



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO  
Commission de la concurrence COMCO  
Commissione della concorrenza COMCO  
Competition Commission COMCO

# Verfahrensgarantien bei der WEKO

XXIX. Atelier de la Concurrence

ZHAW, Winterthur, 11. Oktober 2018

**Andreas Heinemann**

Präsident der Wettbewerbskommission



# Überblick Verfahrensgarantien

- Faires Verfahren (u.a. Gesetzmässigkeit, Verhältnismässigkeit, Unparteilichkeit, Transparenz der Regeln und der Praxis)
  - in allen Stadien des Verfahrens
- Sanktionszuständigkeit der Behörde / Rechtsschutz
- Unschuldsvermutung
- Recht auf Akteneinsicht
- Rechtliches Gehör
- Begründungspflicht
- Anwaltsprivileg
- Schutz von Amts- und Geschäftsgeheimnissen
- *ne bis in idem*
- ***nemo tenetur***



# Nemo tenetur

## Herkunft und Bedeutung

- Grundsatz aus dem Strafrecht
- EGMR leitet ihn aus EMRK 6 her und zählt ihn zum Kernbereich eines «fairen Verfahrens»
- EGMR unterscheidet in EMRK 6 zwischen
  - dem Recht sich nicht selbst belasten zu müssen > es dürfen keine Beweismittel verwendet werden, die unter ungerechtfertigtem Zwang / Druck erlangt wurden
  - dem Recht zu schweigen > das Schweigen des Angeklagten darf nicht zu seinem Nachteil ausgelegt werden / nicht zur Annahme seiner Schuld führen
- BGer anerkennt diese beiden Kategorien ebenfalls (BGE 142 IV 207 *UBS AG*)



# Nemo tenetur

## Rechtsprechung des EGMR in Bezug auf strafrechtsähnliche Bereiche

- **EGMR unterscheidet: Kernstrafrecht / strafrechtsähnlicher Bereich**
- Kartellsanktionen haben **strafrechtsähnlichen** Charakter, folglich gelten in Kartellsanktionsverfahren die Garantien von EMRK 6, aber nicht in voller Strenge (EGMR i.S. «*Menarini*»)
- EGMR hat Rechtmässigkeit der Herausgabe von Informationen und Dokumenten im Wirtschafts- bzw. Steuerstrafrecht beurteilt (z.B. EGMR i.S. «*Funke*», «*Saunders*»):
  - Es ging um die Frage, ob die im Verwaltungsverfahren unter Zwang erteilten Auskünfte in einem *parallel geführten / drohenden Strafverfahren* verwendet werden dürfen
  - EGMR erachtete die **Verwendung im Strafverfahren als unzulässig**, beurteilte allerdings nicht den verwaltungsrechtlichen Zwang zur Herausgabe als EMRK 6-widrig



# Nemo tenetur

## Rechtsprechung des EuGH/EuG in Bezug auf kartellrechtliche Verfahren

- **EuGH/EuG unterscheiden: Tatsachen / Geständnisse**
- EuGH i.S. «*Orkem*»: Unternehmen können sich grundsätzlich nicht auf nemo tenetur berufen, aber die Kommission darf einem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste (**«Geständnisverweigerungsrecht»**)
- EuG i.S. «*Mannesmannröhren-Werke*»: Verpflichtung zur Beantwortung rein tatsächlicher Fragen / zur Vorlage vorhandener Unterlagen kann den Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte / den Anspruch auf einen fairen Prozess nicht verletzen. Denn nichts hindert den Adressaten daran, **später im Verwaltungsverfahren / vor den Gerichten seine Verteidigungsrechte auszuüben** und zu beweisen, dass die in den Antworten mitgeteilten Tatsachen oder die übermittelten Unterlagen eine andere als die ihnen von der Kommission beigemessene Bedeutung haben.



# Nemo tenetur

## Rechtsprechung des EuGH/EuG in Bezug auf kartellrechtliche Verfahren

- **EuGH/EuG unterscheiden: Tatsachen / Geständnisse (2)**
- EuGH i.S. «*SGL Carbon*»: Dem fraglichen Unternehmen wird eine Verpflichtung zur aktiven Mitwirkung auferlegt, aufgrund derer es alle den Gegenstand der Untersuchung betreffenden Informationsquellen für die Kommission bereithalten muss.
- Das Unternehmen hat der Kommission alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und die in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, **selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen.**



# Nemo tenetur

## Rechtsprechung der Schweizer Gerichte in Bezug auf kartellrechtliche Verfahren

- **Bundesgericht qualifiziert die direkten Sanktionen als strafrechtlich bzw. strafrechtsähnlich und erklärt EMRK 6 für anwendbar:**
- BGE 139 I 72 (*Publigroupe*): Sanktionierung nach Art. 49a KG ist strafrechtlich bzw. strafrechtsähnlich > EMRK 6/7 und BV 30/32 sind im Grundsatz auf kartellrechtliche Sanktionsverfahren anwendbar
- **Das Bundesverwaltungsgericht hat jüngst den Unterschied zwischen Kernstrafrecht und Quasi-Strafrecht bestätigt:**
- BVGer v. 25.6.2018 i.S. *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau*: Kartellsanktionsverfahren zählt primär zum Verwaltungsrecht > Verfahrensgarantien der EMRK gelangen «nicht in voller Strenge zur Anwendung» und beanspruchen «**nicht absolute Geltung**», sondern sind «in eine einzelfallbezogene **Interessenabwägung** einzubeziehen» (BGE 140 II 384 *Spielbank*)



# Nemo tenetur

## Rechtsprechung der Schweizer Gerichte in Bezug auf kartellrechtliche Verfahren

- **Auch Bundesverwaltungsgericht unterscheidet: Tatsachen / Geständnis**
- BVGer i.S. *ADSL*: Unter anderem folgende von einem Unternehmen im KG-Verfahren gelieferte Informationen unterstehen **NICHT einem Verwertungsverbot**: Angaben rein tatsächlicher Art, Daten aus einer vorgängigen Rechtssache, Daten aufgrund von Dokumentationspflichten einer ordnungsgemässen Geschäftsführung und selbst eingebrachte Informationen
- BVGer i.S. *Terminierung Mobilfunk*: Es kommt darauf an, ob die Parteien mittels «unzulässiger, suggestiver Belastungsfragen» dazu aufgefordert werden, «wettbewerbswidriges Verhalten einzugestehen»
- **Fazit**: Fragen zu Angaben zum objektiven Sachverhalt und zum Markt sind unproblematisch, problematisch sind hingegen Fragen zur Tathandlung und -motivation, welche ein Eingestehen einer Zu widerhandlung provozieren





# Nemo tenetur

## Praxis der WEKO

- **Nemo tenetur steht in einem gewissen Spannungsfeld zu folgenden Grundsätzen des Kartellverfahrens:**
- **Untersuchungsgrundsatz:** Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls u.a. folgender Beweismittel: Auskünfte der Parteien, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen (VwVG 12)
- **Mitwirkungspflicht:** Die Parteien sind verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken (VwVG 13)
- **Auskunftspflicht:** Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (KG 40 als *lex specialis*).



# Nemo tenetur

## Praxis der WEKO

- **In Kartellsanktionsverfahren stellen sich jeweils folgende Fragen:**
  - **Wie weit** geht die Auskunftspflicht nach KG 40?
  - Inwieweit können sich die Unternehmen auf den strafrechtlichen Grundsatz, sich nicht selbst zu belasten zu müssen, berufen und die Auskunft verweigern?
  - **Abwägung:** Eingriff in die Verfahrensrechte der Unternehmen ↔ öffentliches Interesse an der Durchsetzung des KG?
- **Diese Fragen sind insbesondere bei folgenden Ermittlungsmassnahmen von Bedeutung:**
  - Fragebogen / Auskunftsbegehren
  - Auskunfts- und Editionsverfügung
  - Einvernahmen von Parteien und Zeugen



# Nemo tenetur

## Praxis der WEKO

- **Fragebogen / Auskunftsbegehren**
- sind **einfache Verwaltungsschreiben** mit Fragen zum Sachverhalt
- **kein Hinweis auf Auskunftsverweigerungsrecht notwendig**, denn Verweigerung der Auskunft hat keine direkten rechtlichen Folgen (BGE 140 II 384 *Spielbank*)
- Beantwortet das Unternehmen den Fragebogen ohne darauf hinzuweisen, dass es sich damit möglicherweise selbst belastet, so **verzichtet es auf sein Auskunftsverweigerungsrecht** (BVGer i.S. *ADSL*)
- Wird erstinstanzlich kein Aussageverweigerungsrecht geltend gemacht, so gilt eine entsprechende Rüge im Beschwerdeverfahren zudem als **verspätet** (BVGer i.S. *Nikon*)
- **Bei Verzicht** auf Auskunftsverweigerungsrecht und auf anfechtbare Auskunftsverfügung unterstehen die erteilten Auskünfte **nicht einem Beweisverwertungsverbot** (BVGer i.S. *Terminierung Mobilfunk*)



# Nemo tenetur

## Praxis der WEKO

- **Auskunfts- und Editionsverfügung**
- **konkretisiert Auskunftspflicht** nach KG 40
- ist eine **anfechtbare Zwischenverfügung** und kann mit Beschwerde angefochten werden; wird durch Sekretariat und Präsidiumsmitglied erlassen (Art. 23 Abs. 1 KG)
- enthält **Sanktionsandrohung** (KG 52/55)
- den Adressaten der Auskunftsverfügung steht das **gesetzliche Aussageverweigerungsrecht** zu (KG 40/VwVG 16/BZP 42)
- falls Adressaten Mitwirkung verweigern, kann Sekretariat bei WEKO eine Sanktionsverfügung nach KG 52/55 beantragen, auch die unterliegt der Beschwerde
- Auskunfts- und Editionsverfügungen sind in der Praxis **selten**



# Nemo tenetur

## Praxis der WEKO

- **Die WEKO unterscheidet bei schriftlichen Auskünften: Tatsachen / Geständnis**
- Auskünfte und Dokumente, **mit welchen sich das Unternehmen nicht direkt selbst belastet, sind zu erteilen bzw. herauszugeben**, das gilt für obligatorisch erstellte Dokumente wie z.B. die Buchhaltung, kann aber auch für vorbestehende Dokumente wie gewöhnliche Offerten, Preislisten, Verträge, Protokolle, etc. gelten; das Unternehmen muss im Einzelfall vorbringen, was selbstbelastend sein könnte
- **Nicht herausgegeben werden müssen: Informationen, mit welchen sich das Unternehmen direkt selbst belasten würde**, z.B. Ausführungen zu allenfalls problematischen Verhaltensweisen, zur Kooperation mit Konkurrenten, zu Motiven für das Verhalten, problematische E-Mails hinsichtlich einer Absprache, etc.
- Allerdings kommt es auf den **unzulässigen Zwang zur Selbstbelastung** an, dieser ist erst dann gegeben, wenn die Mitwirkungspflicht trotz Berufung auf nemo tenetur mittels Auskunftsverfügung durchgesetzt wird



# Nemo tenetur

## Praxis der WEKO

- **Parteieinvernahme (KG 40/42):**
- Als **Partei** gilt, wer Vertretungsbefugnis für eine Untersuchungsadressatin hat, d.h. **aktuelle formelle und faktische Organe des betroffenen Unternehmens**
- diese haben zwar Erscheinungspflicht, unterstehen aber nicht der Wahrheitspflicht, sondern es wird ihnen ein **absolutes Schweigerecht** zugestanden, darüber werden sie am Anfang der Einvernahme informiert.
- Zugleich werden sie darüber informiert, dass getätigte Aussagen protokolliert werden und als Beweismittel verwendet werden können (vgl. Merkblatt des Sekretariats: Ausgewählte Ermittlungsinstrumente, Rz 68).
- Neben dem einfachen Parteiverhör, wäre auch die Beweisaussage unter Strafandrohung möglich, auf diese Möglichkeit verzichten die Wettbewerbsbehörden in KG-Sanktionsverfahren.
- In der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden ist es höchst selten zu einer Aussageverweigerung gekommen, die Untersuchungsadressaten hatten in den meisten Fällen ein Interesse daran, den Sachverhalt aus ihrer Perspektive darzulegen.



# Nemo tenetur

## Praxis der WEKO

- **Zeugeneinvernahmen (KG 42):**
- Als **Zeugen** gelten **aktuelle oder ehemalige Mitarbeiter** des betroffenen Unternehmens, Konkurrenten, die Marktgegenseite
- Das generelle Aussageverweigerungsrecht kommt nur den Parteien, nicht hingegen den Zeugen zu.
- Zeugen unterstehen grundsätzlich der Erscheinungs-, Aussage- und Wahrheitspflicht; sie können die Aussage jedoch bei Vorliegen eines **gesetzlichen Zeugnisverweigerungsgrundes** verweigern (VwVG 16 und BZP 42).



# Nemo tenetur

## BVGer

### S. nun BVGer, 17.9.2018 – *Bauleistungen Graubünden*

- Natürliche Personen, die im Zeitpunkt der Befragung **keine formelle oder faktische Organstellung** bei einer Verfahrenspartei (mehr) haben, sind von den Wettbewerbsbehörden als **Zeugen** zu befragen
- Der Zeuge hat das **persönliche Zeugnisverweigerungsrecht** (z.B. Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Verantwortlichkeit)
- **Angaben rein tatsächlicher Art: Ja**  
**Implizite Schuldanererkennung: Nein**
- Insgesamt sind bei der Befragung eines ehemaligen Organs die **Wertungen von EMRK 6** und *nemo tenetur* zu berücksichtigen
- Abschliessende Beurteilung erst in **Endverfügung** bzw. Rechtsmittelverfahren möglich