

C/M/S/ von Erlach Henrici



Korrektes Verhalten bei Hausdurchsuchungen

Rechte und Pflichten der Unternehmen und der Wettbewerbsbehörden
bei Hausdurchsuchungen im Kartellverfahren

Einleitung

Die Schweizerische Wettbewerbskommission hat die Möglichkeit, bei Unternehmen Hausdurchsuchungen anzuordnen. Das vom Sekretariat der Wettbewerbskommission publizierte Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen hat keine Klarheit gebracht. Unternehmen haben jedoch ein Bedürfnis, sich auf Hausdurchsuchungen vorzubereiten. Dieser Beitrag enthält konkrete Handlungsanweisungen und erläutert die entsprechenden rechtlichen Grundlagen.

Obwohl das revidierte Kartellgesetz mit Art. 42 Abs. 2 KG eine klare gesetzliche Grundlage für Hausdurchsuchungen enthält, hat die Schweizerische Wettbewerbskommission (Weko) bis heute noch keine so genannte "Dawn Raid"¹ angeordnet. Die konkrete Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörden ist daher noch nicht bekannt. Entsprechend fehlen auch richterliche Entscheide, welche sich mit der Zulässigkeit von bestimmten Verhaltensweisen im Rahmen von Hausdurchsuchungen auseinandersetzen. Dieser Umstand schafft ein erhebliches Mass an Rechtsunsicherheit. Bei den Unternehmen, welche von einer Hausdurchsuchung betroffen sein könnten, besteht jedoch ein dringendes Bedürfnis nach konkreten Richtlinien für das Verhalten bei Hausdurchsuchungen.

Das Merkblatt des Sekretariats der Weko zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen hat keine Klarheit gebracht.² Es behandelt nur Einzelfragen und führt teilweise noch zu weiteren Unsicherheiten. Insbesondere die im Merkblatt zu Hausdurchsuchungen vom Sekretariat der Weko eingenommene Position, wonach lediglich die beim Unternehmen aufgefundene Verteidigerkorrespondenz von der Beschlagnahme ausgenommen sei, ist kritisiert worden.³

Das Sekretariat der Weko hat eine Zelle "Hausdurchsuchungen" geschaffen. Diese wurde von schweizerischen und ausländischen Behörden geschult, welche auf Ermittlungen spezialisiert sind.⁴ Zudem wurden gemäss Auskunft der Weko IT-Spezialisten⁵ angestellt. Die Weko ist also für den Ernstfall gerüstet. Auch Unternehmen sollten sich vorbereiten, um im Sinne der Waffengleichheit dem Auftreten der Beamten begegnen zu können. Dabei ist es wichtig, dass der einzelne Mitarbeiter sich nicht auf komplizierte rechtliche Ausführungen des internen oder externen Juristen abstützen muss, sondern über klare und einfach verständliche Verhaltensanweisungen verfügt. Klar und einfach verständlich müssen diese Vorgaben insbesondere auch sein, weil jeder Mitarbeiter, der mit einer Durchsuchung konfrontiert ist, sich in einer Stresssituation befinden wird. Dabei besteht die Gefahr, dass Fehler begangen werden, welche das Unternehmen im weiteren Verlauf des Verfahrens in Schwierigkeiten bringen.

Merkblätter des Unternehmens für den Fall einer Hausdurchsuchung

Um sicherzustellen, dass die Mitarbeiter des Unternehmens bei einer Hausdurchsuchung richtig handeln, müssen sie beim Erscheinen der Behörden die notwendigen Verhaltensanweisungen sofort zur Hand haben. Dafür bieten sich Merkblätter an, welche konkrete Anweisungen enthalten, wie sich das Unternehmen während der Hausdurchsuchung zu verhalten hat.

Es empfiehlt sich, zwei Versionen von Merkblättern auszuarbeiten: eine kurze Version für die Mitarbeiter im Empfangsbereich sowie eine ausführlichere Version für die Geschäftsleitung. Das Merkblatt für die Mitarbeiter des Empfangsbereiches sollte nach Möglichkeit nicht mehr als eine A4-Seite umfassen. Insbesondere gehören in dieses Merkblatt keine rechtlichen oder sonstigen Begründungen, weshalb etwas zu tun oder zu lassen ist. Das Merkblatt für die Geschäftsleitung hingegen ist ausführlicher zu gestalten und sollte, neben den Richtlinien für das Verhalten gegenüber den Beamten und die interne Organisation, auch Ausführungen zu den Befugnissen der Wettbewerbsbehörden sowie den Verteidigungsrechten des Unternehmens umfassen.

Jedes Merkblatt sollte die Namen und Kontaktdaten (direkte Telefon-, Mobiltelefon- und Faxnummer sowie E-Mail) der im Fall einer Hausdurchsuchung zu informierenden Mitglieder der Geschäftsleitung sowie des internen und externen Juristen enthalten. In das Merkblatt für die Geschäftsleitung sind zudem die Daten weiterer Personen aufzunehmen, welche zusammen mit Geschäftsleitung und Juristen den Ablauf der Hausdurchsuchung aufseiten des Unternehmens koordinieren.⁶

Bei der Ausfertigung der Merkblätter ist daran zu denken, dass die Behörden diese unter Umständen sehen werden. Die Merkblätter sollten daher nichts enthalten, was die Behörden nicht wissen dürfen. Um sicherzustellen, dass Mitarbeiter ihr persönliches Merkblatt nicht mit eigenen, handschriftlichen Bemerkungen ergänzen, sollten die Merkblätter in "schreibgeschützter" Form, beispielsweise laminiert, verteilt werden.

Verhalten des Unternehmens

Die folgenden Ausführungen enthalten konkrete Anweisungen, wie sie in den Merkblättern für Mitarbeiter des Unternehmens enthalten sein sollten:

Beginn der Hausdurchsuchung

Verhalten der Mitarbeiter des Empfangsbereichs

Die Mitarbeiter des Empfangs kommen im Normalfall als erste mit den Behörden in Kontakt. Es ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörde jeweils die Polizei beiziehen wird,⁷ um sich nötigenfalls gewaltsam Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen. Primäre Aufgabe des Empfangs ist es, die Behörden zu empfangen und die zuständigen Personen im Unternehmen über die Hausdurchsuchung zu informieren.

Als Erstes muss der Empfang nach dem Grund des Besuches fragen und sich die Antwort der Behörden notieren. Des Weiteren sind die Beamten aufzufordern, sich auszuweisen⁸ und ein Doppel des Durchsuchungsbefehls auszuhändigen.⁹ Der Durchsuchungsbefehl ist anschliessend umgehend den im Merkblatt des Unternehmens aufgelisteten Personen per Fax oder PDF/E-Mail zuzustellen. Zudem sind diese Personen persönlich telefonisch über die Hausdurchsuchung und die Anwesenheit der Beamten zu informieren.

Anschliessend sind die Behörden aufzufordern, im Empfangsbereich oder in einem neutralen Raum die Ankunft der informierten Personen, insbesondere des externen Anwalts,¹⁰ abzuwarten. Sollten die Beamten dies verweigern, ist der anwesende ranghöchste Mitarbeiter herbeizurufen, um vorläufig das weitere Vorgehen zu koordinieren und die Behörden bis zum Eintreffen der durch den Empfang informierten Personen zu begleiten.

Verhalten der Geschäftsleitung und des Compliance Teams

Sobald die im Merkblatt für den Empfangsbereich genannten Personen über die Hausdurchsuchung informiert sind, tritt das "Compliance Team" zusammen, welches aufseiten des Unternehmens den weiteren Ablauf der Hausdurchsuchung koordiniert. Dem Compliance Team sollten angehören: a) ein Vertreter der Geschäftsleitung, b) ein Vertreter der internen Rechtsabteilung, c) der externe Anwalt, d) ein Vertreter der Informatikabteilung und e) ein Vertreter des von der Hausdurchsuchung betroffenen Geschäftsbereichs.

Ein Mitglied des Compliance Teams, im Idealfall ein Jurist, ist sowohl für die Beamten als auch für die Mitarbeiter des Unternehmens zentrale Ansprech- und Auskunftsstelle während der gesamten Hausdurchsuchung. Dies ist Behörden und Mitarbeitern unter Angabe einer Telefonnummer, unter welcher die entsprechende Person stets zu erreichen ist, mitzuteilen.¹¹ Werden anderen Mitarbeitern durch die Wettbewerbsbehörden Fragen gestellt, sind die Beamten an die Auskunftsperson zu verweisen; zumindest ist vor der Beantwortung von Fragen Rücksprache mit einem Mitglied des Compliance Teams zu nehmen.

Falls noch keine unabhängige Amtsperson zur Überwachung der Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörden bei der Hausdurchsuchung anwesend ist,¹² sollten die Behörden ausdrücklich aufgefordert werden, die Ankunft dieser Person abzuwarten. Die Behörden können zwar nicht davon abgehalten werden, trotzdem mit der Hausdurchsuchung zu beginnen. Sie würden dadurch aber unseres Erachtens ein Verfahrensrecht des Unternehmens verletzen, was vom Unternehmen umgehend gerügt werden sollte.

Vorab sollte das Compliance Team den Durchsuchungsbefehl studieren, um Gegenstand und Umfang der Hausdurchsuchung zu erfassen. Der Befehl muss sich zum Grund der Hausdurchsuchung äussern. Des Weiteren sollte daraus hervorgehen, welche Räumlichkeiten durchsucht und welche Beweismittel gesucht werden.¹³ Nur wenn der genaue Inhalt des Durchsuchungsbefehls bekannt ist, kann im Verlauf der Durchsuchung überprüft werden, ob sich die Behörden an die ihnen durch den Durchsuchungsbefehl erteilten Befugnisse halten. Ausserdem ist abzuklären, ob gleichzeitig an anderen Standorten des Unternehmens ebenfalls eine Hausdurchsuchung durchgeführt wird (Paralleldurchsuchung).

Anschliessend hat das Compliance Team zu Beginn der Hausdurchsuchung gewisse Vorkehrungen zu treffen, um einen geordneten und für das Unternehmen überschaubaren Ablauf der Durchsuchung sicherzustellen. Zum einen ist für jeden Beamten eine Person zu bestimmen, welche diesen während der gesamten Hausdurchsuchung begleitet. Die Begleitpersonen sollten ein detailliertes Protokoll über die Hausdurchsuchung erstellen (Personalien der begleiteten Beamten, Vorgehensweise der Behörden, gesichtete Dokumente, beschlagnahmte Dokumente, gestellte Fragen, erteilte Auskünfte usw.).

Weiter sind Massnahmen zu treffen, damit die Hausdurchsuchung den normalen Betrieb des Unternehmens nicht unnötig stört. Den Behörden sollte insbesondere ein Arbeitsraum zur Sichtung von Dokumenten zur Verfügung gestellt werden. Im oder in der Nähe des Arbeitsraums sollte sich auch ein Kopierer befinden. Unter Umständen ist den Beamten auch ein Mitarbeiter des Unternehmens zur Anfertigung von Kopien zur Verfügung zu stellen.

Schliesslich sind die übrigen Mitarbeiter des Unternehmens über die Hausdurchsuchung zu informieren. Da in der Hitze des Gefechts Fehler gemacht werden (Art und Weise der Kommunikation, Verursachung unnötiger Aufruhr bei den Mitarbeitern usw.) und wichtige Informationen vergessen gehen können, ist im Hinblick auf eine Hausdurchsuchung ein E-Mail der Geschäftsleitung an die Mitarbeiter vorzubereiten. In diesem E-Mail sind den Mitarbeitern die Telefonnummer des Compliance Teams bzw. der Auskunftsperson mitzuteilen und die Mitarbeiter aufzufordern, sich bei Fragen an das Compliance Team zu wenden. Schliesslich können den Mitarbeitern weitere Verhaltensanweisungen erteilt werden.

Durchsuchung und Beschlagnahme von Dokumenten

Es dürfen nur physische oder elektronische Dokumente durchsucht werden, welche vom Durchsuchungsbefehl umfasst sind. Damit die Behörden aber feststellen können, ob es sich um ein für das Verfahren erhebliches Dokument handelt, muss ihnen eine summarische Durchsicht der Dokumente gestattet werden. Die Verweigerung einer summarischen Erstdurchsicht könnte dazu führen, dass der Betrieb des Unternehmens unnötig gestört wird, weil wahllos Dokumente beschlagnahmt werden.¹⁴

Mit Bezug auf Dokumente hingegen, welche entweder in keinem Zusammenhang mit dem Gegenstand der Hausdurchsuchung stehen oder unter das Amts- oder Berufsgeheimnis fallen, ist selbst eine summarische Sichtung nicht zuzulassen. Nötigenfalls ist die Siegelung dieser Unterlagen zu verlangen. Damit kann insbesondere vermieden werden, dass die Hausdurchsuchung für eine sogenannte "Fishing Expedition" missbraucht wird.¹⁵

Trotz anderslautender Stellungnahme in dem vom Sekretariat der Weko publizierten Merkblatt zu Hausdurchsu-

chungen sollte eine Sichtung auch mit Bezug auf sämtliche Korrespondenz mit dem externen Anwalt verweigert werden.¹⁶ Da eine höchstrichterliche Bestätigung der Position des Sekretariats der Weko, wonach lediglich die beim Unternehmen aufgefundene Verteidigerkorrespondenz von der Beschlagnahme ausgenommen sei, mit Bezug auf Kartellverfahren bisher nicht vorliegt, ist dem Unternehmen vorderhand zu empfehlen, die Einsicht in die Korrespondenz mit dem externen Anwalt generell zu verweigern. Falls die Behörden trotzdem auf eine Sichtung bzw. Beschlagnahme bestehen, ist auch hier die Siegelung der Unterlagen zu verlangen. Um ein einfaches Ausscheiden der fraglichen Dokumente zu gewährleisten, sollte die Korrespondenz mit dem externen Anwalt getrennt aufbewahrt werden.

Auch die Durchsuchung von Dokumenten, welche lediglich private Informationen enthalten, ist den Behörden untersagt. Falls notwendig, ist ebenfalls Siegelung der Unterlagen zu verlangen.

Falls ganze Ablagen (physischer oder elektronischer Natur) gesichtet oder beschlagnahmt werden sollen, welche neben Dokumenten, die der Herausgabepflicht unterliegen, auch andere Dokumente enthalten, ist ebenfalls die Siegelung zu verlangen. Dasselbe gilt für Unterlagen, für welche unklar ist, ob sie von den Behörden eingesehen werden dürfen oder nicht.

Das Unternehmen ist grundsätzlich nur verpflichtet, die Durchsuchung passiv zu dulden, und es besteht keine Pflicht zur aktiven Unterstützung der Beamten.¹⁷ Das bedeutet insbesondere, dass das Unternehmen nicht verpflichtet ist, von sich aus und unaufgefordert Unterlagen herauszugeben. Im Sinne einer gewissen Kooperation sollten allerdings a) spezifisch angeforderte Dokumente den Behörden vorgelegt und b) Fragen, welche sich unmittelbar auf vorgefundene Dokumente beziehen (Abkürzungen, Bezeichnungen, Namen usw.), beantwortet werden.

Keinesfalls dürfen Dokumente gelöscht oder vernichtet werden.

Unter Umständen ist es empfehlenswert, dass sich ein Unternehmen für eine weitergehende Kooperation mit den Behörden entscheidet und den Behörden freiwillig aus kartellrecht-

licher Sicht allenfalls problematische Dokumente übergibt. Eine derart weitgehende Kooperation könnte einen aus Sicht des Unternehmens positiven Einfluss auf die Höhe einer allfälligen Sanktion haben.¹⁸

Sollen Dokumente beschlagnahmt werden, ist darauf zu bestehen, dass lediglich Kopien und nicht Originale beschlagnahmt werden. Dies gilt insbesondere auch für elektronische Daten. Eine Beschlagnahme von Originalen wäre unverhältnismässig, weil dadurch der operative Betrieb des Unternehmens unnötig gestört würde. Wie bereits erwähnt, sollten den Behörden ein Kopiergerät und allenfalls Personal zwecks Erstellung der Kopien zur Verfügung gestellt werden.¹⁹ Dies dürfte die Bereitschaft der Behörden erhöhen, auf eine Beschlagnahme der Originaldokumente zu verzichten. Von sämtlichen Dokumenten, welche die Behörden beschlagnahmen, ist zudem ein (zweiter) Satz Kopien für das Unternehmen selbst anzufertigen.

Schliesslich dürfen Unterlagen nur gegen ein Doppel des Beschlagnahmeprotokolls oder eine Empfangsbescheinigung herausgegeben werden.²⁰

Mitarbeiterbefragungen im Rahmen von Hausdurchsuchungen

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Hausdurchsuchung nicht der Befragung von Mitarbeitern des Unternehmens dient: Die Behörden haben keinen Anspruch darauf, dass ihnen die Mitarbeiter des Unternehmens Red und Antwort stehen. Trotzdem ist davon auszugehen, dass die Behörden anlässlich von Hausdurchsuchungen Fragen stellen werden. Diese Fragen sind grundsätzlich durch die vom Compliance Team bestimmte Auskunftsperson bzw. nach Rücksprache mit ihr zu beantworten.

Das Unternehmen selbst bzw. die Auskunftsperson und die übrigen (formellen und faktischen) Organe müssen als Vertreter des Unternehmens keine Aussagen machen, welche das Unternehmen selbst belasten.²¹

Zudem müssen Fragen generell nicht beantwortet werden, wenn ein Aussageverweigerungsgrund gemäss Art. 42 BZP vorliegt. So kann die Aussage insbesondere verweigert werden, wenn die befragte Person dadurch sich selbst oder ihr nahestehende Personen der Gefahr einer strafrechtlichen

Verfolgung, einer schweren Beeinträchtigung der Ehre oder eines unmittelbaren vermögensrechtlichen Schadens aussetzen würde.

Auf keinen Fall sollten unaufgefordert Auskünfte erteilt werden. Unüberlegte Aussagen können die Verteidigung im weiteren Verlauf des Verfahrens erschweren. Fragen sollten grundsätzlich nur nach Rücksprache mit einem Juristen beantwortet werden.

Protokolle

Nach Abschluss der Hausdurchsuchung ist von den Behörden die Herausgabe des Protokolls der Durchsuchung und der Beschlagnahme zu verlangen.²² Die Protokolle von Mitarbeitern sind mit den dem Unternehmen übergebenen Beschlagnahme- und Durchsuchungsprotokollen der Wettbewerbsbehörden zu vergleichen. Abweichungen sind dem Sekretariat der Weko umgehend und in schriftlicher Form mitzuteilen.

Kooperation während und nach der Hausdurchsuchung?

Das Unternehmen muss sich Gedanken machen, inwieweit es mit den Wettbewerbsbehörden während und insbesondere auch nach einer Hausdurchsuchung kooperieren will. Eine Kooperation kann sich insbesondere im Hinblick auf die mit der Revision des Kartellgesetzes per 1. April 2004 neu eingeführte Bonusregelung anbieten. Die Spannweite einer möglichen Kooperation des Unternehmens mit den Behörden reicht von der bloss passiven Duldung der Untersuchung bis hin zur unaufgeforderten Offenlegung von Beweismitteln.

Mit Bezug auf Wettbewerbsbeschränkungen, welche gemäss Art. 49a Abs. 1 KG einer direkten Sanktion unterliegen, sieht Art. 49a Abs. 2 KG vor, dass auf eine Sanktion ganz oder teilweise verzichtet werden kann, wenn das Unternehmen an der Aufdeckung oder Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Diese Bonusregelung wird in Art. 8 bis 14 der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung) und in den Erläuterungen der Weko zur KG-Sanktionsverordnung²³ konkretisiert.

Ein vollständiger *Erläss der Sanktion* (Art. 8 bis 11 KG) würde unter anderem voraussetzen, dass das Unternehmen von

sich aus den Wettbewerbsbehörden den von ihm begangenen Verstoß gegen das Kartellgesetz anzeigt.²⁴ Eine solche Selbstanzeige kann sich jedoch nicht auf Sachverhalte beziehen, welche die Wettbewerbsbehörde bereits mittels Hausdurchsuchung untersucht, weshalb ein vollständiger Sanktionserlass bei erstmaliger Kooperation des Unternehmens im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung wohl nicht mehr in Frage kommt.

Von Bedeutung mit Bezug auf eine Kooperation während einer oder nach durchgeführter Hausdurchsuchung sind jedoch möglicherweise die Art. 12 bis 14 KG-Sanktionsverordnung (*Reduktion der Sanktion*). Art. 12 Abs. 1 KG-Sanktionsverordnung nennt allerdings als Voraussetzung einer Reduktion die "unaufgeforderte" Mitwirkung am Verfahren. Ob auch während einer oder nach durchgeführter Hausdurchsuchung eine "unaufgeforderte" Mitwirkung noch möglich ist, geht auch aus den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung nicht hervor. Die Vorlage des Hausdurchsuchungsbefehls könnte als ultimative Aufforderung zur Offenlegung von Dokumenten verstanden werden, welche sich auf den im Durchsuchungsbefehl umrissenen Sachverhalt beziehen, weshalb bei jeder späteren Kooperation nicht mehr von einer "unaufgeforderten" Kooperation gesprochen werden kann. Mit Sicherheit zu einer Reduktion der Busse führt hingegen die Offenlegung von Informationen, welche zur Aufdeckung anderer Wettbewerbsverstöße als derjenigen führt, welche der Grund für die Hausdurchsuchung waren (vgl. Art. 12 Abs. 3 KG-Sanktionsverordnung).

Das Verhalten gegenüber den Behörden während und nach Durchführung einer Hausdurchsuchung kann hingegen bereits im Rahmen der *Sanktionsbemessung* (Art. 2 bis 7 KG-Sanktionsverordnung) und nicht erst bei der sich danach stellenden Frage einer Reduktion berücksichtigt werden.²⁵ Art. 6 Abs. 1 KG-Sanktionsverordnung sieht vor, dass bei "mildernden Umständen [...] der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 vermindert [wird]". Eine Kooperation während einer und nach durchgeführter Hausdurchsuchung könnte also bei der Bemessung der Sanktion im Sinne eines mildernden Umstandes positiv berücksichtigt werden. Ein unkooperatives Verhalten könnte sich auf der anderen Seite als "erschwerender Umstand" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c KG-Sanktionsverordnung auswirken. Es ist zu berücksichtigen, dass eine Zusammenarbeit mit den Behörden nicht mit

Rechtliche Grundlagen für Hausdurchsuchungen im Kartellverfahren

einer freiwilligen Offenlegung von Beweismitteln gleichgesetzt werden kann. Wenn "Zusammenarbeit" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c KG-Sanktionsverordnung bedeuten würde, dass ein Unternehmen verpflichtet ist, sämtliche Beweismittel offenzulegen, würde dies letzten Endes zu einer Umgehung des Verbots führen, sich in einem Strafverfahren selber belasten zu müssen.²⁶

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich ein kooperatives Verhalten des Unternehmens während oder nach Durchführung einer Hausdurchsuchung in der Höhe einer allfälligen Sanktion niederschlagen muss. Nur so wird ein Unternehmen dazu bewegt, auch in diesem Verfahrensstadium in einem über die gesetzlichen Pflichten hinausgehenden Mass mit den Wettbewerbsbehörden zusammenzuarbeiten. Eine solche Zusammenarbeit liegt auch im Interesse der Behörden selbst.

Vorbereitungsmassnahmen

Um sicherzustellen, dass die Mitarbeiter im Ernstfall richtig handeln, wird es nicht ausreichen, ein Merkblatt mit dem Hinweis zu verteilen, dieses bei Gelegenheit zu studieren. Die Mitarbeiter sollten mit Bezug auf die sich ihnen im Rahmen einer Hausdurchsuchung stellenden Fragen geschult werden. Zudem können die Mitarbeiter vorbereitet werden, indem eine Hausdurchsuchung simuliert wird (sogenannte "Mock Dawn Raid").

Die zuständigen Personen können rechtzeitig und effizient über die Hausdurchsuchung informiert werden, indem ein Alarmsystem eingerichtet wird, welches durch einen einzelnen Anruf aktiviert wird und womit diese Personen automatisch informiert werden.

Die vorne umschriebenen konkreten Anweisungen für Mitarbeiter eines Unternehmens stützen sich auf rechtliche Grundlagen, welche im Folgenden im Detail erörtert werden:

Voraussetzungen für eine Hausdurchsuchung

Jede Person hat gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK, Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 186 StGB Anspruch auf Achtung ihrer Wohnung. Gemäss Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend EGMR) fallen juristische Personen mit Bezug auf ihre Geschäftsräume ebenfalls in den persönlichen Schutzbereich des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung.²⁷ Eine Hausdurchsuchung stellt einen Eingriff in dieses Grundrecht dar, weshalb die Voraussetzungen von Art. 36 BV – gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Wahrung des Kerngehalts – erfüllt sein müssen.²⁸ Zudem ist eine Hausdurchsuchung nur bei vorbestehendem, dringendem Tatverdacht zulässig.²⁹

Art. 42 Abs. 2 KG bildet die rechtliche Grundlage für Hausdurchsuchungen und Beweisbeschlagnahmen im Rahmen von Kartellverfahren. Für die Detailregelung wird auf Art. 45 bis 50 VStrR verwiesen. Daneben finden das VwVG³⁰ sowie die verfassungs- und völkerrechtlichen Verfahrensgarantien Anwendung.³¹ Diesbezüglich ist zu beachten, dass das Kartellrechtsverfahren seit der Einführung direkter Sanktionen mit der letzten Revision des Kartellgesetzes ein strafrechtliches Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK darstellt,³² was insbesondere mit Bezug auf die Frage der Herausgabe- und Auskunftspflicht des Unternehmens von Bedeutung ist.³³

Eine Hausdurchsuchung ist verhältnismässig, wenn a) sie zur Aufdeckung des mutmasslichen Verstosses gegen das Kartellgesetz geeignet ist, b) es kein milderer, gleich geeignetes Mittel zum Nachweis der Verletzung gibt und c) das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des Kartellgesetzes das private Interesse an der Achtung des Grundrechts überwiegt.³⁴

Anordnung einer Hausdurchsuchung

Zur Anordnung von Hausdurchsuchungen (und Beweisbeschlagnahmen) befugt ist grundsätzlich nur ein Mitglied des Präsidiums der Weko, welches den Durchsuchungsbefehl zu unterschreiben hat (Art. 48 Abs. 3 VStrR i.V.m. Art. 42 Abs. 2 KG). Wenn Gefahr in Verzug ist und ein Durchsuchungsbe-

fehl nicht rechtzeitig eingeholt werden kann, darf auch das Sekretariat der Weko als untersuchende Behörde eine Durchsuchung anordnen (Art. 48 Abs. 4 VStrR); in der Praxis dürften die Voraussetzungen dafür jedoch kaum je vorliegen.³⁵

Der Durchsuchungsbefehl hat sich zum Grund der Hausdurchsuchung äussern.³⁶ Des Weiteren sollte daraus hervorgehen, welche Räumlichkeiten durchsucht und welche Beweismittel gesucht werden.³⁷ Damit soll gewährleistet werden, dass nur solche Gegenstände von der Durchsuchung betroffen sind, welche zur Aufklärung der mutmasslichen Verletzung des Kartellgesetzes notwendig sind.

Zeitpunkt einer Hausdurchsuchung

Hausdurchsuchungen sind in Anbetracht des Verhältnismässigkeitsprinzips grundsätzlich während der Büroöffnungszeiten durchzuführen. Art. 49 Abs. 2 VStrR sieht denn auch vor, dass an Sonn- und Feiertagen und zur Nachtzeit eine Durchsuchung nur in dringenden Fällen und bei dringender Gefahr durchgeführt werden darf. In der Praxis wird es wohl kaum vorkommen, dass Durchsuchungen an Sonn- bzw. Feiertagen oder zur Nachtzeit stattfinden.

Bei der Hausdurchsuchung anwesende Personen

Gemäss Art. 49 Abs. 2 VStrR müssen die Behörden während der Untersuchung durch eine unabhängige Amtsperson überwacht werden. Zudem schreibt Art. 49 Abs. 2 VStrR vor, dass der Inhaber der zu durchsuchenden Räumlichkeiten beizuziehen ist.

Das Merkblatt zu Hausdurchsuchungen des Sekretariats der Weko sieht vor, dass die Beamten nicht auf den externen Anwalt warten werden.³⁸ Trotzdem sollten die Beamten aufgefordert werden, vor Beginn der Hausdurchsuchung die Ankunft des externen Anwalts abzuwarten. Erfahrungen mit Behörden in anderen Jurisdiktionen zeigen, dass die Forderung, eine gewisse Zeit auf den externen Anwalt zu warten, durchaus berechtigt ist.³⁹

Gegenstand der Hausdurchsuchung

Räumlichkeiten

Art. 48 Abs. 1 VStrR sieht vor, dass nur solche Räume durchsucht werden dürfen, in denen sich wahrscheinlich Gegenstände oder Vermögenswerte befinden, welche der Beschlagnahme unterliegen. In Kartellverfahren der EU können gemäss Art. 20 f. EG-Verordnung Nr. 1/2003⁴⁰ neben Geschäftsräumen auch Privaträume von Mitarbeitern durchsucht werden. Aufgrund der offenen Formulierung von Art. 48 Abs. 1 VStrR ist davon auszugehen, dass den Schweizer Behörden dieselben Befugnisse zukommen.

Dokumente

Es dürfen nur solche Dokumente durchsucht werden, welche vermutungsweise für das betreffende Verfahren von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Dies bedeutet insbesondere, dass Dokumente, welche nicht vom Durchsuchungsbefehl umfasst werden, nicht durchsucht werden dürfen. Gemäss Art. 50 Abs. 3 VStrR ist dem Inhaber des zu durchsuchenden Papiers vor der Durchsuchung die Möglichkeit zu geben, sich zum Inhalt des Dokumentes zu äussern. Das Unternehmen muss nicht von sich aus belastende Dokumente herausgeben.⁴¹ Dies ergibt sich aus dem Grundsatz, dass ein Beschuldiger sich in einem Strafprozess nicht selbst belasten muss.⁴²

Die Beschlagnahme von Dokumenten setzt eine entsprechende Verfügung eines Mitglieds des Präsidiums der Weko voraus, welche auf Antrag des Sekretariats der Weko ausgestellt wird (Art. 42 Abs. 2 KG). Die Verfügung hat unter die zu beschlagnahmenden Gegenstände genau zu bezeichnen.⁴³ Gegen eine Beschlagnahme können der Inhaber eines Dokuments (Art. 50 Abs. 3 VStrR) oder die Person, welche von der Hausdurchsuchung betroffen ist,⁴⁴ Einsprache erheben. Dies hat unmittelbar vor der Durchsuchung des Dokuments oder spätestens anlässlich der Unterzeichnung des Beschlagnahmeprotokolls zu erfolgen.⁴⁵ Die Einsprache hat die Siegelung und Verwahrung der entsprechenden Unterlagen zur Folge und führt dazu, dass die Dokumente – zumindest vorläufig – nicht durchsucht werden können (Art. 50 Abs. 3 VStrR). Anschliessend muss die Wettbewerbsbehörde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Art. 44 KG) die Entsiegelung der Dokumente verlangen.⁴⁶ Das Unternehmen ist auf die Möglichkeit der Siegelung aufmerksam zu machen.⁴⁷

Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips müssen die Behörden sich darauf beschränken, Kopien der aufgefundenen Dokumente zu beschlagnahmen. Dies gilt insbesondere auch für Träger elektronischer Daten. Sollten trotzdem Originaldokumente beschlagnahmt werden, so ist dem Unternehmen zumindest eine Kopie zu überlassen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass das operative Geschäft des Unternehmens übermässig gestört wird.⁴⁸

Zufallsfunde in Kartellverfahren sind Erkenntnisse der Wettbewerbsbehörden, welche zwar nicht den Gegenstand der Hausdurchsuchung betreffen, jedoch auf einen anderen Kartellrechtsverstoss hinweisen.⁴⁹ Voraussetzung für die zulässige Auswertung solcher Erkenntnisse durch die Behörden ist, dass die zum Zufallsfund führende Hausdurchsuchung rechtmässig angeordnet worden ist. Dies bedeutet insbesondere, dass mit Bezug auf den Kartellrechtsverstoss, der eigentlich Gegenstand der Hausdurchsuchung war, ein hinreichender Tatverdacht vorgelegen haben muss.⁵⁰

Wenn hingegen die Hausdurchsuchung ohne dringenden Tatverdacht angeordnet worden ist, so liegt eine unzulässige Suche nach Beweisen vor (sogenannte "Fishing Expedition"). In einem solchen Fall sind die Ergebnisse der Hausdurchsuchung nicht verwertbar.⁵¹

Amts-, Berufs- und Privatgeheimnisse

Dokumente, welche lediglich private Informationen enthalten, dürfen nicht durchsucht werden. Dasselbe gilt für Unterlagen, welche von einem Amts- oder Berufsgeheimnis geschützt werden (Art. 50 Abs. 1 und 2 VStrR).

Von Bedeutung ist im Rahmen von Kartellverfahren vor allem das Anwaltsgeheimnis. In einem neueren Entscheid vom 13. August 2004⁵² hat das Bundesgericht eine restriktive Haltung eingenommen und entschieden, dass lediglich diejenige Korrespondenz mit dem externen Anwalt geschützt ist, welche reine Verteidigerkorrespondenz im laufenden Verfahren darstellt. Dieser Entscheid wurde allerdings in einem "klassischen" Strafverfahren und nicht in einem Verwaltungsstrafrechts- und erst recht nicht in einem Kartellverfahren gefällt. Hinzu kommt, dass es sich um ein Verfahren einer staatsrechtlichen Beschwerde handelte, in welchem die Kognition des Bundesgerichts beschränkt ist.⁵³

Das Sekretariat der Weko hat sich in seinem Merkblatt zu Hausdurchsuchungen unter Berufung auf den erwähnten Bundesgerichtsentscheid dieser engen Auslegung des Anwaltsgeheimnisses angeschlossen und erklärt, dass lediglich die beim Unternehmen aufgefundene Verteidigerkorrespondenz von der Beschlagnahme ausgenommen sei, d.h. Korrespondenz, welche die Verteidigung im aktuellen Verfahren zum Inhalt hat.⁵⁴ Eine Berufung auf das Anwaltsgeheimnis mit Bezug auf den Schriftverkehr mit dem Unternehmensjuristen wird generell abgelehnt.

Ein solch enges Verständnis des Anwaltsgeheimnisses trägt den Besonderheiten eines Kartellverfahrens nicht Rechnung, da dadurch eine präventive, vor Anhebung eines Verfahrens stattfindende Beratung ungebührlich erschwert wird.⁵⁵ Es liegt bisher kein höchstrichterlicher Entscheid vor, welcher dieses Verständnis des Anwaltsgeheimnisses mit Bezug auf das Kartellverfahren bestätigt. Unter Berufung auf die Rechtslage in der EU wird in der Lehre zum Teil sogar gefordert, auch die Korrespondenz mit dem Unternehmensjuristen dem Anwaltsgeheimnis zu unterstellen.⁵⁶

Befragungen im Rahmen von Hausdurchsuchungen

Auskunftspflicht, Zeugenaussage und Beweisaussage

Das Kartellgesetz sieht für die Befragung von Mitarbeitern die folgenden Möglichkeiten vor: a) Auskunftspflicht (Art. 40 KG), b) Zeugeneinvernahme (Art. 42 Abs. 1 KG) und c) Beweisaussage (Art. 42 Abs. 1 KG). Die Hausdurchsuchung an sich dient nicht der Befragung von Mitarbeitern des Unternehmens.

Bei der *Auskunftspflicht* gemäss Art. 40 KG handelt es sich um eine Erweiterung der allgemeinen Mitwirkungspflicht des Unternehmens bei der Feststellung des Sachverhaltes (Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Auskunftspflichtig sind neben den an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen auch davon betroffene natürliche oder juristische Personen, welche zwar an der Wettbewerbsbeschränkung nicht selbst beteiligt sind, aber sonst davon berührt sind. Dies können zum Beispiel andere Unternehmen sein, welche als Abnehmer oder Lieferanten in einer Geschäftsbeziehung zu den beteiligten Personen stehen.⁵⁷ Für das Auskunftsverweigerungsrecht verweist Art. 40 KG auf Art. 16 VwVG, welcher weiter auf Art. 42 BZP verweist.

Mit der *Zeugeneinvernahme* steht den Wettbewerbsbehörden ein weiteres Instrument zur Sachverhaltsermittlung zur Verfügung (Art. 42 Abs. 1 KG und Art. 14 bis 19 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Als Zeugen können grundsätzlich sämtliche Personen einvernommen werden, welche nicht selbst von der Untersuchung betroffen sind. Das Zeugnis kann aus den in Art. 42 BZP erwähnten Gründen verweigert werden, insbesondere wenn dem Zeugen selbst oder diesem nahestehenden Personen durch die Zeugenaussage eine strafrechtliche Verfolgung oder ein Schaden mit Bezug auf Ehre oder Vermögen drohen. Voraussetzung für die Vorladung eines Zeugen ist, dass klare Hinweise auf eine Kartellrechtsverletzung vorliegen und der Sachverhalt nicht auf andere Weise festgestellt werden kann.⁵⁸

Schliesslich sieht Art. 42 Abs. 1 KG die Möglichkeit vor, die von einer Untersuchung Betroffenen zur *Beweisaussage* anzuhalten. Gemäss Art. 64 BZP, welcher gemäss revidiertem Art. 42 Abs. 1 KG "sinngemäss" auf das Kartellverfahren anwendbar ist, darf eine Beweisaussage nur verfügt werden, wenn ein vorgängig durchgeführtes "einfaches Parteiverhör" dies gebietet. Mangels Verweis im KG auf die Bestimmungen zum einfachen Parteiverhör in der BZP ist ein Parteiverhör gemäss BZP im Kartellverfahren nicht möglich. Gemäss Lehre tritt jedoch an die Stelle des Parteiverhörs die Auskunft gemäss Art. 40 KG: Erst nachdem die Parteien zur Auskunft aufgefordert worden sind (und die benötigten Informationen nicht anderweitig beschafft werden können), kann ein von der Untersuchung betroffenes Unternehmen zur Beweisaussage verpflichtet werden.⁵⁹ Wer zur Beweisaussage verpflichtet ist, kann trotz fehlender gesetzlicher Regelung aus denselben Gründen wie bei der Auskunftspflicht die Aussage verweigern. Wäre die Aussageverweigerung im anschliessenden Beweisaussageverfahren nicht möglich, könnte das Recht, die Auskunft im Rahmen von Art. 40 KG zu verweigern, durch eine Verpflichtung zur Beweisaussage umgangen werden.⁶⁰

Keine Pflicht zur Selbstbelastung?

Seit der Einführung direkter Sanktionen gilt das Kartellverfahren als Strafverfahren im Sinne der EMRK.⁶¹ Die Pflicht zur Beweisaussage unter Strafandrohung für den Fall der Falschaussage⁶² steht grundsätzlich in Widerspruch zum Grundsatz, dass ein Beschuldigter in einem Strafprozess nicht zu einer Selbstbelastung gezwungen werden darf.⁶³ Auch im allge-

meinen Verwaltungsstraftprozess kann die Aussage verweigert werden. Art. 39 Abs. 4 VStrR sieht lediglich vor, dass die Weigerung zur Aussage aktenkundig zu machen ist.⁶⁴ Auf das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, können sich sowohl natürliche als auch juristische Personen berufen.⁶⁵

Es besteht demzufolge ein Widerspruch zwischen dem Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, und der Pflicht des betroffenen Unternehmens zur Beweisaussage. Dieser Widerspruch könnte allenfalls dadurch behoben werden, indem Art. 42 Abs. 1 KG dahingehend ausgelegt wird, dass die Beweisaussage als Untersuchungsmassnahme nur in Verfahren Anwendung findet, welche nicht zu einer direkten Sanktion führen.⁶⁶ Dieser Ansatz dürfte jedoch mit Bezug auf Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) problematisch sein, da während eines Verfahrens unter Umständen nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 KG (keine direkte Sanktion) oder gegen Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG (direkte Sanktion) vorliegt. Sollten zudem im gleichen Verfahren sowohl Verstösse gegen Art. 5 Abs. 1 KG als auch gegen Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG untersucht werden, so dürfte bloss mit Bezug auf die ersteren eine Beweisaussage verfügt werden.

Eine solche Lösung ist kaum praktikabel. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Beweisaussagen im Rahmen des Kartellverfahrens, welche zu einer Selbstbelastung führen würden, seit Einführung direkter Sanktionen verfassungs- und EMRK-widrig und damit unzulässig sind.

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass formelle und faktische Organe eines Unternehmens generell nicht zu Aussagen verpflichtet werden können, welche das Unternehmen belasten. Zudem können diese Personen die Aussage verweigern, wenn ein Aussageverweigerungsgrund gemäss Art. 42 BZP vorliegt.

Mitarbeiter ohne Organfunktion hingegen können die Aussage grundsätzlich nicht verweigern, wenn sie dadurch bloss das Unternehmen und nicht sich selbst oder ihnen nahestehende Personen belasten (Art. 42 BZP i.V.m. Art. 16 VwVG). Man könnte allerdings argumentieren, dass dem einzelnen Mitarbeiter ein Vermögensschaden droht, wenn er sein Unternehmen mit einer Aussage belastet. Der drohende Vermögensschaden besteht in der Gefahr, durch belastende

Zusammenfassung

Aussagen den Arbeitgeber faktisch zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu bewegen. Allerdings dürfte es hierbei an der von Art. 42 Abs. 1 lit. a BZP geforderten Unmittelbarkeit des Vermögensschadens fehlen. Im Ergebnis wäre es jedoch stossend, dass beispielsweise nicht das Geschäftsleitungsmitglied, jedoch dessen Sekretärin zu einer das Unternehmen belastenden Aussage verpflichtet werden könnte.

Die Schweizer Wettbewerbsbehörden sind auf die erste Hausdurchsuchung gut vorbereitet. Die Mitarbeiter der Unternehmen sind ebenfalls vorzubereiten. Dadurch kann gewährleistet werden, dass die Verfahrensrechte der Unternehmen gewahrt bleiben. Merkblätter mit konkreten und klaren Handlungsanweisungen können Mitarbeitern helfen, sich bei einer Hausdurchsuchung korrekt zu verhalten. Zudem kann mittels der in diesem Beitrag vorgeschlagenen Organisationsstruktur verhindert werden, dass der Betrieb des Unternehmens durch die Hausdurchsuchung unnötig gestört wird.

Fussnoten

- 1 Hausdurchsuchungen werden auch als "Dawn Raids" bezeichnet, was übersetzt "Razzia in der Morgendämmerung" heisst, weil Hausdurchsuchungen wegen des Überraschungseffekts meist frühmorgens eingeleitet werden.
- 2 www.weko.admin.ch/publikationen/pressemitteilungen/00226/merkblatt-d.pdf?lang=de. Dabei handelt es sich um ein Positionspapier des Sekretariats der Weko, worin dieses sein Verständnis der Rechtslage kundtut. Dem Merkblatt des Sekretariats der Weko kommt keine rechtliche Bindungswirkung zu.
- 3 Vgl. F. HOFFET/D. SECKLER, Vom Anwaltsgeheimnis zum "Legal Privilege", in: SJZ 101 (2005), S. 333 ff..
- 4 Vgl. die Medienmitteilung zur Weko-Jahrespressekonferenz vom 5. April 2005 und das Referat von Rolf Dähler, Direktor des Sekretariats der Weko, anlässlich der Jahrespressekonferenz.
- 5 Im Folgenden wird zum besseren Verständnis und zur besseren Lesbarkeit jeweils die männliche Form verwendet.
- 6 Diese Personen bilden zusammen das so genannte "Compliance Team" (vgl. hierzu die Ausführungen unten).
- 7 Art. 41 KG; vgl. auch Art. 20 Abs. 2 VStrR und Art. 20 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates der Europäischen Union ("EG-Verordnung Nr. 1/2003"). Bei der EG-Verordnung Nr. 1/2003 handelt es sich um die neue Verordnung zur Durchführung von Art. 81 f. EG-Vertrag, welche am 1. Mai 2004 in Kraft getreten und die erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 f. EG-Vertrag (heute Art. 81 f. EG-Vertrag), die Verordnung (EWG) Nr. 17 des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (heute Rat der Europäischen Union), ersetzt hat.
- 8 Vgl. Art. 49 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 42 Abs. 2 KG.
- 9 Vgl. Art. 49 Abs. 4 VStrR.
- 10 Vgl. hierzu jedoch die Ausführungen unten.
- 11 Diesbezüglich ist zu beachten, dass aufgrund von Ziff. 1 des Merkblatts des Sekretariats der Weko zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen (Fn. 2) davon auszugehen ist, dass das Sekretariat der Weko die im Unternehmen ranghöchste anwesende Person als Ansprechperson verlangen wird. Trotzdem empfiehlt sich unseres Erachtens die skizzierte Struktur mit einem Compliance Team, um einen geordneten Ablauf der Untersuchung zu gewährleisten.
- 12 Art. 49 Abs. 2 VStrR i.V.m. Art. 42 Abs. 2 KG.
- 13 Vgl. hierzu unter Ziff. IV.2.
- 14 So auch P. Sommer/A. Raemy, Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts, in: sic! 2004, S. 762, mit weiteren Hinweisen.
- 15 Vgl. unten.
- 16 Vgl. unten.
- 17 So auch Art. 20 Abs. 4 EG-Verordnung 2003/1 (Fn. 7).
- 18 Vgl. unten.
- 19 Bei der Erstellung von Kopien elektronischer Daten ist der unternehmensinterne Informatiker beizuziehen. Idealerweise ist die Informatikabteilung des Unternehmens bereits im Compliance Team vertreten (vgl. oben).
- 20 Art. 47 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 42 Abs. 2 KG.
- 21 Vgl. unten.
- 22 Art. 47 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 4 VStrR i.V.m. Art. 42 Abs. 2 KG.
- 23 www.weko.admin.ch/imperia/md/images/weko/33.pdf.
- 24 Art. 8 Abs. 1 KG-Sanktionsverordnung.
- 25 Wenn die Wettbewerbsbehörden einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 oder 4 oder Art. 7 KG festgestellt haben, ist die Sanktion nach den Kriterien in Art. 2 – 7 KG-Sanktionsverordnung zu bemessen. Das Resultat dieser Sanktionsbemessung bildet die Basis für eine allfällige Reduktion (vgl. Art. 12 Abs. 2 KG-Sanktionsverordnung).
- 26 Vgl. unten.
- 27 Urteil des EGMR vom 16. April 2002 i.S. Sociétés Colas SA u.a. gegen Frankreich, Beschwerde Nr. 37971/97, Rn. 40; vgl. auch S. BREITENMOSE, Kommentar zu Art. 13 Abs. 1 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, N 31 zu Art. 13 BV.
- 28 N. SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, Rn. 684 ff. und 737; S. BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg i. Ue. 2002, S. 258 f.
- 29 SCHMID (Fn. 28), Rn. 686; BGE 106 IV 413, E. 4, S. 418. Bei Durchführung einer Hausdurchsuchung ohne dringenden Tatverdacht handelt es sich um eine unzulässige "Fishing Expedition" (vgl. unten).
- 30 Vgl. Art. 39 KG, wonach subsidiär zum Kartellgesetz das VwVG auf das Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsverstößen anwendbar ist.
- 31 A. WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 129, Zürich 2002, S. 48; Sommer/Raemy (Fn. 13), S. 758.
- 32 Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022, S. 2052; Y. HANGARTNER, Neue Aspekte des Verfahrensrechts und "dawn raids", in: Die Tragweite der Revision 2003 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), Tagung zum Wettbewerbsrecht vom 3. Februar 2004, Dokumentation, Freiburg i.Ue. 2004, S. 22 ff.
- 33 Vgl. unten.
- 34 U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rn. 320 ff; vgl. auch Art. 20 Abs. 8 EG-Verordnung Nr. 1/2003 (Fn. 7).
- 35 Vgl. SOMMER/RAEMY (Fn. 13), S. 760.
- 36 BGE 120 IV 297, E. 3d, S. 298 f.
- 37 R. HAUSER/E. SCHWERI/K. HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 356; C. Lang, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, in: Jusletter vom 27. September 2004, Rn. 28; vgl. auch Art. 20 Abs. 3 und 4 EG-Verordnung Nr. 1/2003 (Fn. 7), wonach Gegenstand und Zweck der Hausdurchsuchung im Durchsuchungsbefehl angegeben werden müssen.
- 38 Vgl. Ziff. 2 des Merkblatts des Sekretariats der Weko zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen (Fn. 2).

- 39 Vgl. hierzu WRAGE-MOLKENTHIN, Richtiges Verhalten bei kartellbehördlichen Ermittlungen (Bussgeldverfahren) im Unternehmen, in: Recht, Wettbewerb und e-commerce, Referate des XXXIV. FIW-Symposiums, FIW-Schriftenreihe, Heft 184 (2001), S. 83; vgl. auch P. KRAUSKOPF/C. PIRLOT PITTET, La nouvelle loi sur les cartels: un vade-mecum pour les entreprises, in: sic 2004, S. 242 ff., S. 253 f., wo eine Wartezeit von einer halben Stunde vorgeschlagen wird.
- 40 Vgl. oben Fn. 7.
- 41 Vgl. SOMMER/RAEMY (Fn. 13), S. 763 f. mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.
- 42 Vgl. unten.
- 43 HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 36), S. 347.
- 44 A. Donatsch/E. Maeder, Kommentar zu Art. 190 – 195 DBG, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2b, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 83–222, Basel 2000, N 72 zu Art. 191 DBG.
- 45 BGE 114 Ib 357, E. 4, S. 360 f.; DONATSCH/MAEDER (Fn. 43), N 71 zu Art. 191 DBG.
- 46 SCHMID (Fn. 27), Rn. 736.
- 47 SCHMID (Fn. 27), Rn. 735.
- 48 Vgl. auch LANG (Fn. 36), Rn. 34.
- 49 SCHMID (Fn. 27), Rn. 725.
- 50 Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts vom 2. November 1998, ZR 99 (2000) Nr. 3, worin auch auf die abweichende Lehrmeinung verwiesen wird, welche für die Verwertung von Zufallsfunden eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage verlangt.
- 51 SCHMID (Fn. 27), Rn. 725.
- 52 Urteil 1P.133/2004 vom 13. August 2004.
- 53 Vgl. hierzu ausführlich HOFFET/SECKLER (Fn. 3), S. 337 ff., wo auch auf die Rechtslage in der EU eingegangen wird.
- 54 Vgl. Ziff. 3 des Merkblatts des Sekretariats der Weko zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen (Fn. 2).
- 55 HOFFET/SECKLER (Fn. 3), S. 338.
- 56 Vgl. HOFFET/SECKLER (Fn. 3), S. 337 und 339 f.; allerdings beruft sich diese Lehrmeinung auf einen Entscheid des Präsidenten des EuG (Rs T-125/03 R und T-253/03 R), der mit Entscheid des Präsidenten des EuGH vom 27. September 2004 (verbundene Rs C-7/04 P[R]) mangels der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren erforderlichen Dringlichkeit wieder aufgehoben wurde. Der Entscheid im Hauptverfahren ist zurzeit vor dem EuG hängig.
- 57 P. ZURKINDEN/H.R. TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, N. 1 ff. zu Art. 40 KG; M. DIETRICH, Kommentar zu Art. 40 und 42 KG, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, N 5 und 11 zu Art. 40 KG.
- 58 Art. 14 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 39 KG und Grundsatz der Verhältnismässigkeit.
- 59 DIETRICH (Fn. 57), N 13 zu Art. 42 KG; BILGER (Fn. 27), S. 256. Mit der Einführung des Begriffs "sinngemäss" in Art. 42 Abs. 1 KG im Rahmen der letzten Revision wurde diese Ansicht unseres Erachtens bestätigt.
- 60 BILGER (Fn. 27), S. 256 f. mit weiteren Hinweisen.
- 61 Vgl. oben.
- 62 Vgl. Art. 64 Abs. 2 BZP i.V.m. Art. 42 Abs. 1 KG.
- 63 Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Kartellgesetzes (Fn. 31), S. 2052, wo das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, explizit erwähnt wird. Dieser Grundsatz wird aus Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK abgeleitet (vgl. SOMMER/RAEMY [Fn. 13], S. 763 mit weiteren Hinweisen; HOFFET/SECKLER [Fn. 3], S. 335).
- 64 In der Praxis der Europäischen Wettbewerbsbehörden wird unterschieden zwischen Aussagen zu Tatsachen (Auskunftspflicht des Beschuldigten) und Aussagen, mit welchen letztes Endes ein Kartellrechtsverstoss zugegeben wird (Aussageverweigerungsrecht; vgl. HOFFET/SECKLER [Fn. 3], S. 340 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).
- 65 WASER (Fn. 30), S. 108 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR; SCHMID (Fn. 27), Rn. 455 und 472; N. SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, in: recht 2003, S. 201 ff., S. 207 mit weiteren Hinweisen.
- 66 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG werden direkte Sanktionen lediglich bei Verstössen gegen Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie Art. 7 KG verhängt. "Direkt" bedeutet, dass nicht vorher in einer Verfügung der Weko die Unzulässigkeit einer Abrede oder einer Verhaltensweise festgestellt wird und erst der Verstoss gegen diese Verfügung zu einer Busse führt.

Notizen

Kontakt

Stefan Brunnschweiler, LL.M.
Rechtsanwalt
stefan.brunnschweiler@cms-veh.com

Marquard Christen
Rechtsanwalt
marquard.christen@cms-veh.com

CMS von Erlach Henrici, Dreikönigstrasse 7, Postfach 2991, CH-8022 Zürich
T +41 44 285 11 11, F +41 44 285 11 22, office@cms-veh.com, www.cms-veh.com

Die Kernkompetenzen von CMS von Erlach Henrici: M&A, Bank & Finanz, Prozessrecht & Schiedsgerichtsbarkeit, Steuern, Technologie & Telekommunikation, Immobilien, Bau & Umwelt, Wettbewerbsrecht, Arbeits- & Ausländerrecht, Geistiges Eigentum, Versicherung & Produkthaftung

Unsere Firma bietet Unternehmen und Unternehmern eine umfassende, lösungsorientierte Rechtsberatung im nationalen und internationalen Umfeld an und bürgt für Qualität und Effizienz. Als Teil von CMS können wir auf ein Netzwerk von mehr als 2000 Anwälten und Steuerberatern in mehr als 50 Niederlassungen auf der ganzen Welt zurückgreifen.

CMS-Mitglieder: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italien), CMS Albiñana & Suárez de Lezo (Spanien), CMS Bureau Francis Lefebvre (Frankreich), CMS Cameron McKenna (Grossbritannien), CMS DeBacker (Belgien), CMS Derks Star Busmann (Niederlande), CMS von Erlach Henrici (Schweiz), CMS Hasche Sigle (Deutschland), CMS Reich-Rohrwig Hainz (Österreich)