
Einvernahmen durch das Sekretariat, insbesondere im Rahmen von Hausdurchsuchungen

Semesteraussprache der Studienvereinigung Kartellrecht
(Arbeitsgruppe Schweiz), 16. November 2015

Dr. Gion Giger

walderwyss rechtsanwälte

«Von stetig wachsender Bedeutung sind die in diversen Untersuchungen durchgeführten Einvernahmen von Parteien und Zeugen.»

Jahresbericht 2014 der WEKO, RPW 2015/1, S. 11

Inhaltsübersicht

1. Parteieinvernahme vs. Zeugeneinvernahme
2. Einvernahmen von Organen und Mitarbeitern von Parteien
3. Verweigerungsrechte
4. Durchführung von Einvernahmen während der Hausdurchsuchung
5. Teilnahmerecht der übrigen Parteien
6. Praktisches

Parteienvernehmung (einfaches Parteiverhör)		Zeugeneinvernahme
Gesetzliche Grundlage	Auskunftspflicht nach Art. 40 KG Art. 62 BZP analog?	Art. 42 I KG; Art. 14 I d VwVG
Adressaten	Parteien (Art. 6 VwVG)	Dritte (Zeugnispflicht Art. 15 VwVG)
Sanktionen	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)
Verweigerungsrechte	Art. 40 Satz 2 KG → Art. 16 VwVG → Art. 42 BZP <ul style="list-style-type: none"> • Belastung der auskunftspflichtigen Person oder einer ihr nahestehenden Person • Recht zu Schweigen nach Art. 6 I/II EMRK («nemo tenetur») in Sanktionsverfahren • Träger eines Berufsgeheimnis 	Art. 39 KG → Art. 16 VwVG → Art. 42 BZP <ul style="list-style-type: none"> • Belastung des Zeugen oder einer ihm nahestehenden Person • Träger eines Berufsgeheimnis

2. Einvernahmen von Organen und Mitarbeitern von Parteien

- Als Unternehmensvertreter werden **formelle und faktische Organe** befragt.
- Als Zeugen befragt werden:
 - **Mitarbeiter ohne Organstellung**, einschliesslich Mitarbeiter von Organen und Mitarbeiter von Rechts- oder Compliance-Abteilungen
 - **Ehemalige Organe** (z.B. pensionierter CEO)
- Problematisch erscheint vor allem die Befragung von Mitarbeitern als Zeugen, wenn diese in die wettbewerbsrelevanten Verhaltensweisen involviert sind.
- Vergleich mit der StPO
 - Art. 112 StPO: Unternehmen bestimmt *einen* Unternehmensvertreter
 - Art. 178 Bst. g StPO: Unternehmensvertreter, *formelle* Organe und *ihre* Mitarbeiter werden als **Auskunftspersonen** befragt.

3. Verweigerungsrechte (I): Wer kann sich auf Art. 42 BZP berufen?

*«Massgebend für die Bestimmung der Berechtigten zur Auskunftsverweigerung sind der Wortlaut sowie Sinn und Zweck von Art. 40 KG [...]. 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

3. Verweigerungsrechte (II): Wie weit reicht Art. 42 BZP?

Art. 42 I BZP

¹ Das Zeugnis kann verweigert werden:

- a. von folgenden Personen, wenn die Beantwortung der Frage sie der **Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung** oder einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen kann oder ihnen einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde:
 - 1. dem Zeugen, seinem Ehegatten, seiner eingetragenen Partnerin, seinem eingetragenen Partner oder einer Person, mit der er eine faktische Lebensgemeinschaft führt,
 - 2. Verwandten oder Verschwägerten des Zeugen [...]

[...]

3. Verweigerungsrechte (III): Wie weit reicht Art. 42 BZP?

*«Der Begriff der 'strafergerichtlichen Verfolgung' in Art. 52 [recte: 42] BZP umfasst [...] auch Sanktionen gemäss Art. 49a KG, weil diesen ein strafrechtsähnlicher Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK zukommt. Mit der Möglichkeit einer Auskunftsverweigerung wegen der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung transformiert Art. 40 Satz 2 KG den strafrechtlichen **nemo tenetur-Grundsatz** in das Kartellverfahrensrecht.»*

«Art. 40 Satz 2 KG gewährleistet somit [...], dass bei allfälligen strafrechtlichen und strafrechtsähnlichen Auswirkungen nicht nur die von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Dritten als Zeugen, sondern auch die im Fokus einer Untersuchung stehenden Unternehmen als Parteien über ihre Mitwirkung im Kartellverfahren eigenständig entscheiden können.»

B-7633/2009 – Preispolitik Swisscom ADSL, Erw. 87

3. Verweigerungsrechte (IV): Reine Tatsachenaussagen vs. Eingeständnis

«Eine entsprechende Differenzierung kann demzufolge nur dann vorgenommen werden, wenn von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass die reinen Tatsachenaussagen nicht zu einem späteren Zeitpunkt doch noch eine belastende Rolle in der Beweisführung der Vorinstanz oder der Rechtsmittelgerichte spielen.»

B-7633/2009 – Preispolitik Swisscom ADSL, Erw. 110

4. Durchführung von Einvernahmen während der Hausdurchsuchung

- Zeitgleiche Hausdurchsuchungen und Einvernahmen sollen heute die Regel sein.
- Zulässig, weil Zeugen- und Parteieinvernahmen im KG nicht subsidiär sind (entgegen Art. 14 I VwVG)
- Einvernahmen vor Ort explizit im HD-Befehl vorgesehen
- Vorladung wird vor Ort überreicht
- Zeit, um Anwesenheit des Anwalts zu organisieren, wird gewährt.
- Konflikt mit dem Anspruch, sich ausreichend auf die Verteidigung vorzubereiten (Art. 6 III b EMRK)?

5. Teilnahme der übrigen Parteien (I): Grundsatz

- Grundsätze des verwaltungsrechtlichen Verfahrens:
 - Parteiöffentlichkeit
 - Recht der Parteien auf Mitwirkung an der Beweiserhebung (Art. 29 II BV)
- Recht der Parteien auf Teilnahme an **Zeugeneinvernahmen** und auf Ergänzungsfragen (Art. 18 I VwVG)
- Analoge Anwendung von Art. 18 VwVG auf die **Parteieinvernahme**

5. Teilnahme der übrigen Parteien (II): Ausnahme

- Einschränkungen der Teilnahme der übrigen Parteien gemäss Art. 18 II VwVG zur Wahrung **wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen**
- Ausschluss zur Wahrung von **Geschäftsgeheimnissen?**
 - Für einen generellen Ausschluss RPW 2012/1, S. 90 f. - Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich
 - Verhältnismässigkeitsprinzip: Ausschluss auf einzelne Teile beschränken
- Ausschluss zur **ungehinderten und unverfälschten Sachverhaltsermittlung:**
 - Keine Information der übrigen Parteien über Einvernahmen zu Beginn einer Untersuchung
 - Keine Akteneinsicht in diesem Zeitpunkt gestützt auf Art. 27 I c VwVG

6. Praktisches

- Fehlender Blickkontakt: Anwalt wird hinter die befragte Person platziert.
- Möglichkeit zu Ergänzungsfragen wird nur ganz am Schluss der Einvernahme gewährt.
- Viele Unterbrechungen zwecks Protokollierung verunmöglichen einen natürlichen Redefluss und bringen die befragte Person aus dem Konzept.