



wenger & vieli
Rechtsanwälte

Studienvereinigung Kartellrecht

Umfang und Grenzen der Mitwirkungspflichten
und –rechte der Parteien im Kartellverfahren

Dr. Michael Tschudin

Überblick

- Ausgangslage
- Grundsatz
- Ausnahmen?
- Unzulässiger Zwang
- Rechtsschutz

Ausgangslage

- Strafrechtliche Verteidigungsrecht vs. Verwaltungsrecht
- EMRK als Mindestgarantie vs. nationales Verständnis
- BGer gewährt den Verwaltungsbehörden einen gewissen Handlungsspielraum
- Infolge BGE 140 II 384 ist (zumindest vorläufig) ein pragmatischer Ansatz gesucht

Grundsatz

- Verteidigungsrechte nach EMRK sind anwendbar
- nemo-tenetur-Grundsatz gilt auch für juristische Personen; selbst in einem konzessionsrechtlichen Aufsichtsverfahren
- Verbot des Selbstbelastungszwangs (keine «improper compulsion») Belehrungspflicht in Bezug auf das Aussageverweigerungsrecht
- Gilt auch im Kartellverfahren, jedoch Differenzierung in Bezug auf juristische Personen (?)

Ausnahmen

- «Unterwerfung / Kenntnis»
 - Konzessionsgesuch
 - Kenntnis von strafähnlicher Sanktionsmöglichkeit
- Gesetzliche Dokumentationspflicht
- Auskunft zu Sachverhaltselementen vs. Selbstbelastung bzw. Belastung der Arbeitgeberin

Gesetzliche Dokumentationspflichten I

- Betrifft lediglich regulierte Wirtschaftsbereiche
 - Bsp. Gemäss BGer: Umweltschutz, Sozialversicherung, Arbeitssicherheit, Geldwäscherei
 - Art. 7 Abs. 2 GwG: «Er bewahrt die Belege so auf, dass er allfälligen Auskunfts- und Beschlagnahmebegehren der Strafverfolgungsbehörden innert angemessener Frist nachkommen kann»
 - Art. 18 Abs. 1 ARV 1: «Arbeitgeber sowie Führer und Führerinnen müssen der Vollzugsbehörde alle Auskünfte erteilen, die für die Anwendung der Verordnung und für die Kontrolle erforderlich sind.»
- Pflicht zur Schaffung von Beweismitteln und zur Edition

Gesetzliche Dokumentationspflichten II

- Faires Verfahren?
 - Pflichten des Unternehmens
 - Kontrolle dieser Pflichten durch Unternehmen
 - Edition der Dokumentation durch internen Kontrolle
 - Subsumption und Ausfällung einer Strafe
- Ist Regulierung auf Strafen angewiesen?
- Sind Beweismittel auch auf andere Weise erhältlich?

Im Kartellverfahren

- Im KG gibt es keine Dokumentationspflichten
- Allenfalls im Rahmen der Überprüfung von Auflagen?
- Für das Kartellverfahren gilt einzig KG 40; es kann nicht auf spezialgesetzliche Dokumentationspflichten abgestützt werden; **es wird nicht das gleiche Rechtsgut geschützt!**

Sachverhaltselemente I

- BGE 140 II 384, E. 3.4: «Die einvernommenen Mitarbeiter waren nicht gehalten, sich selber oder ihre Arbeitgeberin zu belasten. Sie wurden als Auskunftspersonen lediglich zu Sachverhaltselementen (bspw. Spielverhalten des Spielers X., Einschätzung seines Umfelds und seiner Mittel, getroffene Massnahmen usw.) einvernommen.»

Sachverhaltselemente II

- Evaluation KG; Verfahrensrecht und EMRK (S. 27 f.): «Im Sinne einer pragmatischen Beurteilung der Grenzen des Nemo-tenetur-Prinzips hat sich das Aussageverweigerungsrecht auf diejenigen Fragen zu beschränken, welche das Unternehmen zwingen, sich selber direkt zu belasten, indem es z.B. ein wettbewerbsrechtlich unzulässiges Verhalten einzugestehen hätte.»

Sachverhaltselemente III

- Vorschlag zur Unzulässigkeit (nach Evaluationsgruppe):
 - «Fragen betreffend Ziel, Zweck bzw. Teilnahme an wettbewerbswidrigem Verhalten,
 - d.h. Fragen, welche das Unternehmen zwingen, zu einem Wettbewerbsvergehen Stellung zu nehmen.»
- Vorschlag zu Zulässigkeit nach Evaluationsgruppe:
 - «Fragen bezüglich rein tatsächlicher Begebenheiten
 - wie z.B. nach Preisen, Umsätzen, Daten, Orten und Namen der Unternehmen, die an einer Zusammenkunft teilgenommen haben,
 - die Namen der Personen, die das Unternehmen bei den erwähnten Zusammenkünften vertreten haben, und
 - die Forderung nach Edition der Reisedokumente (Reisekostenabrechnung, Flugscheine usw.) dieser Personen.»

Sachverhaltselemente IV

- Unterscheidung des BGer ist nicht sinnvoll bzw. nicht umsetzbar
 - Aussagekraft von Informationen i.d.R. im Vorhinein nicht abschätzbar
 - Befragung i.d.R. in Bezug auf tatsächliche Begebenheiten
 - Faires Verfahren nach EMRK?
- Intention ≠ reine tatsächliche Begebenheit
 - Bspw. Intention betreffend Informationsaustausch
 - Oder Intention betreffend Preispolitik

Sachverhaltselemente V

- **Kontext** für den (vom BGer geforderten) Interessensausgleich zwischen der fairen Erforschung der materiellen Wahrheit und des nemo-tenetur-Grundsatzes (Einzelfallprüfung) **ist m.E. entscheidend**
- Verhältnis zu Beweiserleichterung
- Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte liegt in den ökonomischen Tests begründet: Hier könnte die Mitwirkungspflicht weiter gehen als bei der Frage, ob an einer Besprechung teilgenommen wurde

Unzulässiger Zwang

- Strafdrohung nach Art. 52 und 55 KG
- Unklar, ob die Strafdrohung im Dispositiv der Verfügung genannt werden muss oder nicht
 - contra: Weko (zuletzt in RPW 2014/4, S. 771 ff., Rz. 28)
 - (vgl. auch BVGer (Urteil B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, E. 5.7.5.1.1))
- Wie ist mit Art. 52 und 55 KG umzugehen, wenn sie «ohne Weiteres» und ohne Androhung im Dispositiv gelten?

Rechtsschutz

- Rechtsschutz erforderlich, weil
 - Einzelfallprüfung
 - Rechtsunsicherheit
 - Art. 7 Abs. 7 Abkommen CH-EU zum Informationsaustausch
- Konkrete Mitwirkungspflicht muss in einer Verfügung detailliert dargelegt werden (keine Blankoschein; vgl. Urteil des BVGer B-86/2014 vom 3. Juni 2014, E. 3.2)
- Beschwerdemöglichkeit ans BVGer (Zwischenverfügung des BVGer B-4416/2013 vom 4. September 2013, E. 1.2.3)

Schlussfolgerungen

- Gewisser Handlungsspielraum für Verwaltungsbehörden
- Keine gesetzlichen Dokumentationspflichten im KG
- Mitwirkungspflicht m.E. auf ökonomische Daten beschränkt; jedoch keine Mitwirkung zum Nachweis einer bestimmten Verhaltensweise (bspw. Kommunikation mit Dritten, Verhalten im Markt)
- Keine Verwertung von unzulässig erlangten Beweismitteln

wenger & vieli
Rechtsanwälte



Wenger & Vieli AG
Dufourstrasse 56, Postfach 1285, CH-8034 Zürich
T +41 (0)58 958 58 58, www.wengervieli.ch