



## Mitwirkungspflicht an der eigenen Sanktionierung

MICHAEL TSCHUDIN

Die verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflicht kollidiert in kartellrechtlichen Verfahren mit finanzieller Sanktionierung mit dem strafrechtlichen Grundsatz, nicht an der eigenen Bestrafung mitwirken zu müssen (*nemo tenetur*). Anstatt diesen strafrechtlichen Grundsatz konsequent umzusetzen, wird in der Praxis eine vermittelnde, verwaltungsrechtliche Lösung zwischen dem Interesse an der Aufklärung von Wettbewerbsverstössen und den Mindestgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention gesucht. Der Umfang und die Schranken von *nemo tenetur* im Verwaltungsverfahren sind weitgehend ungeklärt. Vorliegend werden die von der Praxis aktuell angewandten Ausnahmen von diesem Grundsatz kritisch beleuchtet. Nach vorliegender Meinung soll – wenn überhaupt – nur dann eine Mitwirkungspflicht bestehen, wenn die Wettbewerbsbehörden Marktdaten für ökonomische Analysen der Auswirkungen von heiklen Verhaltensweisen benötigen.

Dans les procédures du droit des cartels accompagnées d'une sanction financière, l'obligation de collaborer prévue par le droit administratif entre en conflit avec le principe de droit pénal selon lequel une personne n'est pas tenue de participer à sa propre incrimination (*nemo tenetur*). Au lieu d'appliquer de manière rigoureuse ce principe de droit pénal, la pratique tente de trouver une solution administrative de compromis entre l'intérêt à la clarification des restrictions à la concurrence et les garanties minimales de la Convention européenne des droits de l'homme. L'étendue et les limites du *nemo tenetur* dans la procédure administrative restent largement méconnues. Le présent article porte un regard critique sur les exceptions à ce principe développées par la pratique. Selon l'avis défendu ici, il ne doit y avoir d'obligation de collaborer, si tant est qu'il y en ait une, que lorsque les autorités de concurrence ont besoin de données du marché pour réaliser une analyse économique sur les effets des comportements discutables.

### Inhaltsübersicht

- I. Kartellrechtliche Mitwirkungspflicht
- II. Spannungsverhältnis
- III. Kasinofall
- IV. Umfang und Schranken
  - A. Inhalt
  - B. Kreis der Berechtigten
  - C. Schranken
    1. Sachverhaltelemente
    2. Daten aufgrund von Dokumentationspflichten
    3. Marktdaten
  - D. Rechtsschutz
    1. Gerichtliche Überprüfung
    2. Informationsaustausch-Abkommen
    3. Im ordentlichen Beschwerdeverfahren
- V. Schlussfolgerungen

### I. Kartellrechtliche Mitwirkungspflicht

Gemäss Art. 40 Kartellgesetz (KG) haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wett-

bewerbsbehörden alle für kartellrechtliche Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Aus verwaltungsrechtlicher Sicht erscheint diese Mitwirkungspflicht vernünftig und unproblematisch. Sie bildet das Gegenstück zum Untersuchungsprinzip, welches die Verwaltung verpflichtet, den Sachverhalt selber abzuklären.<sup>1</sup> Wenn die Behörde bei jeder Baubewilligung alle relevanten Informationen selber beschaffen müsste, würde die Prüfung von Baugesuchen unnötig erschwert bzw. wohl auch zum Nachteil der Gesuchsteller verzögert. Deshalb regelt Art. 13 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) eine allgemeine Mitwirkungspflicht der Parteien an der Feststellung des Sachverhaltes a) in einem Verfahren, das sie durch ihr Begehren einleiten; b) in einem anderen Verfahren, soweit sie darin selbständig Begehren stellen; und c) soweit ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Auskunftspflicht obliegt. Nach dieser Regelung wäre eine weitergehende Auskunftspflicht im KG für meldende Unternehmen eines Zusammenschlussvorhabens nicht notwendig, da diese das Verfahren zur Prüfung mit selbständigen Begehren einleitet. Allerdings bezieht Art. 40 KG auch Dritte ein, welche sowohl in einem Kartellverfahren als auch bei einer Prü-

MICHAEL TSCHUDIN, Dr. iur., Rechtsanwalt bei Wenger & Vieli AG. Dieser Beitrag entstand im Nachgang seines Referats zu «Umfang und Grenzen der Mitwirkungspflichten und -rechte der Parteien im Kartellverfahren» im Rahmen der Tagung der Studienvereinigung Kartellrecht in Bern vom 12. Juni 2015; vgl. den Tagungsbericht von SELIM HAKTANIR, Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts, Jusletter 7.9.2015.

Der Autor dankt Dr. iur. RA MICHAEL MRÁZ, Fachanwalt SAV Strafrecht, und RA SIMON ROTH herzlich für wertvolle Hinweise.

<sup>1</sup> PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Zürich 2009, Praxiskommentar VwVG, N 15 ff. zu Art. 12.

fung eines gemeldeten Zusammenschlusses zur Auskunft verpflichtet sind. Ausserdem bedeutet Art. 40 KG eine Erweiterung der Auskunftspflicht auf Unternehmen, die naturgemäss kein Interesse an einer gegen sie gerichteten Untersuchung haben.<sup>2</sup> Somit beinhaltet Art. 40 KG eine erweiterte Mitwirkungspflicht.<sup>3</sup>

Heikel wird die Mitwirkungspflicht bei Verfahren, welche mit strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Sanktionen abgeschlossen werden. Hier steht die Mitwirkungspflicht im Widerspruch zum Verbot des Selbstbelastungszwangs (*nemo tenetur*). Nach der Praxis des Bundesgerichts stellen Sanktionen infolge unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtliche Anklagen i.S.v. Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) dar.<sup>4</sup> Daher gelten die Garantien in Bezug auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und hinsichtlich Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) auch für kartellrechtliche Verfahren.<sup>5</sup> Das Verfahrensrecht wurde jedoch bei Einführung der direkten Sanktionen im Jahr 2003 kaum angepasst. Insbesondere die Mitwirkungspflicht von Beteiligten an Abreden und marktmächtigen Unternehmen gemäss Art. 40 KG wurde unverändert belassen. Dies ist besonders deshalb fragwürdig, weil ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, gemäss Art. 52 KG mit einem Betrag von bis zu CHF 100'000 belastet werden kann. Eine parallele Strafsanktionsdrohung trifft natürliche Personen: Wer vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40 KG) nicht oder nicht richtig befolgt, wird gemäss Art. 55 KG mit einer Busse von bis zu CHF 20'000 bestraft.

Der Umgang mit dem Grundsatz *nemo tenetur* ist exemplarisch für die diversen Unklarheiten im Kartellverfahren. Nachfolgend wird dieses Thema vor dem Hintergrund des Spannungsverhältnisses zwischen strafrechtlichen Verfahrensgarantien und dem Verwaltungsrecht eingeleitet (Ziff. II). Anschliessend soll eine

kurze Darstellung des Kasinofalls des Bundesgerichts (Ziff. III) als Vorlage dienen, um die Tragweite des Grundsatzes von *nemo tenetur* für das Kartellverfahren zu beleuchten (Ziff. IV).

## II. Spannungsverhältnis

Zwischen dem Verbot des Selbstbelastungszwangs und der Mitwirkungspflicht besteht ein diametraler Widerspruch. Würde man den strafrechtlichen Grundsatz von *nemo tenetur* vollständig umsetzen, entfielen die kartellrechtliche Mitwirkungspflicht der betroffenen Unternehmen.<sup>6</sup> Die Gerichte sind jedoch zurzeit nicht bereit, diesen Schritt zu gehen.

Für die Mitwirkungspflicht trotz Sanktion mit strafrechtlichem Charakter wird oft mit Machbarkeitsüberlegungen argumentiert: Wären Unternehmen in kartellrechtlichen Verfahren nicht zur Mitwirkung verpflichtet, würde die bereits schwierige Aufgabe der Wettbewerbsbehörden, Kartellfälle aufzudecken, verunmöglicht.<sup>7</sup> Jüngst hob das Bundesverwaltungsgericht die kartellrechtliche Auskunftspflicht sogar auf die Ebene eines öffentlich-rechtlichen Auskunftsprinzips mit allgemeiner verfassungsrechtlicher Bedeutung.<sup>8</sup> Mit anderen Worten misst das Gericht dem Recht des Staates auf Auskunftserteilung die gleiche Bedeutung zu wie dem Schweigerecht des Privaten.<sup>9</sup> Staatliche Eingriffe in die Grundrechte finden jedoch ihre Begrenzung im Prüfungsprogramm von Art. 36 Bundesverfassung (BV). Daher dürfen Eingriffe in die Grundrechte nicht bereits über die Auslegung eingeschränkt werden.

<sup>2</sup> Nach Art. 49a Abs. 1 KG kann ein Unternehmen mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden.

<sup>3</sup> BVGer B-5685/2012 vom 17.12.2015, E. 4.5.1.

<sup>4</sup> BGE 139 I 72, E. 2.2.2; vgl. auch die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6180/2013 vom 12.12.2013, E. 4.3, worin auch andere Sanktionstatbestände, die unter dem Titel «6. Abschnitt: Verwaltungssanktionen» aufgeführt sind, als Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter aufgefasst wurden.

<sup>5</sup> BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.4.28 und 6.4.3; STEPHAN BREITENMOSE, Grundrechtsschutz im Wettbewerbsrecht – ein Überblick, SZIER 2007, 428.

<sup>6</sup> Vgl. etwa MARCEL NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Kartellstrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, 661.

<sup>7</sup> Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P10/11, Verfahrensrecht und EMRK, Bern 2008, Rz. 69.

<sup>8</sup> BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 93; als Grundlage für diese Auffassung wurde Art. 170 BV bemüht, welcher allerdings bloss eine allgemeine Evaluationspflicht der Bundesversammlung in Bezug auf Massnahmen des Bundes statuiert.

<sup>9</sup> Dementsprechend sei im Rahmen der inhaltlichen Festsetzung (d.h. der Auslegung) des *nemo tenetur*-Grundsatzes «im Wege der praktischen Konkordanz von Verfassungsinteressen (...) dem Auskunftsprinzip in angemessener Weise Rechnung zu tragen»: BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 93. Das Gericht kann jedoch wohl kaum gemeint haben, dass die Grundrechte bereits auf Verfassungsstufe und ohne gesetzliche Grundlage eingeschränkt werden dürfen. Zum Begriff der praktischen Konkordanz vgl. ASTRID EPINEY, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 57 zu Art. 5.

Unbelegt ist ferner die Ansicht, dass das Fehlen einer Mitwirkungspflicht die Umsetzung des Kartellrechts vernünftige. Die blosser Erschwerung der behördlichen Arbeit kann – wie im Kernstrafrecht – jedenfalls keinen massgeblichen Grund für die Einschränkung von Verfahrensrechten darstellen. Ausserdem stehen den Wettbewerbsbehörden andere Massnahmen zur Verfügung, insbesondere die Hausdurchsuchung.

Das beschriebene Spannungsverhältnis ist vor dem Hintergrund des ungeeigneten bzw. lückenhaften Kartellverfahrensrechts zu sehen.<sup>10</sup> Seit der Einführung der Sanktionen gemäss Art. 49a KG besteht ein Streit über die anwendbaren Verfahrensbestimmungen.<sup>11</sup> Obwohl die Gerichte die Anwendbarkeit der EMRK-Mindestgarantien bejahen, wird an der verwaltungsrechtlichen Natur der Sanktionsverfahren festgehalten. Dies ist einigermassen erstaunlich: Wenn eine Sanktionierung bereits eine derartige Intensität erreicht, dass die Gerichte die EMRK anwenden, müsste man konsequenterweise auch im Inland von einem strafrechtlichen Ansatz ausgehen. Mit anderen Worten: Ist es für die Ausgestaltung des Schweizer Rechtsstaates sinnvoll, einzig auf die EMRK als Mindestgarantie abzustellen?

Es wird der Eindruck erweckt, dass das Verwaltungsverfahren für kartellrechtliche Sanktionsverfahren grundsätzlich geeignet wäre, wobei allfällige Lücken in Bezug auf einzelne strafrechtliche Aspekte mit Hilfe der EMRK geschlossen werden können.<sup>12</sup> Nach dieser Vorstellung kann der Verwaltungsrichter situativ strafrechtliche Schutzrechte gewähren, wenn einzelne Verfahrensaspekte nach solchem Schutz rufen. Vorprogrammierte Widersprüche sollen dabei durch die – typisch verwaltungsrechtliche – Abwägung von Interessen aufgelöst werden. Ob dies gelingt, ist offen.

Demgegenüber stellt sich die Situation aus strafrechtlicher Sicht binär dar: Entweder ist etwas verboten oder eben nicht. Bei der Untersuchung von strafrechtlich relevanten Sachverhalten gelten klare Regeln, welche ein faires Verfahren gewährleisten sollen. Ausnahmen von Verfahrensgarantien werden grundsätzlich nicht geduldet. Pragmatische Ansätze werden allenfalls bei Bagatel- oder

Massendelikten (z.B. Strassenverkehrsdelikten) akzeptiert, Verfahrensgarantien – z.B. *nemo tenetur* – werden dagegen nicht im Grundsatz in Frage gestellt.

Die verwaltungsrechtliche «Annäherung» an die strafrechtlichen Mindestgarantien findet derzeit in der Praxis der Wettbewerbsbehörden und der Rechtsmittelinstanzen statt. Die Tragweite der verfahrensrechtlichen Garantien wird jeweils pro Verfahrensrecht einzeln und im Einzelfall geprüft.<sup>13</sup> Daraus resultiert eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Denkbar ungünstig ist die aktuelle Situation auch deshalb, weil die materiellen Kartellrechtsfragen bereits komplex sind. Dazu müssen die Gerichte sozusagen *en passant* noch ein eigenes Verfahrensrecht entwickeln. Um die Verwirrung perfekt zu machen, werden die Verfahrensgarantien schwergewichtig (bzw. einzig) an der EMRK angeknüpft. Dies birgt verschiedene Risiken: Erstens gibt es zu vielen Fragen keine einheitliche Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Zweitens hat sich die Rechtsprechung des EGMR bisher nur selten mit Beschwerden von Unternehmen im Wirtschaftsverwaltungsrecht auseinandergesetzt. Drittens ist davon auszugehen, dass der EGMR in naher Zukunft keine derartig klaren Leitlinien für das Kartellverfahren aufstellen wird, welche ein genügendes Mass an Rechtssicherheit für die Schweiz sicherstellen würden.

Deshalb wäre es begrüssenswert, wenn das Schweizer Kartellverfahren auf ein eigenes Fundament gestellt würde. Dadurch könnten Unklarheiten vermindert werden, was zu kürzeren Verfahren führen dürfte. Die Rechtsmittelinstanzen könnten sich vermehrt auf die materiellen Rechtsfragen konzentrieren und müssten sich weniger mit Verteidigungsargumenten formeller Natur auseinandersetzen.

### III. Kasinofall

In einem neueren Urteil beschäftigte sich das Bundesgericht mit dem Spannungsverhältnis zwischen verwaltungsrechtlicher Mitwirkungspflicht und Art. 6 EMRK. In diesem Fall ging es um eine Sanktion der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) gegen ein Spielkasino in Höhe von rund CHF 5 Mio. Die ESBK erfuhr, dass gegen einen Besucher des Spielkasinos ein Strafverfahren eingeleitet worden war. Dieser wurde verdächtigt, Geld veruntreut und in besagtem Spielkasino verspielt zu haben. Im Rahmen eines daraufhin eröffneten Administrativverfahrens ersuchte die ESBK das Spielkasino um

<sup>10</sup> Vgl. MANI REINERT, Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht, in: Inge Hochreutener et al (Hrsg.), Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Zürich 2013, 88 ff.

<sup>11</sup> Unklarheiten bestanden bereits davor in Bezug auf Art. 50 ff. KG, vgl. PATRIK DUCREY, in: Homburger Kommentar, 2. Lieferung, Zürich 1997, N 2 ff. zu Art. 53.

<sup>12</sup> Vgl. etwa BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 6.1.3: «Das bedeutet indes nicht, dass es sich beim Kartellrecht um Strafrecht handelt. Vielmehr ist das Kartellverfahren ein Administrativverfahren, welches strafrechtliche Aspekte aufweisen kann.»

<sup>13</sup> BGE 139 I 72, E. 2.2.2 *in fine*.

Auskünfte und Unterlagen und befragte die Mitarbeiter. Entgegen dem Bundesverwaltungsgericht qualifizierte das Bundesgericht die Sanktion u.a. mit Verweis auf die kartellrechtliche Rechtsprechung klar als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK.<sup>14</sup> Jedoch wurde der *nemo tenetur*-Grundsatz bei juristischen Personen differenziert umschrieben. Ein Unternehmen unter konzessionsrechtlicher Aufsicht könne die Herausgabe von Unterlagen nicht verweigern, wenn es zur entsprechenden Dokumentation gesetzlich verpflichtet sei. Könnte der Staat auf diese Unterlagen trotz entsprechender gesetzlicher Grundlage nicht mehr zurückgreifen, würde eine aufsichts- bzw. damit verbundene strafrechtsähnliche Durchsetzung der materiellen gesetzlichen Pflichten in beaufsichtigten Wirtschaftsbereichen (Finanzmarkt, Spielbanken usw.) praktisch verunmöglicht.<sup>15</sup> Somit argumentiert das Bundesgericht verwaltungsrechtlich und stellt die Durchsetzung solcher verwaltungsrechtlichen Pflichten in den Vordergrund, obwohl dazu auch verwaltungsrechtliche Massnahmen zur Verfügung stehen würden.<sup>16</sup>

Das Bundesgericht hielt auch die Befragung von Mitarbeitern des Casinos nicht für EMRK-widrig. Dies, obwohl die ESBK nicht auf das Aussageverweigerungsrecht hingewiesen hatte. Das Bundesgericht erklärte, dass die einvernommenen Mitarbeiter nicht gehalten waren, sich selber oder ihre Arbeitgeberin zu belasten. Sie seien lediglich als Auskunftspersonen zu Sachverhaltselementen (bspw. Spielverhalten des verdächtigten Spielers, Einschätzung seines Umfelds und seiner Mittel, getroffene Massnahmen usw.) einvernommen worden.<sup>17</sup> Auf die Frage, inwieweit die Unterscheidung zwischen Auskunft zu Sachverhaltselementen und der Belastung der Arbeitgeberin sinnvoll erscheint, wird noch einzugehen sein.

Der Rechtsprechung des EGMR folgend wurde in diesem Fall vom Bundesgericht ausserdem berücksichtigt, dass keine «improper compulsion» ausgeübt worden sei. Die ESBK habe vorliegend keinen Zwang ausgeübt und die Herausgabe habe auch nicht unter der Strafdrohung von Art. 51 Spielbankengesetz (SBG; Verwaltungsanktionsnorm betreffend Verstösse gegen die Konzession und rechtskräftige Verfügungen) gestanden.<sup>18</sup>

Das Bundesgericht bekräftigt im Kasino-Urteil die Anwendbarkeit der Verteidigungsrechte in Verwaltungs-

verfahren, die mit einer strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Sanktion abgeschlossen werden. Demnach gelten in Bezug auf die Mitwirkungspflicht grundsätzlich die Belehrungspflicht und das Verbot, Zwang zur Selbstbelastung auszuüben. Diese Vorgaben sind auch im Kartellverfahrensrecht umzusetzen, sofern eine finanzielle Sanktion ausgesprochen wird.<sup>19</sup> Das Bundesgericht macht keine Einschränkung in Bezug auf den Typ des Verfahrens: Auch ein konzessioniertes Unternehmen unter einer engen staatlichen Aufsicht geniesst grundsätzlich dieses Verteidigungsrecht, solange eine Selbstbelastung in Betracht kommt.

#### IV. Umfang und Schranken

Das dargestellte Bundesgerichtsurteil wurde bereits verschiedentlich von Kommentatoren kritisiert, die im Wesentlichen auf grundsätzliche Einwände fokussierten und die EMRK-Rechtsprechung diskutierten.<sup>20</sup> Im Gegensatz dazu soll der vorliegende Beitrag unter der Prämisse, dass im Sinne der Erwägung des Bundesgerichts gewisse Einschränkungen möglich sind, die Tragweite von *nemo tenetur* für das Kartellverwaltungsverfahren ausloten.<sup>21</sup>

##### A. Inhalt

*Nemo tenetur* umfasst das Verbot des Selbstbelastungszwangs und die entsprechende Aufklärungspflicht über das Recht des Beschuldigten zu schweigen. In Bezug auf den unzulässigen Zwang dürfte klar sein, dass die Androhung einer Bestrafung nach Art. 52 und 55 KG unzulässig ist.<sup>22</sup> Während die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG – im Rahmen von *nemo tenetur* – allgemein und unabhängig von einer konkreten Verfügung der Wettbewerbsbehörden gilt, ist für eine Sanktionierung bei Unterlassung gemäss Art. 52 und 55 KG eine anfechtbare Auskunfts-

<sup>14</sup> BGE 140 II 384, E. 3.2.2; zur Kritik gegenüber dem Urteil der Vorinstanz siehe CHRISTOF RIEDO, Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Juni 2013, AJP/PJA 2013, 1525 ff.

<sup>15</sup> BGE 140 II 384, E. 3.3.4.

<sup>16</sup> Vgl. hinten Ziff. IV.C.2.1.

<sup>17</sup> BGE 140 II 384, E. 3.4.

<sup>18</sup> BGE 140 II 384, E. 3.3.5.

<sup>19</sup> JÜRIG BORER, Kommentar Wettbewerbsrecht I, 3. A., Zürich 2011, N 4 zu Art. 40.

<sup>20</sup> JEREMIAS FELLMANN/LUZIA VETTERLI, «Nemo tenetur» light bei strafähnlichen Verwaltungsanktionen?, forumpoenale 1/2015, 45; SIMON ROTH, Zum Zweiten: Die Geltung von *nemo tenetur* im Verwaltungsverfahren, Jusletter 24.11.2014, Rz. 40 ff.; vgl. auch DANIEL ZIMMERLI, BVGer 2C\_776/2013 vom 27.5.2014, dRSK, publiziert am 21.7.2014, Rz. 13.

<sup>21</sup> Trotz der zum Ausdruck gebrachten Skepsis gegenüber dem Ansatz des Bundesgerichts (vgl. vorne Ziff. II) soll unter der Annahme, dass das EGMR hier innert nützlicher Frist keine Klärung schafft, möglichen Einschränkungen nachgegangen und diskutiert werden.

<sup>22</sup> Vgl. FLORIAN HENN, *Nemo tenetur* für Unternehmen? Besprechung des Urteils BVGer B-7633/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.9.2015, AJP/PJA 2016, 259 f.



verfügung erforderlich.<sup>23</sup> Dementsprechend folgt erst durch den Erlass einer anfechtbaren Verfügung ein unmittelbarer Zwang.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission weist bei Einvernahmen regelmässig auf das Recht der Aussageverweigerung hin. In Zukunft ist jedoch in sämtlichen Kommunikationen (insbesondere Fragebogen) gegenüber verdächtigten Unternehmen explizit auf das Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen.<sup>24</sup> Werden in Unkenntnis des Aussageverweigerungsrechts Aussagen gemacht oder Informationen herausgegeben, hat dies die grundsätzliche Unverwertbarkeit der erlangten Informationen zur Folge.<sup>25</sup> Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, wann und in welchem Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) beteiligte Unternehmen befragt werden.<sup>26</sup>

Die Belehrungspflicht erscheint im Verhältnis zum Verbot der Ausübung von Zwang nicht bloss untergeordnet. Sie ist zentral für das betroffene Unternehmen, um Klarheit darüber zu erlangen, ob es sich bei einem konkreten Verwaltungsverfahren um eine strafrechtliche Anklage handelt oder nicht. Dieser Umstand ist für Unternehmen auf den ersten Blick oft nicht ersichtlich, weil während des Verfahrens die Rechtsfolge, mit welcher das Verfahren abgeschlossen wird, unklar sein kann.<sup>27</sup> Ausserdem kann sich der Kreis der Untersuchungsadressaten im Laufe des Verfahrens ändern: Ein Dritter kann sich plötzlich ebenfalls mit Vorwürfen in der Rolle des Beschuldigten konfrontiert sehen. Auch in Abwesenheit von

Zwang kann eine Verletzung des hier diskutierten Verfahrensrechts in Betracht kommen. Das Bundesgericht hat dementsprechend im Kasino-Fall die Rechtmässigkeitsprüfung nicht bereits mit der Feststellung abgeschlossen, es habe kein Zwang gegen das Spielkasino bestanden. Vielmehr wurde – analog zum Strafrecht – weiter geprüft, ob trotzdem eine Belehrungspflicht bestand.

Im Lichte der Begründung dieses Urteils führt die Unterlassung der Belehrungspflicht allerdings nicht automatisch zur Unverwertbarkeit von Antworten auf Fragebogen in hängigen Verfahren vor der Weko oder den Rechtsmittelinstanzen. Pauschale Rügen in diesem Zusammenhang wurden vom Bundesgericht als nicht substantiiert zurückgewiesen.<sup>28</sup> Höhere Chancen hätten wohl Einwände, welche konkret darlegen, welche Antworten auf Fragebogen des beteiligten Unternehmens von der Behörde als belastende Beweise gewürdigt wurden. Wenn die Beweiswürdigung ohne die belastenden Informationen anders ausfallen müsste und somit kein faires Verfahren garantiert wäre, müsste dies – auch nach den Erwägungen des Bundesgerichts – zu einem Verwertungsverbot führen.

Einschränkend dürfte ausserdem folgendes gelten: Entscheidet sich ein Unternehmen zur Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden, sind die entsprechenden Beweismittel nach dem aktuellen Fallrecht wohl in der Regel vom Schutzbereich ausgenommen. Das heisst, selbst wenn ein Unternehmen nicht auf die Schweigepflicht hingewiesen wurde und aufgrund einer prozessstrategischen Entscheidung den Wettbewerbsbehörden Informationen liefert, kann sich dieses Unternehmen im Nachhinein nicht mehr auf die Unverwertbarkeit solcher Informationen berufen.<sup>29</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn sich ein Unternehmen dazu entschliesst, den Wettbewerbsbehörden die Marktverhältnisse aus der Geschäftssicht darzustellen und zu erläutern. In der Praxis kommt es häufig vor, dass die Unternehmen einen Vorteil darin sehen, die Behörden mit Informationen zu versorgen. Einerseits können auf diese Weise Missverständnisse aufgelöst werden, andererseits soll damit die Aufmerksamkeit von der allenfalls heiklen Form auf die unbedenkliche Auswirkung der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung verlagert werden. So basiert beispielsweise die Verteidigung einer (der Form nach) wohl unzulässigen Abrede (das Verbot des passiven Verkaufs) regelmässig auf dem Nachweis, dass

<sup>23</sup> CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Marc Amstutz/Mani Reinert, Basler Kommentar zum KG, Basel 2010, N 7 zu Art. 52; CHRISTOPH RIEDO/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, im selben Basler Kommentar, N 18 zu Art. 55; JÜRIG BORER (FN 19), N 10 zu Art. 40; BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 84; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, 558.

<sup>24</sup> ZIMMERLI (FN 20), Rz. 13;

<sup>25</sup> CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, 119 f.; ASTRID WASER, Verfahrensrechte der Parteien – neuste Entwicklungen, in: Inge Hochreutener et al. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, Bern 2014, 84; MARCEL NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010, 67; vgl. auch BGE 130 I 126.

<sup>26</sup> ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, 192.

<sup>27</sup> In BGE 140 II 384, E. 3.3.6. wurde dem Beschwerdeführer entgegengehalten, dass ihm die strafähnliche Sanktionsmöglichkeit ab Verfahrenseröffnung bekannt war. Dies mag nicht zu überzeugen, da selbst das Bundesverwaltungsgericht als Vorinstanz den Umstand der strafrechtlichen Anklage verneinte.

<sup>28</sup> BGE 140 II 384, E. 3.3.6.

<sup>29</sup> BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 125 ff. Ein solcher Entscheid ist gegenüber den Wettbewerbsbehörden zu kommunizieren. Die Kommunikation in der Öffentlichkeit (PR) kann dagegen das Schweigerecht des Unternehmens nicht beeinträchtigen.

diese Abrede nicht umgesetzt wurde oder aufgrund der Marktsituation einen lediglich unerheblichen Effekt erzeugt hat. Ähnlich dürften die Gerichte entscheiden, wenn Unternehmen ihre Kooperationsbereitschaft signalisieren und einen Antrag auf eine entsprechend mildere Bestrafung stellen. Auch in dieser Konstellation erfolgt die Auskunft des Unternehmens vermutungsweise aufgrund eines bewussten Entscheides zur Mitwirkung: Es verspricht sich dadurch einen Vorteil im Verfahren. Deshalb dürfte die Verwertung von Informationen in diesen Fällen ausnahmsweise nicht dem Grundsatz von *nemo tenetur* widersprechen, selbst wenn die Informationen auf Anforderung der Behörde geliefert wurden. Trotzdem lässt sich die mangelnde Belehrung durch die Wettbewerbsbehörden nicht einfach durch den juristischen Beistand der Unternehmen substituieren.<sup>30</sup>

Einschränkungen betreffend die Pflicht auf den Hinweis des Aussageverweigerungsrechts sind im Einzelfall zu prüfen. Das Risiko der Unverwertbarkeit tragen die Wettbewerbsbehörden – auch in Bezug auf die Frage, ob ein Unternehmen sich bewusst zur Mitwirkung bzw. gegen die Geltendmachung des Schweigerechts entschieden hat.

## B. Kreis der Berechtigten

Unbestritten ist inzwischen, dass grundsätzlich auch für juristische Personen die Minimalgarantie des Verbots des Selbstbelastungszwangs gilt.<sup>31</sup> Strittig ist aber weiterhin, ob bei juristischen Personen zusätzliche Ausnahmen im Vergleich zu natürlichen Personen möglich sein sollen (vgl. nachfolgend Ziff. C).<sup>32</sup>

Soweit natürliche Personen als Organe von verdächtigen Unternehmen befragt werden, weisen die Mitarbeiter des Sekretariats in der jüngeren Praxis auf das Aus-

sageverweigerungsrecht hin.<sup>33</sup> Allerdings kann strittig sein, wer als Organ handelt und wer nicht. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass ein befragter Mitarbeiter als Organ anzusehen ist und trotzdem nicht auf das Aussageverweigerungsrecht hingewiesen wurde, dürfen die erlangten Informationen nicht verwertet werden.

Besonders relevant ist die Frage des Aussageverweigerungsrechts bei Mitarbeitern der Rechtsabteilung. Während die Organstellung beim Leiter der Rechtsabteilung regelmässig bejaht werden dürfte<sup>34</sup>, kann fraglich sein, ob dies auch für andere Mitarbeiter der Rechtsabteilung und insbesondere für den «Compliance-Officer» gilt. Heute geniessen Unternehmensjuristen keinen Geheimnisschutz. Unterlagen über die interne Rechtsberatung dürfen deshalb vom Sekretariat beschlagnahmt werden. Diese unglückliche Situation soll hier nicht näher behandelt werden.<sup>35</sup> Vor dem Hintergrund der Ablehnung der Ausdehnung des Anwaltsgeheimnisses auf Unternehmensjuristen könnte ein Aussageverweigerungsrecht eine vermittelnde Lösung darstellen. Unternehmensjuristen hätten demnach die Beschlagnahmung von internen Unterlagen zu dulden, ohne jedoch aktiv durch eine Aussage die Untersuchung vorantreiben zu müssen.

Für diese Lösung spricht auch folgende Überlegung: Das Kartellgesetz auferlegt den Unternehmen weitreichende Pflichten. Aufgrund der mangelnden Rechtssicherheit – beispielsweise in Bezug auf Kooperationen mit Wettbewerbern im Bereich Forschung und Entwicklung oder hinsichtlich der Preispolitik von marktbeherrschenden Unternehmen – sind Compliance-Strukturen erforderlich. Je nach Grösse des Unternehmens ist ein Compliance-Officer Teil eines solchen Compliance-Programms, welcher nicht als Organ für die Gesellschaft handelt. Dieser Compliance-Officer ist insbesondere dafür verantwortlich, dass bei einem Verdacht auf einen schweren Verstoß gegen das Kartellgesetz die geeigneten Massnahmen zur Beendigung der Verhaltensweise und für die zukünftige Prävention getroffen werden. Würde man nun den gründlich arbeitenden Compliance-Officer zur Aussage gegen seinen Arbeitgeber zwingen, würde die (vorbildliche) Befolgung der organisatorischen Pflichten aufgrund des Kartellgesetzes die Sanktionierung erleichtern. Mit Blick auf das Erfordernis eines fairen Verfahrens

<sup>30</sup> So aber das Bundesverwaltungsgericht im BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 134, wonach die Möglichkeit zur juristische Beratung, die Gefahr einer voreiligen und/oder unbedarften Auskunft, deren Inhalt im Nachhinein nicht mehr beseitigt werden könne, ausschliessen würde. In der Praxis wird vor allem von kleineren Unternehmen allerdings erst in einem späten Stadium des Verfahrens externer Rechtsrat eingeholt.

<sup>31</sup> In BGE 140 II 384, E. 3. Zuweilen wird vorgebracht, dass die Grundlage dieses Rechts unklar sei und sich allenfalls Differenzierungen bei juristischen Personen aufdrängen, weil einige der möglichen Grundlagen (z.B. Menschenwürde) auf natürliche Personen zugeschnitten seien. Dass der Grundsatz von *nemo tenetur* verschiedene Grundlagen hat, zeigt m.E. aber lediglich die grosse Bedeutung dieses Verfahrensrechts.

<sup>32</sup> Ablehnend: ROTH (FN 20), Rz. 40 ff.; FELLMANN/VETTERLI (FN 20), 45.

<sup>33</sup> Merkblatt des Sekretariats der WEKO zu Ausgewählten Ermittlungsinstrumenten vom 6. Januar 2016, Internet: [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Dokumentation (9.2.2016), Rz. 56 i.V.m. 68; SIMON BANGERTER, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen im Wettbewerbsrecht, Zürich 2014, 50.

<sup>34</sup> Vgl. BANGERTER (FN 33), 159.

<sup>35</sup> Vgl. dazu PATRICK SOMMER/STEFAN BRUNNSCHWEILER, Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen, Jusletter 9.10.2006, Rz. 11 ff.

erscheint es unstatthaft, die Befolgung von Präventionspflichten durch ein Unternehmen im Fall einer Untersuchung gegen das Unternehmen auszuspielen.<sup>36</sup>

Dementsprechend würde es sich anbieten, Mitarbeiter von Unternehmen als Auskunftspersonen mit einem Aussageverweigerungsrecht anzusehen. Bei einem engeren Verständnis würde der Sinn und Zweck des Schweigerechts in Bezug auf ein Unternehmen weitgehend unterlaufen.<sup>37</sup> Im Ergebnis zum gleichen Schluss kommt jüngst das Bundesverwaltungsgericht: Weil Unternehmen durch ihre Organe, Vertreter und Mitarbeiter handeln, müssten auch diese Personen vom Aussageverweigerungsrecht des Unternehmens selbst profitieren können.<sup>38</sup> Entscheidend ist wohl weniger der Aspekt, das Unternehmen gegen aussen verpflichten zu können. Dies wäre beispielsweise beim Chefsekretariat in der Regel nicht der Fall. Vielmehr würde das Aussageverweigerungsrecht der Organe ins Leere gehen, wenn gut informierte Mitarbeiter zur Aussage angehalten werden dürften.<sup>39</sup> Dies gilt insbesondere für enge Mitarbeiter von Organen, die Rechts- bzw. Compliance-Abteilung und diejenigen Mitarbeiter, die am untersuchten Verhalten beteiligt waren. Ausserdem sind Mitarbeiter eines Kartellanten regelmässig keine unbeteiligten Dritte und haben typischerweise ein eigenes Interesse am Ausgang des Kartellverfahrens. Auch dies spricht gegen die Zeugenqualität solcher Mitarbeiter.<sup>40</sup>

## C. Schranken

Das Bundesgericht war im Kasino-Fall mit einer speziellen aufsichtsrechtlichen Situation konfrontiert. Es betonte u.a., das Kasino habe um die Erteilung einer Betriebsbewilligung für ihren Spielbetrieb in Kenntnis der spielbankenrechtlichen Vorgaben ersucht und sich diesen auch unterworfen.<sup>41</sup> Demzufolge ist unklar, inwieweit die Erwägungen des Bundesgerichts auf Unternehmen ausser-

halb eines konzessionsrechtlichen Bereichs verallgemeinerungsfähig sind.

## 1. Sachverhaltselemente

### 1.1 Hintergrund

Das Bundesgericht macht im erwähnten Urteil eine Unterscheidung zwischen der Belastung der Arbeitgeberin und der Befragung zu einzelnen Sachverhaltselementen. Bei dieser Unterscheidung ist Skepsis angezeigt. Im erwähnten Fall durfte die ESBK Mitarbeiter des Kasinos ohne Hinweis auf ein Aussageverweigerungsrecht beispielsweise fragen, welche Massnahmen gegen die Spielsucht des Spielers getroffen wurden. Die (denkbare) Antwort eines Mitarbeiters, wonach keine solchen Massnahmen getroffen worden seien, würde auf ein Geständnis bzw. eine direkte Belastung des Kasinos hinauslaufen.<sup>42</sup>

Im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes im Jahr 2008 wurden verfahrensrechtliche Aspekte mit Blick auf das Verbot des Selbstbelastungszwanges beleuchtet. Darin wurde dargelegt, dass der Hinweis auf das Selbstbeichtigungsprivileg unter Umständen die Sachverhaltsermittlung erschwere und somit zu einer Verfahrensverzögerung, -behinderung oder gar -verhinderung führen könne. Mit anderen Worten würden Unternehmen Fragebogen des Sekretariats nur noch sehr zurückhaltend oder gar nicht mehr beantworten.<sup>43</sup>

Die Evaluationsgruppe schlug deshalb eine vermittelnde Lösung vor: Im Sinne einer pragmatischen Beurteilung der Grenzen des *nemo tenetur*-Prinzips habe sich das Aussageverweigerungsrecht auf diejenigen Fragen zu beschränken, welche das Unternehmen zwingen würden, sich selber direkt zu belasten, indem es z.B. ein wettbewerbsrechtlich unzulässiges Verhalten einzugestehen hätte. Unzulässig sei demnach ein Zwang zu einem Geständnis; d.h. Fragen betreffend Ziel, Zweck bzw. Teilnahme an wettbewerbswidrigem Verhalten. Hingegen sollten Fragestellungen, die sich auf Begebenheiten beziehen, durch welche sich die Unternehmen nicht direkt selber belasten können, nicht vom Schweigerecht umfasst sein. Somit seien Fragen bezüglich rein tatsächlicher Begebenheiten wie z.B. nach Preisen, Umsätzen, Daten, Orten und Namen der Personen, die das Unternehmen bei den erwähnten Zusammenkünften vertreten haben, zulässig. Ein Unternehmen könne mit anderen Worten mittels Sanktionsandrohung gezwungen werden, den Behörden gewisse Informationen und die diesbezüglich vorhande-

<sup>36</sup> Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass ein Aussageverweigerungsrecht auch in Bezug auf das Risiko einer eigenen strafrechtlichen Widerhandlung in Betracht kommt. So könnte beispielsweise eine Submissionsabsprache zumindest theoretisch in den Anwendungsbereich des Betrugstatbestandes gemäss Art. 146 StGB fallen. Generell kann ein faires Verfahren nicht gewährleistet werden, wenn etwa ein Aussendienstmitarbeiter, der eine Preisabrede mit einem Wettbewerber abschliesst, lediglich aufgrund seiner organisatorischen Stellung innerhalb des Unternehmens als Zeuge einvernommen werden kann.

<sup>37</sup> So jedoch das Merkblatt des Sekretariats (FN 33), Rz. 56 i.V.m. 70. BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 86.

<sup>39</sup> Vgl. dazu REINERT (FN 10), 99 f., wonach die Einschränkung gemäss Art. 178 lit. g StPO auf direkte Mitarbeiter von Organen im Kartellverfahren nicht angewandt werden sollte.

<sup>40</sup> Vgl. WASER (FN 25), 86 ff.

<sup>41</sup> BGE 140 II 384, E. 3.3.6.

<sup>42</sup> Vgl. NIGGLI/RIEDO (FN 25), 67.

<sup>43</sup> Evaluationsgruppe Kartellgesetz (FN 7), Rz. 69.

nen Unterlagen zu übergeben.<sup>44</sup> Im Projektbericht wird in Zusammenhang mit diesem pragmatischen Weg entsprechende EU-Rechtsprechung zitiert. Da die EU jedoch nicht der Rechtsprechung des EGMR unterliegt, sind diese Verweise für das Schweizer Recht bzw. die Vereinbarkeit mit der EMRK nicht hilfreich.<sup>45</sup>

Das Bundesamt für Justiz, welches zum Entwurf des Projektberichtes der Evaluationsgruppe Kartellgesetz eine Stellungnahme abgegeben hat, nahm eine andere Haltung ein: Das Recht zu schweigen und nicht zur eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, gehöre zu den allgemein anerkannten Standards, die den Kern des Begriffs des fairen Verfahrens im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK bilden würden. Es würde nicht überzeugen, im Zusammenhang mit Verfahren, in denen nach Art. 49a KG direkte Sanktionen verhängt werden könnten, zwischen «Schuldeingeständnis» einerseits und «Fragestellungen zu rein tatsächlichen Begebenheiten» andererseits zu unterscheiden. In beiden Konstellationen komme es darauf an, ob die betroffene natürliche oder juristische Person sich durch Auskunftserteilung dem Risiko einer Strafverfolgung aussetze. Die von der Evaluationsgruppe Kartellgesetz getroffene Unterscheidung zwischen Fragen an beschuldigte Personen, welche dem *nemo tenetur*-Grundsatz unterstehen, und solchen, die von ihm nicht erfasst seien, sei auch dem Strafprozessrecht fremd.<sup>46</sup>

Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz räumte ein, dass die Abgrenzung zwischen unzulässigen Fragen, welche das Unternehmen direkt belasten können, und zulässigen Fragen, welche das Unternehmen nur indirekt belasten können, im Einzelfall heikel sein könne.<sup>47</sup> Dem kann nur zugestimmt werden.<sup>48</sup>

## 1.2 Intention

Vom rein Tatsächlichen unterscheidet sich immerhin das subjektive Element, mithin die Absicht oder die Intention, mit welcher beispielsweise ein Informationsaustausch er-

folgt (je nachdem ein denkbare Indiz für eine harte Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG) oder ein tiefer Preis angeboten wird (je nachdem ein Indiz für einen Preiskampf gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. d KG). In Bezug auf die Intention eines Unternehmens soll das Aussageverweigerungsrecht uneingeschränkt gelten. Somit dürfen Unternehmen nicht verpflichtet werden, Dokumente, welche die Willensbildung widerspiegeln, herauszugeben.

Diesbezügliche Fragen des Sekretariats erfordern einen expliziten Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht, und deren Beantwortung darf nicht mittels Auskunftsverfügung durchgesetzt werden. Darunter fallen insbesondere interne Protokolle (z.B. des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung) und Notizen bzw. Präsentationen über die strategische Ausrichtung. Dies scheint allerdings ein geringes Zugeständnis an den Grundsatz von *nemo tenetur* zu sein. Im Bereich der Missbrauchskontrolle marktbeherrschender Unternehmen hilft die Intention des Unternehmens schon alleine deshalb nicht viel weiter, weil jedes Unternehmen im Kampf um Marktanteile das Ziel verfolgt, Konkurrenten vom Markt zu drängen.<sup>49</sup> Bei Kartellen kann sich die Situation zwar anders darstellen, jedoch ist die Aufdeckung von Kartellen regelmässig der Bonusregelung zu verdanken. Dementsprechend gibt es kaum Fälle, in welchen die Frage nach der Intention eines Kontakts mit Wettbewerbern entscheidend wäre. Zumal die Antwort darauf kaum je überprüfbar ist.

## 1.3 Sachverhaltselemente ohne belastendes Potential

Die Unterscheidung, was genau zu einem Geständnis führt bzw. was als solches interpretiert werden könnte, lässt sich kaum treffen. Ausserdem lässt sich oft erst am Schluss einer Untersuchung aufgrund sämtlicher Beweismittel und Indizien sagen, welche Sachverhaltselemente massgebend für die Sanktionierung sind. Insbesondere während einer Befragung können gewisse Fragen sowohl für die Auskunftsperson als auch für die befragende Behörde zunächst harmlos erscheinen. Am Schluss der Untersuchung können jedoch die Antworten auf genau diese Fragen entscheidend sein.<sup>50</sup>

Wie das Bundesverwaltungsgericht jüngst klarstellte, kann eine Differenzierung in reine Tatsachenaussagen und Eingeständnisse nur dann vorgenommen werden, wenn von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass die reine Tatsachenaussage nicht zu einem späteren Zeitpunkt doch noch eine belastende Rolle in der Beweisfüh-

<sup>44</sup> Evaluationsgruppe Kartellgesetz (FN 7), Rz. 77 ff.

<sup>45</sup> BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 108; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter 27.9.2004, Rz. 22; a.M. PATRICK KRAUSKOPF/OLIVER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Thomas Geiser et al (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis Bd IX, Wettbewerbsrecht, Basel 2005, Rz. 12.20.

<sup>46</sup> Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Öffentliches Recht, Fachbereich II für Rechtsetzung, Stellungnahme vom 6.3.2008 (nicht publiziert), 3 f.

<sup>47</sup> Evaluationsgruppe Kartellgesetz (FN 7), Rz. 84.

<sup>48</sup> Vgl. auch die Kritik von REINERT (FN 10), 102 f.; vgl. auch BVGer B-2050/2007 vom 24.2.2010, E. 5.7.4.3; LANG (FN 45), Rz. 22.

<sup>49</sup> MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Basel 2011, 132.

<sup>50</sup> HENN (FN 22), 258 f.



zung der Wettbewerbsbehörden oder der Rechtsmittelinstanzen spielt.<sup>51</sup>

Deshalb sollte auf die Ausnahme des Selbstbelastungszwangs in Bezug auf rein tatsächliche Auskünfte in Zukunft verzichtet werden.

## 2. Daten aufgrund von Dokumentationspflichten

Unternehmen unterliegen vielfältigen Dokumentationspflichten, die jeweils unterschiedliche Rechtsgüter schützen. Fraglich ist, ob solche Dokumentationspflichten auch die Tragweite des Schweigerechts beeinflussen.

### 2.1 Unternehmen in regulierten Wirtschaftsbereichen

Die staatliche Aufsicht über Unternehmen basiert in regulierten Wirtschaftsbereichen regelmässig auf der Mitwirkungspflicht. Die Unternehmen haben Meldungen vorzunehmen und allenfalls auch Berichte zu verfassen. Durch die aktuelle Tendenz, verwaltungsrechtliche Pflichten vermehrt durch strafrechtliche Konsequenzen abzusichern, sind Fragen rund um den Grundsatz von *nemo tenetur* besonders in regulierten Wirtschaftsbereichen von Bedeutung, wie der beschriebene Kasinofall zeigt. Das Bundesgericht erwog in diesem Urteil, dass das Schweigerecht die aufsichts- bzw. damit verbundene strafrechtsähnliche Durchsetzung der gesetzlichen Pflichten in beaufsichtigten Wirtschaftsbereichen nicht verunmöglichen dürfe.<sup>52</sup> Diese Argumentation ist nachvollziehbar. Zwar ist fraglich, ob strafrechtliche Sanktionen tatsächlich erforderlich wären, um der Aufsicht Achtung zu verschaffen. Gerade im Kasinofall ist dies zweifelhaft, da mit der Überprüfung der Konzession ein viel stärkeres verwaltungsrechtliches Instrument gegeben wäre. Konsequenterweise müssten die Aufsichtsbehörden neben den Vorteilen einer strafrechtlichen Sanktionsandrohung auch die verfahrensrechtlichen Nachteile (für die Behörden) akzeptieren.<sup>53</sup> Jedoch

wäre es wohl künstlich, wenn man auf die Edition von Dokumenten nur dann zurückgreifen dürfte, wenn es um den stärkeren Eingriff des verwaltungsrechtlichen Entzugs einer Konzession gehen würde. Dementsprechend dürfte sich ein Unternehmen *volens nolens* für die Edition in einem Strafverfahren entscheiden, wenn es dadurch eine verwaltungsrechtliche Überprüfung der Konzessionsvoraussetzungen verhindern kann.<sup>54</sup>

Die Herausgabe kommt jedoch nur dann in Frage, wenn im strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Verfahren dieselben Rechtsgüter betroffen sind. Die Verwirklichung der spielbankenrechtlichen Pflichten ist klarerweise nicht davon abhängig, ob die Wettbewerbsbehörden oder andere Strafverfolgungsbehörden Verstösse gegen andere Gesetze verfolgen können. Im Kartellrecht sind keine Dokumentationspflichten verankert. Die Wettbewerbsbehörden sind auch nicht Adressaten von aufgrund regulatorischen Pflichten erstellten Dokumenten. Dementsprechend ist für das Kartellverfahren festzuhalten, dass die Dokumentationspflicht von regulierten Unternehmen das Schweigerecht nicht beschränken kann.

### 2.2 Andere Dokumentationspflichten

Weitere gesetzliche Dokumentationspflichten für Unternehmen sind aus dem gleichen Grund für das Kartellverfahren unbeachtlich. Etwas anderes liesse sich aus dem Kasinofall auch nicht ableiten. Trotzdem würden die Bestimmungen zur kaufmännischen Buchführung gemäss Art. 957 ff. OR laut einer jüngsten Erwägung des Bundesverwaltungsgerichts das Schweigerecht des untersuchten Unternehmens einschränken. Handelsrechtliche Unternehmen seien aufgrund öffentlicher Interessen zur Erstellung und Aufbewahrung besonderer, inhaltlich spezifizierter Unterlagen verpflichtet, die einen gewissen Überblick über ihre Geschäftstätigkeit über einen längeren Zeitraum ermöglichen.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 110.

<sup>52</sup> BGE 140 II 384, E. 3.3.4; als Beispiel für gesetzliche Dokumentationspflichten sei auf Art. 18 Abs. 1 ARV 1 hingewiesen, wonach Arbeitgeber sowie berufsmässige Motorfahrzeugführer der Vollzugsbehörde alle Auskünfte erteilen müssen, die für die Anwendung der Verordnung und für die Kontrolle erforderlich sind. Dazu gehören auch die Fahrtenschreiber, welche die Einhaltung der Arbeits- und Lenkzeit aufzeichnen (Art. 16 ARV 1). Somit müssen berufsmässige Motorfahrzeugführer Beweismittel erstellen und diese auf Verlangen herausgeben, obwohl Verletzungen der Bestimmungen zu strafrechtlichen Konsequenzen führen können.

<sup>53</sup> Allerdings wird das Strafrecht paradoxerweise oft zum Nachteil der Rechtsunterworfenen herangezogen. Im BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015 wurde bspw. in verschiedenen (der Autor zählte sechs)

Erwägungen argumentiert, dass wenn etwas im Strafrecht rechtens sei, würde dies erst recht im Kartellverwaltungsrecht zulässig sein; vgl. etwa E. 628 in Bezug auf den Sanktionsrahmen; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 8.2.2 in Bezug auf die Bestimmtheit eines Straftatbestandes.

<sup>54</sup> Wie bereits erwähnt, würde auch hier keine Mitwirkungspflicht greifen, wenn der strafrechtlichen Dogmatik gefolgt würde: In das Aussageverweigerungsrecht kann nicht eingegriffen werden, auch wenn beispielsweise infolge Kollisionsgefahr eine Untersuchungshaft angeordnet werden muss. Unter der Voraussetzung, dass die Gerichte im Zusammenspiel von straf- und verwaltungsrechtlichen Massnahmen gewisse Ausnahmen zulassen wollen, erscheint eine Einschränkung in diesem Fall jedoch aus pragmatischer Sicht sinnvoll.

<sup>55</sup> BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 119 f.

Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Bestimmungen zur Rechnungslegung grundsätzlich privaten Interessen dienen, vor allem dem Gläubigerschutz. Da mit der Gründung insbesondere einer Aktiengesellschaft die Haftung beschränkt werden kann, soll durch die Rechnungslegung i.V.m. den Bestimmungen zum Kapitalverlust und der Überschuldung (Art. 725 OR) der Schaden von Gläubigern in Grenzen gehalten werden. Wie hier das Bundesverwaltungsgericht auf ein öffentliches Interesse im Zusammenhang mit dem Kartellverfahren schliesst, begründet es nicht. Natürlich haben die Behörden ein Interesse an einer möglichst umfassenden Dokumentation und Nachvollziehbarkeit geschäftlicher Abläufe. Entscheidend ist jedoch, für welches öffentliche Interesse die Rechnungslegungspflicht herangezogen werden kann. Hier mögen etwa die Gewinnsteuern oder die Abgaben im Sozialversicherungsbereich genannt werden. Die Buchhaltung ist für deren Erhebung erforderlich.<sup>56</sup>

Allerdings wird in der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007 festgehalten, dass die Rechnungslegung auch den Aufsichts- oder Strafverfolgungsbehörden notwendige Informationen liefern würde. Nicht zuletzt diene sie auch der Vermeidung und Aufdeckung von Korruption.<sup>57</sup> Dies überzeugt nicht: Die Rechnungslegung erfolgt nicht deshalb, um den Strafverfolgungsbehörden ihre Arbeit zu erleichtern. Es gibt auch keine Editionsspflicht der Buchhaltung gegenüber den Strafbehörden. Ausserdem wird in der Botschaft auch nicht behauptet, dass das öffentliche Interesse an der Rechnungslegung die verfahrensrechtlichen Minimalgarantien der Unternehmen beschränken könnte. Dementsprechend kann die Rechnungslegung, wie jedes andere Beweismittel auch, dann in einem Strafverfahren verwendet werden, wenn die Strafverfolgungsbehörden diese im Rahmen einer Hausdurchsuchung sicherstellen oder auf andere Weise erhalten. Eine Editionsspflicht trifft die Unternehmen diesbezüglich nicht. Dementsprechend kann die Rechnungslegungspflicht den Grundsatz von *nemo tenetur* nicht einschränken. Ausserdem ist klar, dass mit den Rechnungslegungspflichten die durch das Kartellgesetz geschützten Rechtsgüter nicht berührt werden.

In der Praxis werden Dokumente, über welche die Unternehmen in der Schweiz verfügen, regelmässig an die Wettbewerbsbehörden herausgegeben. Nicht zuletzt deshalb, um eine Hausdurchsuchung zu vermeiden. Eine Editionsspflicht über die Mitwirkungspflicht von Art. 40 KG besteht indessen nicht. Insbesondere bei Unterlagen,

die im Ausland liegen, werden sich Unternehmen deshalb wohl erfolgreich gegen eine Auskunftsverfügung der Wettbewerbsbehörden wehren können.

### 2.3 Vorbestehende Dokumente

Als weitere Ausnahmekategorie vom Grundsatz von *nemo tenetur* sieht das Bundesverwaltungsgericht im jüngsten Swisscom-Entscheid Daten aus einer vorgängigen Rechtssache. Dazu gehören u.a. Steuererklärungen, sonstige Eingaben gegenüber Behörden, Meldungen gegenüber gewerblichen, technischen oder sonstigen Aufsichtsbehörden sowie Eingaben in sonstigen Verwaltungsverfahren. Der Schutzzweck des Grundsatzes bestehe nicht darin, einen Auskunftspflichtigen vor allen möglichen Folgen einer einmal von ihm abgegebenen Erklärung zu schützen.<sup>58</sup>

Dieses *obiter dictum* kann ebenfalls nicht überzeugen. Bei freiwillig abgegebenen Erklärungen ohne behördliche Aufforderung gilt *nemo tenetur* ohnehin nicht. Werden dagegen Erklärungen aufgrund einer Mitwirkungspflicht (z.B. Steuererklärung) oder eines Zwangs herausgegeben, dürfen diese in späteren Strafverfahren grundsätzlich nicht verwertet werden.<sup>59</sup> Die Definition von vorbestehenden Dokumenten des Bundesverwaltungsgerichts erscheint zudem sehr weit und unbestimmt.

Für den Fall, dass andere Behörden über relevante Dokumente verfügen, kann der Amtshilfeweg gemäss Art. 41 KG besprochen werden. Allerdings muss auch in diesem Fall sichergestellt werden, dass die Parteirechte gewahrt bleiben, da gerade die Amtshilfe die beiden Verfahren nicht völlig unabhängig voneinander erscheinen lässt. Mitwirkungspflichten in anderen Gesetzen dürfen also das Schweigerecht in einem Sanktionsverfahren der Wettbewerbsbehörden nicht einschränken.

## 3. Marktdaten

Die Mitwirkungspflicht der Unternehmen kann sich nicht auf Dokumente und Angaben erstrecken, mit denen ein kartellrechtlich unzulässiges Verhalten nachgewiesen werden kann. Eine solche Pflicht käme einer Geständnispflicht gleich.

Ein Interessensausgleich zwischen Mitwirkungspflicht und *nemo tenetur* im Sinne des Bundesgerichts erscheint jedoch trotzdem möglich: Die Mitwirkungspflicht

<sup>56</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1623.

<sup>57</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1623.

<sup>58</sup> BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 111 ff.

<sup>59</sup> EGMR 11663/04, *Chambaz*, Rz. 53 ff.; SIMON ROTH, Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare*, ZStrR Bd. 129/2011, 312; ROTH (FN 20), Rz. 28 f.

könnte ausnahmsweise und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls dort gelten, wo ein Beweisnotstand besteht. Solch ein Beweisnotstand kann in Bezug auf Marktdaten in Frage kommen, die für eine Marktabgrenzung oder die Prüfung der Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen benötigt werden. So wird in der Lehre die Komplexität kartellrechtlicher Sachverhalte als Rechtfertigung der Mitwirkungspflicht angeführt.<sup>60</sup> Besonders schwer greifbar sind jedoch nur Grundlagen für die ökonomischen Tests. Die Frage der Teilnahme an einem Kartell ist demgegenüber nicht besonders komplex. Dementsprechend kann die Mitwirkungspflicht in Bezug auf die Effektanalyse weitergehen als hinsichtlich der Prüfung, ob eine bestimmte Form einer Wettbewerbsbeschränkung gegeben ist oder nicht.<sup>61</sup>

## D. Rechtsschutz

Eine gerichtliche Prüfung des Umfangs der Mitwirkungspflicht kann *ex ante* oder *ex post* erfolgen. Bevor die Informationen an die Behörden geliefert werden, kann ein Unternehmen eine anfechtbare Auskunftsverfügung verlangen. In dieser Verfügung hat die Wettbewerbskommission (i) den genauen Umfang der verlangten Mitwirkung und (ii) eine Begründung, wie die Verfügung mit dem Grundsatz von *nemo tenetur* vereinbar ist, anzugeben. Ausserdem ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen.

### 1. Gerichtliche Überprüfung

Auskunftsverfügungen können vor dem Bundesverwaltungsgericht als Zwischenverfügungen angefochten werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Möglichkeit der Einschränkung des Aussageverweigerungsverbots explizit als Grund für einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil i.S.v. Art. 49 Abs. 1 lit. a VwVG erwähnt.<sup>62</sup> Sofern ein glaubwürdiges Argument einer möglichen Selbstbelastung vorgetragen werden kann, verspricht eine entsprechende Beschwerde gute Chancen auf Gutheissung. Das Bundesverwaltungsgericht ist typischerweise zu Recht bestrebt, sich im Rahmen von Beschwerdeverfahren betreffend Zwischenverfügungen nicht für potentielle Beschwerden gegen die Endverfügung zu präjudizieren.

### 2. Informationsaustausch-Abkommen

Gemäss Art. 7 Abs. 7 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1) erörtern, erbitten und übermitteln die Wettbewerbsbehörden der verschiedenen Vertragsparteien untereinander keine im Untersuchungsverfahren erlangten Informationen, wenn die Verwendung dieser Informationen die in den jeweiligen Rechtsvorschriften der Vertragsparteien garantierten und auf ihre Durchsetzungsmassnahmen anwendbaren Verfahrensrechte und -privilegien einschliesslich des Schutzes des Anwaltsgeheimnisses und des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, verletzen würde.

Dieses Abkommen sieht nach dem Wortlaut kein Rechtsmittel vor, um den Austausch von Informationen zwischen den Wettbewerbsbehörden anzufechten. Damit besteht theoretisch die Gefahr, dass Informationen ohne Rechtsschutz und entgegen den Regeln des Abkommens ausgetauscht werden. Diese Sorge adressierte das Parlament mit Art. 42b Abs. 3 KG, wonach die Wettbewerbsbehörden die betroffenen Unternehmen informieren und diese zur Stellungnahme einladen, bevor sie der ausländischen Wettbewerbsbehörde die Daten übermitteln. Damit wird gewährleistet, dass die betroffenen Unternehmen vor der Datenübermittlung davon Kenntnis erhalten. Eine blosser Stellungnahme kann ihre Rechtsposition jedoch nicht genügend schützen. Vielmehr muss es möglich sein, eine geplante Datenübermittlung mit einer Beschwerde anzufechten, weil insbesondere die Tragweite des hier diskutierten Rechts zu schweigen unklar ist und gerichtlich überprüft werden muss bzw. weiterentwickelt werden dürfte.

Sofern der Rechtsschutz bei der Erlangung der Information gewährt wurde (bspw. bei Hausdurchsuchungen mit der Möglichkeit der Siegelung oder bei Erlass einer anfechtbaren Auskunftsverfügung), dürften die Parteirechte zwar weitgehend gewahrt bleiben.<sup>63</sup> Jedoch ist dies typischerweise nicht der Fall, wenn es sich um Informationen aus der Beantwortung von Fragebogen oder mündlichen Befragungen handelt. Dies gilt umso mehr, als die Wettbewerbsbehörden bisher nicht immer auf das Aussageverweigerungsrecht hingewiesen haben.

<sup>60</sup> STEFAN BILGER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum KG, Basel 2010, N 2 zu Art. 40; BORER (FN 19), N 1 zu Art. 40.

<sup>61</sup> Vgl. MICHAEL TSCHUDIN, Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht, AJP/PJA 2014, 1343 ff.

<sup>62</sup> Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts in B-4416/2013 vom 4.9.2013, E. 1.2.3.

<sup>63</sup> Vgl. PATRICK DUCREY, Das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte, Jusletter 30.9.2013, Rz. 41.

### 3. Im ordentlichen Beschwerdeverfahren

Schliesslich steht es den Unternehmen natürlich offen, auch im Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung der Weko die Verletzung des Grundsatzes von *nemo tenetur* vorzubringen. Falls eine Verletzung dieses Grundsatzes festgestellt wird, müssten das betroffene Beweisstück und alle daraus resultierenden weiteren Beweise aus dem Recht gewiesen werden. Baut die Weko ihre Sanktionsverfügung beispielsweise auf E-Mails auf, welche entgegen des Schweigerechts herausverlangt wurden, dürfte keine Sanktion ausgesprochen werden. Eine verwaltungsrechtliche Massnahme, beispielsweise ein Verbot, wäre nach rein verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zu prüfen.

Wie der Kasinofall des Bundesgerichts zeigt, genügen pauschale Rügen im Beschwerdeverfahren nicht. Vielmehr muss konkret dargelegt werden, welche Beweismittel nicht berücksichtigt werden dürfen und warum und inwieweit sich das Beweisergebnis ohne diese unzulässig erlangten Beweismittel anders darstellt.<sup>64</sup>

## V. Schlussfolgerungen

Am Beispiel des Grundsatzes von *nemo tenetur* konnte gezeigt werden, dass eine differenzierte, verwaltungsrechtliche Sichtweise auf bereits etablierte strafrechtliche Verfahrensgarantien das kartellrechtliche Sanktionsverfahrensrecht verkompliziert.<sup>65</sup> Will man Ausnahmen für Unternehmen im Kartellverfahren zulassen, muss die Tragweite dieses Grundsatzes im Einzelfall neu bestimmt werden. Daraus resultiert Rechtsunsicherheit, was die Beschwerdeverfahren nicht verkürzen dürfte. Sofern sich ein Trend im Kartellverfahren weg von kooperativen und hin zu konfrontativen Verteidigungsstrategien verwirklicht, werden die Unternehmen ihr Recht auf Schweigen vermehrt wahrnehmen und somit auch begründete Beschwerden zunehmen.

Zu beachten ist ausserdem, dass Ausnahmen von *nemo tenetur* nicht derart ausgeformt werden dürfen, dass der Grundsatz des Schweigerechts ausgehöhlt wird. *Nemo tenetur* soll für Unternehmen im Kartell- und anderen Verwaltungsverfahren mit strafrechtlichen Sanktionen als Grundsatz und somit für die allermeisten Untersuchungshandlungen gelten. Will man Ausnahmen zulassen, sollten diese eng und justiziabel definiert werden. Die Unterscheidung zwischen der Belastung der Arbeitgeberin und

der Befragung zu «rein Tatsächlichem» gehört sicherlich nicht in diese Kategorie.

Die zunehmende Bedeutung von Unternehmensstrafen im Verwaltungsrecht erfordert eine Weiterentwicklung des Verfahrensrechts. Solange der Gesetzgeber hier nicht tätig wird, kommt den Verwaltungsgerichten diese Aufgabe zu. Die Orientierung an bewährten strafrechtlichen Grundsätzen bietet sich dabei an, um eine in sich stimmige Verfahrensordnung zu formen. Die Besonderheit von Kartellverfahren hinsichtlich der Effektanalyse darf nicht dazu führen, dass Abstriche am Schweigerecht in Bezug auf formbasierte Elemente (bspw. Nachweis einer Abrede aufgrund von Parteibefragungen, Kommunikation mit Dritten, E-Mail usw.) gemacht werden.

<sup>64</sup> Vgl. vorne Ziff. IV.A.

<sup>65</sup> HENN (FN 22), 260.