechtlich unzulässiges Verhalten einzugestehen hätte. Unzulässig wäre m.a.W. ein Zwang zu einem Geständnis. Gemeint sind damit Fragen z.B. betreffend Ziel, Zweck bzw. Teilnahme an wettbewerbswidrigem Verhalten, d.h. Fragen, welche das Unternehmen zwingen, zu einem Wettbewerbsvergehen Stellung zu nehmen.⁷⁵

Kein Aussageverweigerungsrecht soll nach dem Projektbericht P10/11 indes bei **„Fragen bezüglich rein tatsächlicher Begebenheiten“** bestehen. Solche seien etwa Preise, Umsätze, Daten, Orte und Namen der Unternehmen, die an einer Zusammenkunft teilgenommen hätten, und die Namen der Personen, die das Unternehmen bei den erwähnten Zusammenkünften vertreten hätten. Auch die Forderung nach Edition der Reisedokumente (Reisekostenabrechnung, Flugscheine usw.) dieser Personen soll rein tatsächlicher Natur sein. Ebenfalls nicht vom Aussageverweigerungsrecht erfasst sein soll die Aufforderung nach Kopien sämtlicher Einladungen, Tagesordnungen, Protokolle, internen Vermerke, Berichte und aller anderen Unterlagen, die sich im Besitz eines

⁷² BSK-KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a-53 N 265.

⁷³ EuGH, 18.10.1989, Orkem/Kommission, Slg. 1989, 3283 Rz. 34 f.; EuG, 20.2.2001 Mannesmannröhren-Werke AG/Kommission, Slg. 2001, II-729 Rz. 71; EuG, 29.4.2004, T-236/01, Tokai-Carbon et al./Kommission; kritisch hierzu u.a. WASER, 182 ff.

⁷⁴ TAGMANN, 119; SOMMER/RAEMY, sic! 2004, 764; SPITZ, sic! 2004, 557; ZÄCH, 502 Rz. 1059.

⁷⁵ Projektbericht P10/11, 26 Rz. 81.

Unternehmens und/oder seiner Angestellten befinden und die Zusammenkünfte betreffen.⁷⁶

Dabei soll nach dem Projektbericht P10/11 unmassgeblich sein, ob die Informationen von der Weko dazu verwendet werden können, den Beweis für einen Verstoss zu erbringen.⁷⁷

Dieser Standpunkt des Projektberichts P10/11 ist nach dem Obenstehenden unzulässig:

In Sanktionsverfahren besteht ein **umfassendes Mitwirkungsverweigerungsrecht**. Wie oben gezeigt wurde kann der Beschuldigte sich weigern, jedwede Information einzureichen und nicht nur belastende Informationen. Die vom EuGH und dem Projektbericht P10/11 vorgenommene Unterscheidung zwischen Fragen, bei deren Beantwortung sich die Unternehmen selbst belasten würden, und Fragen nach sog. rein tatsächlichen Begebenheiten ist im Lichte der Selbstbelastungsfreiheit konventionswidrig und irrelevant. Auch Dokumente braucht der Beschuldigte nicht einzureichen (sie sind allerdings im Wege der Hausdurchsuchung beschlagnahmbar).⁷⁸

Auch in der Sache vermag die Unterscheidung zwischen Fragen, bei deren Beantwortung sich die Unternehmen selbst belasten würden, und Fragen nach sog. rein tatsächlichen Begebenheiten nicht zu überzeugen. Sog. „rein tatsächliche Begebenheiten“ wie Preise, die Teilnahme an Treffen etc. werden von der Weko regelmässig als Beweis für einen Verstoss gegen das Kartellgesetz verwendet. Dasselbe gilt auch für Einladungen, Tagesordnungen, Protokolle, interne Vermerke, Berichte zu Treffen etc. Die vom Projektbericht P10/11 vorgeschlagene Unterscheidung zwischen Fragen, bei deren Beantwortung sich die Unternehmen selbst belasten würden, und Fragen nach sog. rein tatsächlichen Begebenheiten wäre somit auch praktisch gar nicht handhabbar.⁷⁹

Methodisch unrichtig ist auch die Vorstellung, dass die Problematik der Selbstbelastungsfreiheit und die damit einhergehende Aufklärungspflicht der untersuchenden Behörde dadurch umgangen werden könne, dass das Sekretariat auf gewisse Typen von Fragen verzichte.⁸⁰ Die Selbstbelastungsfreiheit schreibt der Behörde nicht vor, welche Fragen sie stellen dürfe und welche nicht, sondern

⁷⁶ Projektbericht P10/11, 26 Rz. 82.

⁷⁷ Projektbericht P10/11, 26 Rz. 83.

⁷⁸ BSK-KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a-53 Rz. 260; LANG, Jusletter 27. September 2004, Rz. 20 ff.

⁷⁹ NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2, 67.

⁸⁰ Projektbericht P10/11, 26 Rz. 80.

bestimmt, dass der Beschuldigte keine Mitwirkungspflichten hat und das Sekretariat den Beschuldigten hierüber zu informieren hat.⁸¹

V. Parteiverhör

Ein weiteres Beispiel für einen Verfahrensgegenstand, der sich in der Praxis durch Lücken und Widersprüche zu strafprozessualen Prinzipien auszeichnet, ist das Parteiverhör.

A. Rudimentäre Regelung

Die Grundlage für die Durchführung eines Parteiverhörs wird in Art. 42 Abs. 1 KG erblickt. Dort wird festgehalten, dass Wettbewerbsbehörden „die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten“ können. Art. 64 BZP wird für sinngemäss anwendbar erklärt.

Schon hier tauchen erste Unklarheiten auf:

Genau besehen spricht Art. 42 Abs. 1 KG nur von der Möglichkeit, „von der Untersuchung Betroffene“ zur Beweisaussage anzuhalten. Von einem Parteiverhör ist nicht die Rede. Zudem ergibt sich nicht direkt aus dem Gesetz, wer der Beweisaussage unterliegt. Denn Art. 42 Abs. 1 KG spricht nur von den durch die Untersuchung Betroffenen. Die Gleichsetzung von „Betroffenen“ mit den Parteien einer Untersuchung ist zumindest nicht selbstverständlich. Diese Gleichsetzung kann nur indirekt aus dem Umstand, dass im Bundeszivilprozess nur eine Partei zur Beweisaussage verpflichtet werden kann, hergeleitet werden. Offen bleibt darüber hinaus, ob nur Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung der Beweisaussage unterliegen,⁸² oder auch Beteiligte im Sinne von Art. 43 KG.

Ebenfalls fraglich ist, worauf sich der Verweis auf Art. 64 BZP bezieht. Ist es das einfache Parteiverhör⁸³, die Beweisaussage selbst⁸⁴ und/oder auch der Hinweis auf die Straffolgen gemäss Art. 306 StGB? In der Literatur werden unterschiedliche Meinungen vertreten. Ein Teil der Lehre will nur die Beweisaussage und den Verweis auf Art. 306 StGB in Art. 42 Abs. 1 KG geregelt

⁸¹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Evaluation Kartellgesetz: Verfahrensrecht und EMRK – Bemerkungen des Bundesamts für Justiz, S. 3 f.

⁸² BSK KG-BANGERTER, Art. 42 Rz. 13.

⁸³ In diesem Sinne wohl BSK KG-BANGERTER, Art. 42 Rz. 15.

⁸⁴ In diesem Sinne wohl BSK KG-BANGERTER, Art. 42 Rz. 15.

sehen.⁸⁵ Ein anderer Teil sieht im Verweis sowohl das einfache Parteiverhör als auch die Beweisaussage und den Verweis auf Art. 306 StGB verankert.⁸⁶ Zur Frage, ob das einfache Parteiverhör von Art. 42 Abs. 1 KG erfasst ist, ist zumindest festzuhalten, dass der hierfür erforderliche Verweis auf Art. 62 BZP fehlt.⁸⁷ Dass ein Zwang zur Beweisaussage und eine Bestrafung nach Art. 306 StGB aufgrund der Selbstbelastungsfreiheit ohnehin unzulässig ist, wurde bereits oben gezeigt.⁸⁸

Ausserdem stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis das Parteiverhör im Sinne von Art. 42 Abs. 1 KG und die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG stehen. Auch das Verhältnis zur Auskunftserteilung gemäss Art. 12 Bst. b VwVG ist ungeklärt.⁸⁹ Ungeklärt ist auch das Verhältnis zwischen Art. 42 Abs. 1 KG und der Anhörung vor der Weko im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG, welche in der Praxis primär als Mittel der Befragung der Verfügungsadressaten in Sanktionsfällen verwendet wird. Weder die BOTSCHAFT 1994 noch die BOTSCHAFT 2001 äussern sich hierzu.

Neben diesen Unklarheiten harren u.a. folgende Fragen einer Klärung:

B. Form der Vorladung

Ungeregelt ist, in welcher Form die Vorladung zu erfolgen hat. In der Praxis erfolgt die Vorladung schriftlich. Es ist indessen auch schon vorgekommen, dass das Sekretariat eine Person mündlich vorlud.

Aufgrund des Gebots des fairen Verfahrens gemäss Art. 29 Abs. 1 BV ist zu verlangen, dass eine Vorladung schriftlich erfolgt. Dies steht auch im Einklang mit Art. 42 Abs. 1 VStrR und Art. 85 und Art. 201 StPO. Eine mündliche Vorladung birgt die Gefahr, dass die vorgeladene Person sich gar nicht bewusst ist, dass sie zu einem Parteiverhör vorgeladen wird sondern glaubt, es handle sich um ein harmloses informelles Gespräch oder Interview.

Die Vorladung sollte zudem zumindest folgende Angaben enthalten (vgl. Art. 201 StPO):

- Die Angabe, dass das Sekretariat zum Parteiverhör vorlädt.

⁸⁵ DIETRICH, in: Homburger et al., Art. 42 Rz. 13.

⁸⁶ BSK KG-BANGERTER, Art. 42 Rz. 15; BORER, Komm-KG, Art. 42 N 7.

⁸⁷ DIETRICH, in: Homburger et al., Art. 42 Rz. 13.

⁸⁸ So auch BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Evaluation Kartellgesetz: Verfahrensrecht und EMRK – Bemerkungen des Bundesamts für Justiz, S. 5.

⁸⁹ Vgl. immerhin KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 12 N 106.

- die Bezeichnung der vorgeladenen Person und der Eigenschaft, in der sie am Parteiverhör teilnehmen soll (z.B. Mitglied der Geschäftsleitung des beschuldigten Unternehmens X);
- den Grund der Vorladung;
- Ort, Datum und Zeit des Erscheinens;
- den Hinweis auf die Rechtsfolgen des unentschuldigten Fernbleibens (Fortführung der Untersuchung);
- das Datum der Ausstellung der Vorladung;
- die Unterschrift der vorladenden Personen.

C. Vorführung

Vom Sekretariat wird die Auffassung vertreten, dass es aufgrund von Art. 41 Abs. 1 Bst. b VwVG befugt sei, Personen, die einer Vorladung nicht Folge leisten würden, mit Polizeigewalt vorzuführen.

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Wäre dem so, müsste die Vorladung eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung darstellen und auch in Gestalt einer Verfügung mit Rechtsbelehrung etc. (Art. 34 f. VwVG) erlassen werden, was allerdings regelmässig nicht der Fall ist.^{89a} Für die polizeiliche Vorführung fehlt es damit an einer Grundlage für die Anwendung von Art. 41 Abs. 1 Bst. b VwVG. Anders als z.B. Art. 42 Abs. 2 VStrR sehen zudem weder das Kartellgesetz noch das VwVG eine derartige Kompetenz im Rahmen einer Parteibefragung vor. Auch Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 44 Abs. 2 BZP gilt nur für die Zeugenbefragung. Es ist auch unklar, aufgrund welcher Bestimmung das Sekretariat die Kantonspolizei verpflichten können sollte, einen Beschuldigten vorzuführen.

D. Bestimmung des zu verhörenden Vertreters

Ebenfalls nicht geregelt ist die Frage, wer bestimmen kann, welches Organmitglied zu verhören ist, wenn das zu verhörende Unternehmen (wie meistens) eine juristische Person ist.

Art. 63 Abs. 2 BZP sieht vor, dass der Richter bestimmt, welches Mitglied mit Organeigenschaft zu verhören ist. Art. 42 Abs. 1 KG sieht keine entsprechende Kompetenz des Sekretariats vor. Entsprechend wird von einem Teil der Lehre

^{89a} Güngerich/Bickel, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 15 N 11.

die Auffassung vertreten, dass das Unternehmen das zu verhörende Organmitglied bestimmen könne.⁹⁰ Ein anderer Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass die Wettbewerbsbehörden das entsprechende Bestimmungsrecht hätten.⁹¹

Mangels einer gesetzlichen Kompetenz der Wettbewerbsbehörden, zu bestimmen, wer das Unternehmen vertritt, ist der Auffassung der Vorzug zu geben, dass das Unternehmen und nicht die Wettbewerbsbehörde das Recht hat, zu bestimmen, wer an einem Parteiverhör teilzunehmen hat.

E. Hinweispflichten

Im Kartellgesetz nicht geregelt sind auch die Hinweispflichten des Sekretariats zu Beginn des Parteiverhörs.

1. Die Hinweispflichten im Einzelnen

Vor dem Hintergrund der Selbstbelastungsfreiheit hat das Sekretariat vor einem Parteiverhör zumindest folgende Hinweise zu machen (siehe auch Art. 158 StPO):

Es muss den Einzuvernehmenden zunächst in klaren Worten auf die **Selbstbelastungsfreiheit** hinweisen. Das Sekretariat muss den Einzuvernehmenden darauf hinweisen, dass dieser keinerlei Aussage machen muss.⁹²

Damit das Unternehmen seine Rechte überhaupt wahrnehmen kann, muss das Sekretariat aufgrund von Art. 6 Abs. 3 Bst. a EMRK Art. 32 Abs. 2 und 29 Abs. 1 BV den Einzuvernehmenden zudem darüber informieren, welcher **Tat das betreffende Unternehmen beschuldigt wird**. Dieser Hinweis muss konkret und laiengerecht erfolgen. Es reicht nicht aus, dass z.B. abstrakt auf Preis- und Mengenabreden hingewiesen wird.⁹³

Aus dem Prinzip der Waffengleichheit (Art. 29 Abs. 1 BV) und dem Prinzip der Möglichkeit, die Verteidigungsrechte wirksam geltend machen zu können (Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Abs. 3 Bst. c EMRK), folgt zudem, dass das beschuldigte Unternehmen berechtigt ist, einen **Verteidiger beizuziehen**.⁹⁴ Ist das Un-

⁹⁰ LANG, Jusletter 27. September 2004, Rz. 23; BORER, Komm-KG Art. 42 N 6.

⁹¹ P. REINERT, SHK-Kartellgesetz, Art. 42 N 9; BSK KG-BANGERTER, Art. 42 N 20.

⁹² Oben S. 99.

⁹³ Vgl. etwa auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, 621 N 1364; VEST, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Art. 32 N 23; GODENZI, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 158 N 20 ff.; ZIMMERLI, 605.

⁹⁴ BIAGGINI, Art. 32 N 9.

ternehmen nicht anwaltlich vertreten und verlangt den Beizug eines Anwalts, so dürfen der einzuvernehmenden Person bis zur Konsultation des Verteidigers keine weiteren Fragen gestellt werden.⁹⁵

Aus dem Prinzip der Waffengleichheit (Art. 29 Abs. 1 BV) und dem Prinzip der Möglichkeit, die Verteidigungsrechte wirksam gelten machen zu können (Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Abs. 3 Bst. e EMRK), folgt ausserdem, dass die einzuvernehmende Person darauf hingewiesen wird, einen **Dolmetscher** verwenden zu können.⁹⁶

Aus den bereits erläuterten verfassungs- und völkerrechtlichen Grundlagen folgt, dass bei Unterlassung der vorstehenden Vorgaben das Parteiverhör nicht verwertbar ist.⁹⁷

2. Praxis des Sekretariats

Wie ist die Praxis des Sekretariats im Lichte dieser Vorschriften zu beurteilen? Heute liest das Sekretariat der einzuvernehmenden Person eine Erklärung ungefähr des folgenden Inhalts vor:

„Ich begrüsse Sie zum Parteiverhör im Rahmen der Untersuchung [...]. Ich stelle Ihnen zunächst die anwesenden Personen vor: [...].

Ich überreiche Ihnen hiermit die Vollmacht des Direktors des Sekretariats der Wettbewerbskommission, welche mich und meine MitarbeiterInnen zur Befragung im Rahmen des Parteiverhörs ermächtigt.

Zudem stelle ich fest, dass Herr/Frau B von der Gesellschaft C anwesend ist, der/die heute für dieses Unternehmen aussagen wird.

Auslöser für die vorliegende Untersuchung sind Anhaltspunkte für wettbewerbsbeschränkendes Verhalten durch verschiedene Unternehmen im Markt D. Wir haben Anhaltspunkte, dass Preise/Mengen/Gebiete abgesprochen wurden.

Sie werden gemäss Art. 42 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 62 ff. BZP im Rahmen eines Parteiverhörs einvernommen. Gemäss diesen Bestimmungen sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Sollten wir es für notwendig halten, werden wir Sie zu einer Beweisaussage unter Straffolge anhalten (Art. 42 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 64 BZP). Vor einer solchen Beweisaussage unter Straffolge werden wir Sie erneut zur Wahrheit ermahnen und Ihnen die Straffolgen einer falschen Aussage gemäss Art. 306 StGB bekanntgegeben (Art. 64 Abs. 2 BZP). Ich weise Sie allerdings darauf hin, dass Sie nicht verpflichtet sind, Fragen zu beantworten, durch welche Sie sich selbst belasten, also das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz eingestehen müssten.“

⁹⁵ EGMR, 24.9.2009, Nr. 7025/04, Pishchalnikov/Russland, Rz. 79; GODENZI, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 158 N 29.

⁹⁶ EGMR, 18.10.2006, Nr. 18114/02, Hermi/Italien, Rz. 68 ff.; GODENZI, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 158 N 32.

⁹⁷ Oben S. 99.

Vergleicht man diese Belehrung mit den oben beschriebenen Hinweispflichten ist Folgendes festzustellen:

Zunächst einmal ist der Verweis auf das Aussageverweigerungsrecht unzureichend und unzulässig. Einem Laien dürfte aufgrund des vom Sekretariat gemachten, verklausulierten Hinweises wohl kaum klar sein, dass er/sie jede Aussage verweigern kann. Vielmehr wird der Eindruck erweckt, dass eine Aussagepflicht bestünde. Diesen Eindruck unterstützen auch die Ausführungen zur Beweisaussage (die zudem auf Art 62 f. BZP hinweisen, deren analoge Geltung ohnehin sehr fraglich ist). Auch die Ermahnung, die Wahrheit zu sagen, dürfte von einem Laien gar nicht anders verstanden werden, als dass er/sie zur wahrheitsgemässen Aussage verpflichtet ist.

Auch die Darstellung des Tatvorwurfs ist zu generisch. Es müssten dem Einzuzuernehmenden die im Einzelnen vorgeworfenen Verhaltensweisen beschrieben werden.

Was die Anwesenheit eines Verteidigers anbelangt, erweist sich die Informationspraxis des Sekretariats in Fällen, in denen noch kein Verteidiger beigezogen wurde, als verbesserungswürdig. Soweit ersichtlich werden Unternehmensvertreter nicht klar darauf hingewiesen, dass das Unternehmen ein Recht habe, einen Verteidiger beizuziehen.

Der Frage eines Dolmetscher kommt in Kartellverfahren zumindest bislang erfahrungsgemäss keine grosse Rolle zu.

F. Durchführung des Parteiverhörs

Auch zur Durchführung des Parteiverhörs gibt es keine Regelung. In Analogie zur Regelung in der StPO wird man allerdings von Folgendem auszugehen haben:

Soweit die betreffende Auskunft nicht einer Selbstbelastung gleichkommt, hat die verhörte Person eine Pflicht, ihre Personalien bekannt zu geben, d.h. Name, Vorname, Geburtsdatum, Wohnadresse, Nationalität und Beruf (Art. 39 Abs. 1 VStrR; Art. 143 Abs. 1 Bst. a StPO).⁹⁸

In Analogie zu Art. 39 Abs. 2 VStrR und Art. 143 Abs. 4 StPO ist die einzuzuernehmende Person aufzufordern, sich zum Gegenstand der Einvernahme zu äussern. Dadurch wird sichergestellt, dass auch Aspekte zur Sprache kommen, an

⁹⁸ GODENZI, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 143 N 21 f.

die die einvernehmende Behörde bei der Vorbereitung des Parteiverhörs nicht gedacht hat.

Danach sind die Einzelheiten des Sachverhalts durch klar formulierte Fragen und Vorhalte zu erkunden (Art. 143 Abs. 5 StPO, Art. 6 Abs. 1 EMRK). Hierzu gehört u.a., dass keine Suggestivfragen gestellt werden. Unzulässig sind damit Fragen und Vorhalte, die nicht erwiesene Tatsachen zu Grunde legen.⁹⁹ Ein Teil der Lehre erachtet indessen Fangfragen (d.h. Fragen, die keine nicht erwiesenen Tatsachen zu Grunde legen, sondern dazu dienen, den Einvernommenen in Widersprüche zu verwickeln) als zulässig.¹⁰⁰ Die Befragung hat in einer laiengerechten Sprache zu erfolgen. Juristische Fachbegriffe wie z.B. „Stützofferte“ sind deshalb zu vermeiden.

Aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV) sowie (teilweise) dem Verbot der Folter und unmenschlichen Behandlung (Art. 3 EMRK sowie Art. 15 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe¹⁰¹) folgt zudem, dass Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit der einzuvernehmenden Person beeinträchtigen können, untersagt sind (vgl. auch Art. 39 Abs. 5 VStrR und Art. 140 StPO¹⁰²). Unter den Begriff Zwangsmassnahmen fallen neben offensichtlichen Fällen wie Beschimpfungen und Schlafentzug auch das Verbot, die Toilette aufzusuchen,¹⁰³ und die Weigerung einem explizit durstigen Einzuvernehmendem Wasser zu geben.¹⁰⁴ Als Drohung bzw. unzulässige Versprechung wäre z.B. die Aussage zu werten, dass ein Zusammenschlussverfahren der Parteien schneller oder erst genehmigt werde, wenn die Parteien im Gefüge im Rahmen einer Untersuchung kooperieren würden.¹⁰⁵

Die Folgen eines Verstosses gegen Einvernahmevorschriften sind je nach Rechtsordnung unterschiedlich. Nach Art. 6 EMRK ist gemäss EGMR massgebend, ob das Verfahren insgesamt, unter Rücksicht auf die Art und Weise, wie Beweismittel verschafft wurden, fair war.¹⁰⁶ Etwas strikter war bislang das Bun-

⁹⁹ BSK STPO-GLESS, Art. 140 N 50.

¹⁰⁰ BSK STPO-GLESS, Art. 140 N 50.

¹⁰¹ SR 0.105.

¹⁰² Art. 140 StPO gilt nach richtiger Auffassung auch für Strafverfahren gegen Unternehmen: BSK STPO-GLESS, Art. 140 N 24.

¹⁰³ WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 140 N 3.

¹⁰⁴ Vgl. BSK STPO-GLESS, Art. 140 N 46; SCHMID, Handbuch, 327 Rz. 786; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 167 Rz. 1016.

¹⁰⁵ Vgl. BSK STPO-GLESS, Art. 140 N 24.

¹⁰⁶ Vgl. etwa EGMR, 1.6.2010, Nr. 22978/05, Gäfgen/Deutschland, Rz. 163 f.; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 168 Rz. 1026.

desgericht, welches eine Interessenabwägung zwischen der Schwere der zu beurteilenden Straftat und dem daraus folgenden öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung einerseits und dem privaten Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet blieb, vornahm.¹⁰⁷

Die StPO verwendet ein formaleres und deshalb auch aufgrund präventiver Überlegungen vorzuziehendes System. Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden (Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können), sind absolut unverwertbar. Es findet also keine Interessenabwägung statt (vgl. Art. 141 Abs. 1 StPO).¹⁰⁸ Bei einer strafbaren Erhebung von Beweisen oder Beweisen, die in Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift erhoben wurden, ist die Verwertung ausgeschlossen, es sei denn ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Kartellverstöße dürften im Regelfall nicht als schwere Straftaten zu werten sein, es sei denn sie hätten die weitgehende und systematische Vernichtung von Wettbewerbern (Boykott) zur Folge. Beweismittel, bei denen nur Ordnungsvorschriften verletzt wurden, sind ohne Weiteres verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO). Letzteres dürfte bei einfachen Suggestivfragen der Fall sein, die „nur“ gegen Art. 143 Abs. 5 StPO verstossen.¹⁰⁹ Sollte indessen die systematische Verwendung von Suggestivfragen die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen, ist von einem absoluten Verwertungsverbot auszugehen.

Die Aufzeichnungen über die unverwertbaren Beweise müssen aus den Strafakten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens entfernt, unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet werden (Art. 141 Abs. 5 StPO).

G. Teilnahmerecht anderer Parteien?

Ungeklärt ist auch die Frage des Teilnahmerechts der Parteien an Parteiverhören anderer Verfahrensparteien.

Art. 6 Abs. 3 Bst. d und Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV verleihen dem Beschuldigten das Recht, den Befragungen anderer Personen beizuwohnen und Ergänzungsfragen zu stellen.

Die EMRK verleiht nach heutiger Praxis grundsätzlich kein Recht, bei allen Parteiverhören im Ermittlungsverfahren anwesend zu sein. Allerdings muss der Be-

¹⁰⁷ BGE 131 I 279, E. 4.1.2.

¹⁰⁸ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 170 f. Rz. 1040.

¹⁰⁹ SCHMID, Handbuch, 328 Rz. 788; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 168 Rz. 1010.

klagte grundsätzlich mindestens einmal den betreffenden Belastungszeugen, Mitbeschuldigten etc. befragen können, wenn das Gericht auf dessen Aussagen abstellt.¹¹⁰ In dieselbe Richtung geht auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 aBV, wenn auch das Bundesgericht weniger restriktiv als der EGMR zu sein scheint.¹¹¹ In eine ähnliche Richtung geht die Praxis zum VStrR.¹¹² Die Verweigerung der Teilnahme am Parteiverhör hat nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich Unverwertbarkeit zur Folge. Dabei wird allerdings auch auf die Entscheidungsrelevanz der Aussage abgestellt.¹¹³

Die StPO gewährt hier einen wesentlich besseren Schutz. Art. 147 Abs. 3 StPO gewährt das Recht, grundsätzlich an sämtlichen Einvernahmen teilzunehmen. Auch bezüglich Rechtsfolgen ist die neue StPO strenger. Art. 147 Abs. 5 StPO verbietet es, Beweise, die in Verletzung von Art. 147 StPO erhoben worden, zu Lasten der Partei zu verwerten, die nicht anwesend war.

Das Sekretariat befragt grundsätzlich alle Parteien einzeln. Andere Parteien werden grundsätzlich nicht zum Parteiverhör zuzulassen. Als Grund hierfür wird der Schutz von Geschäftsgeheimnissen genannt (Art. 18 Abs. 2 VwVG analog).¹¹⁴ Bei Kartelluntersuchungen dürften auch Kollisionsbefürchtungen eine Rolle spielen.

Die Weko sieht hier aus zwei Gründen keine Verletzung von Verfahrensrechten:

Einmal wird geltend gemacht, dass die Parteien Einsicht in die Protokolle der Parteiverhöre erhielten und hierzu Stellung nehmen könnten.¹¹⁵ Hiergegen ist einzuwenden, dass ein blosses Recht zur Stellungnahme im Falle von Sanktionen den Anforderungen von Art. 6 Abs. 3 Bst. d und Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht Genüge tut. Zudem sind die Protokolle z.T. unvollständig, weil die Fragen zum Teil nicht protokolliert werden, was je nachdem den Sinn der Antworten verfälschen kann.

Zudem wird seitens der Weko geltend gemacht, dass die Parteien im Falle von Sanktionen die Möglichkeit hätten, zumindest in der Anhörung vor der Weko Ergänzungsfragen an die anderen Parteien zu stellen. Auch dieses Argument ist nicht in allen Fällen richtig: Einmal ist nicht sichergestellt, dass an der Anhörung vor der Weko dieselben Personen anwesend sind und befragt werden können, die an den Parteiverhören vor dem Sekretariat ausgesagt haben. Damit liegt

¹¹⁰ EGMR, 20. 10. 2009, Nr. 35185/03, Raykov/Bulgarien, Rz. 71; MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK, 242; VILLIGER, 305 N 477 m.w.H..

¹¹¹ Vgl. etwa BGE 116 Ia 289 ff. E. 2 und 3.

¹¹² EICKER/FRANK/ACHERMANN, 240 f.

¹¹³ Vgl. BGE 133 I 46, E. 4.4.1.; BGE 131 I 481 E. 2.2.; BSK StPO-SCHLEIMINGER, Art. 147 N 29 ff.

¹¹⁴ RPW 2012/1, 90 Rz. 86 ff., Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

¹¹⁵ RPW 2012/1, 90 Rz. 85, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

ein Verstoss gegen Art. 6 Abs. 3 Bst. d und Art. 6 Abs. 1 EMRK vor. Zudem besteht in Anbetracht des engen Zeitplans, unter dem Anhörungen durchgeführt werden, ein nicht von der Hand zu weisendes Risiko, dass Parteien sich gedrängt sehen, auf eine ausführliche Befragung von Belastungszeugen zu verzichten.

Die Problematik der Geschäftsgeheimnisse kann auch dadurch gelöst werden, dass die anderen Parteien kurzzeitig den Raum verlassen müssen.¹¹⁶ Allenfalls können die entsprechenden Fragen auch schriftlich gestellt werden. So ist z.B. kein Grund ersichtlich, weshalb Umsatzzahlen, Margen etc. in einem Parteiverhör erfragt werden müssen. Zu bedenken ist auch, dass auf Aussagen, die als Geschäftsgeheimnis den anderen Parteien nicht offen gelegt werden, grundsätzlich nicht zulasten dieser Parteien abgestellt werden kann.

H. Parteiverhöre an Hausdurchsuchungen

Eine andere Frage ist die Zulässigkeit von Parteiverhören an Hausdurchsuchungen. In ihrer jüngsten Praxis ist die Weko dazu übergegangen, an Hausdurchsuchungen Parteiverhöre durchzuführen. Das Sekretariat stützt diese Praxis auf Art. 42 Abs. 1 KG sowie auf den jeweiligen Hausdurchsuchungsbefehl.

Diese Auffassung ist abzulehnen:

Art. 48 VStrR stellt keine Grundlage für ein Parteiverhör dar. Zweck der Hausdurchsuchung ist nicht das Verhör von Personen sondern das Durchsuchen/Beschlagnahmen von physischen Beweismitteln.¹¹⁷

Zudem enthalten die gängigen Hausdurchsuchungsbefehle keine Vollmacht zur Parteiverhören.

Überdies sind bei einem solchen Vorgehen die Vorschriften zur ordnungsgemässen Vorladung nicht erfüllt.¹¹⁸

¹¹⁶ Anderer Meinung RPW 2012/1, 90 Rz. 87, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

¹¹⁷ SOMMER/RAEMY, sic! 2004, 764.

¹¹⁸ Siehe hierzu S. 104.

VI. Selbstanzeige und Bestreitung der rechtlichen Würdigung

In ihrer jüngeren Praxis verlangt die Weko vom Selbstanzeiger, dass dieser zumindest das Bestehen einer Abrede anerkennt.¹¹⁹ Der Selbstanzeiger kann deshalb nach Auffassung der Weko nicht einfach Tatsachen vortragen sondern muss im Sinne einer rechtlichen Würdigung das Bestehen einer Abrede nach Art. 4 KG anerkennen.

Die Weko begründet dies damit, dass die Selbstanzeige mit einem Geständnis im strafrechtlichen Sinne verwandt sei.¹²⁰

Diese Auffassung der Weko ist unrichtig:

So ist grundsätzlich einmal zu bedenken, dass sich den Materialien nicht entnehmen lässt, dass die Bonusregelung als Geständnis konzipiert wurde. Der Umstand, dass die Einführung der Bonusregelung in Anlehnung an ausländische Kartellrechte erfolgte, zeigt vielmehr, dass eine Analogie zum Geständnis nicht geplant war.

Auch wenn man die Analogie zum Geständnis zieht, ist diese unrichtig.

Die rechtliche Qualifikation einer Handlung ist nicht Gegenstand eines Geständnisses. Gegenstand eines Geständnisses sind nur die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale. Es reicht z.B., dass der Mörder den Hergang einer Tötung schildert. Die Frage, ob die Tötung als Mord zu gelten habe, ob die Zurechnungs- und Schuldfähigkeit gegeben sei etc. kann nicht Gegenstand eines Geständnisses sein.¹²¹

Art. 8 und 13 SVKG verlangen nicht, dass der Selbstanzeiger eine rechtliche Würdigung des von ihm angezeigten Sachverhalts vornimmt, indem er z.B. das Vorliegen einer Abrede anerkennt. Art. 8 und 13 SVKG verlangen nur eine Vorlage sämtlicher Informationen und Beweismittel. Art. 8 Abs. 1 Bst. a und b sowie Abs. 2 Bst. b SVKG sprechen nur von „Informationen“ und „Beweismitteln“ nicht indessen von der rechtlichen Würdigung dieser Informationen durch den Selbstanzeiger. Wäre das Eingeständnis einer Abrede Voraussetzung für den Erlass einer Sanktion, so hätte der Ordnungsgeber einen entsprechenden Hinweis in Art. 8 Abs. 2 SVKG angebracht. Dies ist indessen nicht geschehen. Den Selbstanzeiger trifft damit nur die Pflicht zur vollständigen Offenlegung des ihm bekannten Sachverhalts.

Die rechtliche Würdigung ist auch schon nur aufgrund des Grundsatzes *iura novit curia* Sache der Weko und nicht der sich anzeigenden Unternehmen.

¹¹⁹ RPW 2011/4, 578 Rz. 341, ASCOPA.

¹²⁰ RPW 2011/4, 578 Rz. 341, ASCOPA.

¹²¹ GODENZI, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 160 N 1 m.w.N; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 160 N 4.

VII. Schlussfolgerungen

A. Notwendigkeit eines aus sich selbst heraus verständlichen und klaren Verfahrensrechts

Die vorhergehenden Ausführungen haben exemplarisch gezeigt, dass heute viele Fragen offen sind, da kein eigentliches Strafverfahrensrecht im Kartellrecht besteht.

Die heutige Verfahrensordnung besteht pointiert ausgedrückt darin, dass das VwVG an verschiedenen Stellen pragmatisch geflickt und ergänzt wird.

Dies ist rechtstaatlich problematisch. Einerseits hat die Weko so weitreichende Möglichkeiten, die Verfahrensordnung nach eigenem Gutdünken zu gestalten. Andererseits wird hierdurch eine grosse Rechtsunsicherheit geschaffen. Für die Parteien ist oft nicht klar, welche Regeln gelten. Es besteht auch die Gefahr, dass sich eine Geheimpraxis entwickelt und die entsprechenden Regeln häufig geändert werden.

Es braucht deshalb ein klares, in sich geschlossenes, Verfahrensrecht, das insbesondere folgende Bedingungen erfüllt:

- Die Verfahrensordnung muss **aus sich selbst heraus verständlich und klar** sein und nicht ein Patchwork von verschiedensten Normen darstellen, das je nach Fall anders zusammengesetzt wird.
- Die strafverfahrensrechtlichen Garantien müssen gewährt sein.
- Es dürfen keine „pragmatischen“ Ausnahmen gemacht werden, um das Verfahren „effizienter zu machen“.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, welches die zu bevorzugende Lösung ist:

B. Übernahme des VStrR?

Eine Lösung bestünde darin, in Art. 39 KG statt auf das VwVG auf das VStrR zu verweisen.

Die Vorteile einer solchen Lösung wären:¹²²

- Die Verfahrensrechte der beteiligten Unternehmen würden besser geschützt.
- Das VStrR ist in verschiedenen Bereichen bereits anwendbar (z.B. Hausdurchsuchungen oder im Bereich der Strafsanktionen).

¹²² Siehe auch Projektbericht P10/11, 50 f. Rz. 188.

Eine integrale Übernahme der VStrR hätte allerdings folgende Nachteile:¹²³

- Das VStrR ist ein relativ alter Erlass, der teilweise durch die Rechtsprechung überholt ist.
- Gewisse Fragen werden z.T. nur rudimentär geregelt. Auch die öffentlich zugängliche Praxis ist mengenmässig eher dürftig. Damit bleiben viele Fragen offen.
- Das VStrR ist auf die Strafverfolgung natürlicher Personen zugeschnitten.
- Das VStrR sieht eine andere Regelung der Behördenorganisation und der Rechtsmittelinstanzen vor.

Diese Nachteile stehen einer integralen Übernahme entgegen.

C. Übernahme der StPO?

Eine andere Lösung bestünde darin, in Art. 39 KG statt auf das VwVG auf die StPO zu verweisen.

Die Vorteile einer solchen Lösung wären:¹²⁴

- Es bestünde über weite Strecken ein EMRK-kompatibler Schutz der Verfahrensrechte.
- Die StPO ist ein moderner Erlass, der den aktuellen strafverfahrensrechtlichen Common Sense abbildet und Vorbildcharakter hat.
- Mittelfristig dürfte sich zur StPO am meisten Praxis und damit Rechtssicherheit entwickeln.

Die Nachteile einer integralen Übernahme der StPO wären:¹²⁵

- Auch die StPO ist primär auf die Strafverfolgung natürlicher Personen zugeschnitten. Allerdings besteht insofern Einigkeit als die Bestimmungen der StPO auf Unternehmen allenfalls analog angewendet werden.¹²⁶
- Der StPO liegt eine andere Organisation der Behörden (Kantonale Strafverfolgungsbehörden) und der Rechtsmittelinstanzen zugrunde. Hier müsste die Behörden- und Rechtsmittelinstanzorganisation wie beim VStrR angepasst werden.

¹²³ Siehe auch Projektbericht P10/11, 51 Rz. 189 f.

¹²⁴ Siehe auch Projektbericht P10/11, 51 Rz. 191.

¹²⁵ Siehe auch Projektbericht P10/11, 51 f. Rz. 192 ff.

¹²⁶ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 139 Rz. 848.

Aufgrund des Vorstehenden wäre die StPO grundsätzlich der geeignetere Erlass als das VStrR.

D. Alternative: Verweis auf Teile der StPO

Die wohl vorzuziehende Möglichkeit bestünde allerdings darin, in Art. 39 KG einen Verweis auf einzelne Vorschriften der StPO anzubringen. Zu denken wäre diesbezüglich an einen (allenfalls auch sinngemässen) Verweis auf z.B. Art. 3–11, Art. 56–60, Art. 68–71, Art. 73–79, Art. 80 f., Art. 83, Art. 85, Art. 87 f., Art. 109 f., Art. 139–195¹²⁷, Art. 196 f., Art. 201, Art. 241–248, Art. 263–267 StPO.

Gleichzeitig wären die Fragen der Behördenorganisation und des Rechtswegs separat im Kartellgesetz zu regeln. So z.B. wäre zu regeln, welche Behörde die Funktion der Staatsanwaltschaft, der Gerichte etc. ausübt.

Diese Lösung würde ein für die Bedürfnisse des Kartellrechts angepasstes Verfahrensrecht schaffen, das die geltenden Verfahrensgarantien berücksichtigt.

¹²⁷ Unter Ausschluss von Art. 178 Bst. g StPO; siehe hierzu oben S. 99.