

Roland Mathys* und Blaise Carron**

Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen: Eine anwaltliche Perspektive

Stichworte: Kartellrecht, Hausdurchsuchung, Dawn Raid, Compliance, Anwaltsgeheimnis

I. Einführung¹

Die ersten kartellrechtlichen Hausdurchsuchungen durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Weko) in der Schweiz fanden im Jahr 2006 statt und betrafen Unternehmen im Luftfrachtgeschäft.² Seitdem wurden sämtliche Wirtschaftszweige – Produktion, Handel und Dienstleistungen – sowie ganz unterschiedliche Märkte von solchen Zwangsmassnahmen betroffen.³ Ebenso gerieten sowohl multinationale Konzerne als auch lokale KMU ins Visier der Wettbewerbsbehörde. Die jüngsten Aussagen des Präsidenten der Weko lassen erahnen, dass sich die Hausdurchsuchung als ordentliches Mittel etabliert hat, um gegen unzulässiges Wettbewerbsverhalten vorzugehen.⁴

Unter dem *Begriff* Hausdurchsuchung (Dawn Raid) versteht man das unangekündigte Erscheinen des Sekretariats der Weko zur Durchsuchung von Geschäfts- und Privaträumen oder Fahrzeugen der Mitarbeitenden. Das neue Kartellgesetz hat eine klare *gesetzliche Grundlage* (Art. 42 Abs. 2 KG⁵) für die Durchführung von Hausdurchsuchungen geschaffen. Diese Bestimmung verweist auf die Artikel 45–50 VStrR⁶, welche sinngemäss anwendbar sind. Das Sekretariat der Weko hat weiter ein Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen herausgegeben.⁷

Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen werden auf Grund eines Antrages des Sekretariats von einem Mitglied des Präsidiums der Weko angeordnet (Art. 42 Abs. 2 KG). Die für die Vorbereitung und Durchführung der Hausdurchsuchungen zu-

ständige Behörde ist das Sekretariat der Weko (Art. 23 KG).⁸ Dieses kann sich im Rahmen der Amtshilfe von anderen Amtsstellen des Bundes und der Kantone unterstützen lassen (Art. 41 KG). Das Durchsuchungsteam setzt sich im Allgemeinen aus einem Verantwortlichen des Sekretariats der Weko, mehreren Sekretariatsmitarbeitenden sowie Informatikspezialisten, Polizisten und einer kantonalen Amtsperson zusammen.⁹

Hausdurchsuchungen können weitreichende Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb haben und dürfen nicht unterschätzt werden. Es braucht unternehmensintern klare Verhaltensregeln, um vorbereitet zu sein und Betriebsstörungen begrenzen zu können. Der *Anwalt* eines Unternehmens muss dessen Organe auf die bestehenden Risiken hinweisen, um in Zusammenarbeit mit ihnen adäquate Massnahmen vorzuschlagen, und zwar *vor, während und nach* einer Hausdurchsuchung.

II. Vor einer Hausdurchsuchung

Bevor bei einem Klienten eine Hausdurchsuchung angeordnet wird, kann der Anwalt zur weitgehenden Verhinderung schwerwiegender Schäden materielle und verfahrensrechtliche Präventivmassnahmen empfehlen.

1. Materielle Präventivmassnahmen

Der vor Beginn einer Hausdurchsuchung der Weko konsultierte Anwalt muss gewährleisten, dass sein Klient *keine materielle Verletzung* des Kartellrechts begeht. Dazu können verschiedene Mittel eingesetzt werden.

Zuerst muss sichergestellt werden, dass der Anwalt die volle *Unterstützung aller Unternehmensorgane* genießt. Diese müssen klar erkennen lassen, dass sie bereit sind, das Kartellrecht zu respektieren, die kartellrechtlichen Bestimmungen zu beachten und die Konsequenzen bei gesetzeswidrigem Verhalten zu ziehen.¹⁰

Der Anwalt kann sich anschliessend am Aufbau folgender *Compliance-Massnahmen* beteiligen:¹¹

- *Schulungsmodule*. Sie sind für die Schlüsselmitarbeitenden des Unternehmens unabdingbar. Dabei muss die Schulung immer dem spezifischen Markt, auf dem das Unternehmen

* Lic. iur. et lic. oec. publ., LL.M. (London School of Economics and Political Science), Rechtsanwalt, Partner bei Wenger Plattner, Basel, Zürich, Bern.

** Dr. iur., LL.M. (Harvard), Rechtsanwalt (auch zugelassen in New York), Senior Associate bei Wenger Plattner, Basel, Zürich, Bern, ehemaliger Mitarbeiter beim Sekretariat der Weko.

1 Eine französische Fassung des vorliegenden Beitrages wird in der Anwaltsrevue 10/2009 erscheinen.

2 Vgl. WEKO, Medienmitteilung vom 16.2.2006, abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00163/index.html?lang=de>.

3 Vgl. WEKO, Medienmitteilungen vom 18.7.2007 (Produktion von Baubeschlägen für Fenster und Türen), 10.10.2007 (Transport- und Logistikbereich), 31.1.2008 (Elektroinstallation), 16.12.2008 (Produktion von Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen) und 8.6.2009 (Strassen- und Tiefbau), abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00163/index.html?lang=de>.

4 In diesem Sinne WALTER A. STOFFEL, Gartenschere und Hausdurchsuchungen – Was die Wettbewerbskommission in ihrer Praxis prioritär durchzusetzen sucht, NZZ vom 2.7.2009, S. 25.

5 Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; SR 251.

6 Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht; SR 313.0.

7 SEKRETARIAT DER WEKO, Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen, abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00160/index.html?lang=de>.

8 OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, AJP 10/2005, S. 1221 ff., S. 1223.

9 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1223 und 1227.

10 PATRICK L. KRAUSKOPF/DELPHINE ROCHAT, Wirksame kartellrechtliche Compliance, Anwaltsrevue 2/2009, S. 63 ff., S. 65.

11 KRAUSKOPF/ROCHAT, (Fn. 10), S. 65 f.

tätig ist, sowie den Funktionen der Teilnehmer angepasst sein. Bei Klein- und Mittelbetrieben kann eine derartige Schulung von einem Berufsverband oder einer Handelskammer organisiert werden.

- *Kartellrechtsaudit*. Dieses stellt eine ständige Aufgabe dar, sollte aber mindestens dann erfolgen, wenn Zweifel an der Einhaltung relevanter gesetzlicher Bestimmungen bestehen. Die Massnahme hat zum Gegenstand, bestimmte Dokumente, vor allem elektronische Kommunikation, sowie Risikosektoren zu analysieren und Mitarbeiter zu befragen, die sensible Positionen besetzen. Das Ziel besteht in der Erkennung von potentiell problematischem Verhalten.
- *Ausarbeitung eines Verhaltenskodex*. Dieser verbietet Kartellrechtsverstösse, und dessen Missachtung wird intern sanktioniert. In der Praxis hat sich gezeigt, dass solche Dokumente nur wenig Wirkung entfalten, wenn sie nicht mit den bereits erwähnten Schulungen gekoppelt sind.
- *Selbstanzeige*. Falls das Audit gesetzeswidriges Verhalten ans Licht bringt, sollte der Anwalt seinem Klienten zu einer *Selbstanzeige* raten.¹² Danach kann gegenüber Unternehmen, die an der Aufdeckung und Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen mitwirken, auf eine Sanktionierung ganz oder teilweise verzichtet werden. Wenn die Bedingungen von Art. 8 bzw. 12 SVKG¹³ erfüllt sind, kann eine solche Massnahme gemäss Art. 49a Abs. 2 KG zu einem vollständigen Erlass bzw. zu einer Reduktion der Sanktion führen, verhindert jedoch nicht die Auferlegung (eines Teils) der Verfahrenskosten an die meldende Partei.¹⁴

2. Verfahrensrechtliche Präventivmassnahmen

Wie bereits ausgeführt, kann eine Hausdurchsuchung weitreichende Störungen verursachen, wenn das Unternehmen nicht gut darauf vorbereitet ist. Mit den nachfolgenden Massnahmen kann ein vorausschauender Anwalt *solche Betriebsstörungen im Vorfeld verhindern*.

a) Aufbau einer Ad-hoc-Organisation

Der Anwalt muss darauf achten, dass die Ad-hoc-Organisation die personellen und logistischen Aspekte berücksichtigt.

Vor der Hausdurchsuchung müssen die verantwortlichen *Personen* klar bestimmt und ausgebildet werden.¹⁵ Man unterscheidet normalerweise drei Schlüsselpositionen:

- Damit eine Hausdurchsuchung möglichst reibungslos abläuft, ist es erstens von besonderer Bedeutung, dass die Mitarbeitenden des *Empfangs* konkrete Anweisungen erhalten, wie sie sich der Weko gegenüber richtig verhalten. Sie müssen die

Mitglieder der Wettbewerbsbehörde identifizieren und empfangen und die Mitglieder des Dawn Raid Response Teams wirksam verständigen. Dazu ist es wichtig, dass die Mitarbeiter des Empfangs über Merkblätter verfügen und entsprechend geschult sind.

- Zweitens muss der Bildung des *Dawn Raid Response Teams* besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Dieses Team ist entsprechend der Grösse des Unternehmens zusammenzustellen. Grundsätzlich sollten diesem Team mindestens ein Vertreter der Unternehmensleitung (mit Befugnis, im Namen des Unternehmens während der Hausdurchsuchung Entscheidungen zu treffen), ein Vertreter der internen Rechtsabteilung, ein externer Anwalt, ein Vertreter der Informatikabteilung, der über den Zugang zu allen Datenträgern verfügt, sowie ein Vertreter des von der Hausdurchsuchung betroffenen Unternehmensbereichs angehören.¹⁶ Weiter müssen Vertreter vorgesehen sein, die bei Abwesenheit eines oder mehrerer Mitglieder einspringen können. Die Mitglieder müssen sich vor Ort befinden oder die Örtlichkeiten innert kurzer Zeit erreichen können; dies gilt auch für die externen Anwälte sowie die IT Verantwortlichen.
- Die dritte Gruppe betrifft die *Kommunikationsbeauftragten*. Diese sind im Falle einer Hausdurchsuchung damit beauftragt, interne Informationen an die Mitarbeiter zu kommunizieren und die Kontakte mit externen Medien und Geschäftspartnern sowie Aktionären des Unternehmens zu pflegen.

Die Ad-hoc-Organisation muss auch den *logistischen* Aspekten Rechnung tragen: Es müssen Arbeitsräume vorgesehen werden, insbesondere ein Raum für das Dawn Raid Response Team, ein Raum für die Verantwortlichen der Wettbewerbsbehörde und – wenn möglich – ein nahe gelegener Raum für das Kopieren beschlagnahmter Dokumente. Gleichzeitig muss dafür gesorgt werden, dass ausreichende personelle und technische Kapazitäten vorhanden sind, um diese Aufgaben effizient durchzuführen.

b) Dokumente für die interne Organisation im Falle einer Hausdurchsuchung

Unterschieden werden *drei Arten von Adressaten*, für welche Dokumente vorbereitet werden müssen:

- *Empfangspersonal*. Eine einfache, präzise und kurze Anleitung genügt.¹⁷ Sie muss vor allem die notwendigen Informationen für die sofortige Benachrichtigung des Dawn Raid Response Teams enthalten.
- *Mitglieder des Dawn Raid Response Teams*. Ihr Dokument ist ausführlicher. Es enthält juristische Erklärungen, Checklisten für die jeweiligen Durchsuchungsstadien sowie Muster von Standarddokumenten (z.B. Protokolle, die durch das Dawn Raid Response Team benutzt werden).

12 Vgl. Formular «Bonusregelung» vom 1.4.2005, abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/dienstleistungen/00106/index.html?lang=de>.

13 Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen; SR 251.5.

14 Weko, Verfügung vom 6.7.2009, Rz. 172 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (noch nicht publiziert).

15 PATRICK SOMMER/ALAIN RAEMY, *Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizerischen Kartellrechts*, sic! 10/2004, S. 758 ff., S. 765.

16 STEFAN BRUNNSCHWEILER/MARQUARD CHRISTEN, *Korrektes Verhalten bei Hausdurchsuchungen, Rechte und Pflichten der Unternehmen und der Wettbewerbsbehörden bei Hausdurchsuchungen im Kartellverfahren*, Jusletter 17.10.2005, Rz. 12.

17 In diesem Sinne BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN, (Fn. 16), Rz. 5.

- *Externer Anwalt.* Dem externen Anwalt müssen die obengenannten Dokumente zur Verfügung stehen. Weiter muss er eine Liste mit den Kontaktnummern aller Ansprechpartner, einen Situationsplan sowie eine Beschreibung des kürzesten Anfahrtswegs besitzen, um sich so rasch wie möglich vor Ort zu begeben.¹⁸

Es liegt auf der Hand, dass alle diese Dokumente immer à jour gehalten werden müssen, ansonsten ihr Nutzen im Ernstfall gering ist.

c) *Durchführung von Übungen zur Kontrolle der Ad-hoc-Organisation*

Die Schulung mittels Durchsuchungssimulationen (Mock Dawn Raids) ermöglicht einerseits eine Kontrolle und Verbesserung der Vorbereitung der *Mitarbeiter* des Empfangs und des Dawn Raid Response Teams und gibt ihnen die Gelegenheit, ihre bereits erworbenen Kenntnisse anzuwenden.

Diese Übungen ermöglichen andererseits dem *externen Anwalt*, sich mit den Räumlichkeiten des Unternehmens und mit den Mitgliedern des Dawn Raid Response Teams vertraut zu machen. Diese Kenntnisse der örtlichen Gegebenheiten sowie die persönlichen Kontakte können sich bei einer Durchsuchung als sehr nützlich erweisen, da das Stressniveau unter solchen Umständen oft hoch ist und zahlreiche unvorhergesehene Situationen auftreten.

d) *Behandlung von Dokumenten zum Zwecke von Compliance Programmen und Audits*

Gemäss Merkblatt der Weko ist im Rahmen einer Hausdurchsuchung einzig die beim Unternehmen vorgefundene Verteidigerkorrespondenz von der Beschlagnahme ausgenommen (*Legal Privilege*). Als Verteidigerkorrespondenz gilt nur solche, welche die Verteidigung im aktuellen Verfahren zum Inhalt hat.¹⁹ Korrespondenz aus Compliance Programmen oder Kartellrechtsaudits fällt grundsätzlich nicht darunter.

Im Weiteren vertritt die Weko den Standpunkt, das Anwaltsgeheimnis gelte nur für externe Anwälte, nicht hingegen für Unternehmensjuristen.²⁰ In diesem Sinne hatte auch das Bundesstrafgericht in einem Verfahren entschieden, das die Entsiegelung von der Weko beschlagnahmter Akten zum Gegenstand hatte,²¹ während das Bundesgericht diese Frage offen gelassen hat.²² Im selben Urteil hat das Bundesgericht ausgeführt, dass das Legal Privilege sich jedenfalls nur auf solche Dokumente be-

ziehen kann, die sich im ausschliesslichen Gewahrsam eines Anwalts und nicht auch des Unternehmens befinden.²³

Jedes Unternehmen, das Compliance Programme oder kartellrechtliche Audits mit Unterstützung interner Unternehmensjuristen oder externer Anwälte durchführt, muss deshalb eine Reihe *präventiver Vorsichtsmassnahmen* treffen, um der Wettbewerbsbehörde im Falle eines Dawn Raids nicht kompromittierende Dokumente aushändigen zu müssen:

- Privilegierte Anwaltskorrespondenz ist *klar als solche zu kennzeichnen*, damit sie im Falle einer Hausdurchsuchung rasch ausgesondert werden kann; gleichermassen empfiehlt sich eine getrennte Aufbewahrung der Korrespondenz mit internen Unternehmensjuristen und externen Anwälten.
- Solange Unsicherheit darüber besteht, ob auch die Kommunikation mit internen Unternehmensjuristen dem Legal Privilege untersteht, sollte für kartellrechtliche Abklärungen und Beurteilungen und sämtliche damit verbundene Kommunikation *primär auf die Unterstützung externer Anwälte zurückgegriffen* werden.
- Kartellrechtlich relevante Kommunikation mit externen Anwälten sollte *ausschliesslich bei diesen aufbewahrt und dort eingesehen* werden.²⁴ Vorsicht ist insbesondere bei der Kommunikation via E-Mail geboten. Anstelle moderner elektronischer Kommunikationsmittel sollten traditionelle Methoden wie Post, Kurierdienst oder Telefon zum Einsatz gelangen.

III. Während einer Hausdurchsuchung

1. Alarmierung des Anwalts

Das Unternehmen hat ein auf Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK²⁵ beruhendes Recht, einen Anwalt beizuziehen.²⁶ Gemäss Merkblatt der Weko wird die Wettbewerbsbehörde die *Ankunft des Anwalts nicht abwarten*, um mit der Durchsuchung oder der Beschlagnahme von Dokumenten zu beginnen, damit die Hausdurchsuchung nicht verzögert wird.²⁷

Der externe Anwalt muss aus dieser Praxis *zwei Konsequenzen* ziehen:

- Er muss dafür sorgen, dass sein *Klient* in der Lage ist, eine Hausdurchsuchung im Anfangsstadium alleine zu bestreiten.
- Der *Anwalt* muss seine Erreichbarkeit jederzeit gewährleisten und sich in kürzester Zeit an den Durchsuchungsort begeben können. Deshalb muss er die notwendigen Kommunikationsmittel zur Hand haben und genau wissen, wo und wie er zu seinem Klienten gelangt. Die Stresssituation und die zahlreichen unerwarteten Ereignisse erlauben es ihm nämlich kaum,

18 PATRICK SOMMER/STEFAN BRUNNSCHWEILER, Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen, Jusletter 9. 10. 2006, Rz. 9.

19 SEKRETARIAT DER WEKO, (Fn. 7), Ziff. 3.

20 SEKRETARIAT DER WEKO, (Fn. 7), Ziff. 4.

21 Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 14. 3. 2008 (BE.2007.10-13), E. 6.

22 Bundesgerichtsurteil 1B_101/2008 vom 28. 10. 2008, E. 4.2. Der Vorentwurf für ein Unternehmensjuristengesetz von April 2009 sieht die Einführung des Berufsgeheimnisses (und damit im Ergebnis ein Legal Privilege) auch für interne Anwälte vor.

23 Bundesgerichtsurteil 1B_101/2008 vom 28. 10. 2008, E. 4.4.

24 RETO JACOBS, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht/Le point sur le droit de la concurrence et des cartels, SJZ 105 (2009), Nr. 9, S. 215 ff., S. 2.

25 Konvention vom 4. 11. 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR 0.101.

26 SEKRETARIAT DER WEKO, (Fn. 7), Ziff. 1; SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1226.

27 SEKRETARIAT DER WEKO, (Fn. 7), Ziff. 2; SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1226 f.; SOMMER/BRUNNSCHWEILER, (Fn. 18), Rz. 5 f.

diese Informationen am Tag der Durchsuchung problemlos zu erhalten.

2. Vor Ort zu ergreifende Massnahmen

Sobald der Anwalt vor Ort eingetroffen ist, wird er eine Reihe von *Massnahmen* treffen müssen, um die Interessen seines Klienten möglichst gut zu wahren.

a) Sofortmassnahmen

Gemäss Merkblatt der Weko kann der Anwalt dem Unternehmen beratend zu Seite stehen; er wird aber nicht zum Ansprechpartner für das Sekretariat. Ansprechperson bleibt das höchstrangige anwesende Kader im Unternehmen.²⁸ Sobald der Anwalt vor Ort eingetroffen ist, muss er sich bei dem Verantwortlichen seines Klienten sowie bei den anwesenden Vertretern der Wettbewerbsbehörde melden und von ihnen Informationen über den aktuellen Stand der Durchsuchung einholen.

b) Prüfung der überreichten amtlichen Dokumente

Konnte der *Durchsuchungsbefehl* dem Anwalt nicht bereits vor seiner Ankunft zugestellt werden, muss er diesen zunächst studieren. Er muss vor allem Gegenstand und Umfang der Durchsuchung erfassen.²⁹ Der Grund für die Hausdurchsuchung muss klar aus dem *Durchsuchungsbefehl* hervorgehen und dieser muss die zu durchsuchenden Räumlichkeiten und die zu suchenden Beweismittel nennen.³⁰ So kann der Anwalt in der Folge verifizieren, dass nur solche Dokumente beschlagnahmt werden, die zur Klärung der vermuteten Kartellrechtsverletzung notwendig sind.

Um genaue Kenntnis des Vorgehens der Weko zu erhalten, muss der Anwalt zudem die *anderen Dokumente* kennen, die dem Unternehmen gleichzeitig mit dem *Durchsuchungsbefehl* ausgehändigt wurden (insbesondere die Mitteilung der Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung und die Unterlagen zur Bonusregelung).³¹

c) Massnahmen während laufender Hausdurchsuchung

Jedermann, auch eine juristische Person, hat das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV³² verankerte Recht auf Schutz seiner Privatsphäre, insbesondere das Recht auf Achtung der Wohnung und der Korrespondenz.³³ Die Durchführung einer Hausdurchsuchung und die Beschlagnahme von Beweisgegenständen stellen schwere Eingriffe in die verfassungsmässigen Rechte eines Unternehmens und seiner Mitarbeiter dar.³⁴ Somit

kann das Sekretariat der Weko eine Hausdurchsuchung nur unter *folgenden vier Voraussetzungen* durchführen:

- Ein *hinreichender Tatverdacht* muss vorliegen,³⁵ wobei an die Bestimmtheit der Verdachtsgründe keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.³⁶ Eine so genannte Fishing Expedition, bei der ohne Tatverdacht Unterlagen sichergestellt werden, ist dagegen unzulässig.³⁷
- Es muss wahrscheinlich sein, dass in den zu untersuchenden Räumlichkeiten *Beweismittel* aufgefunden werden (Art. 48 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VStrR).³⁸
- Die Hausdurchsuchung muss dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* entsprechen, d.h. sie muss unter anderem für das betroffene Unternehmen so schonend wie möglich sein.³⁹
- Der *Hausdurchsuchungsbefehl* muss korrekt ausgestellt werden. Das betroffene Unternehmen und die Räumlichkeiten, die Gegenstand der Durchsuchungsmassnahmen sein sollen, müssen aus dem *Durchsuchungsbefehl* ersichtlich sein.

Die Behördenvertreter können nicht nur Räumlichkeiten, sondern auch alle darin befindlichen Behältnisse wie Fahrzeuge, Pulte, Tresore, Aktenschränke, Archive sowie Informatiksysteme und mobile Kommunikationsmittel durchsuchen.⁴⁰ Damit Dokumente untersucht werden können, müssen sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in Zusammenhang mit dem Gegenstand des eröffneten Verfahrens stehen. Der Mitarbeiter, dem die Dokumente gehören, hat das Recht, sich vor deren Durchsuchung zum Inhalt zu äussern (Art. 50 Abs. 3 VStrR). Er darf durch einen Anwalt begleitet und beraten werden.

Bei der Durchsuchung muss der Anwalt folgenden Punkten Rechnung tragen:

- Die Wettbewerbsbehörde muss den *Durchsuchungsbefehl* respektieren. Nur das betroffene Unternehmen und die genannten Räumlichkeiten dürfen durchsucht werden, wobei der *Durchsuchungsbefehl* grundsätzlich weit gefasst ist und die Räumlichkeiten und Fahrzeuge des betroffenen Unternehmens sowie deren konzernmässig verbundener und affilierter Gesellschaften einschliesst.
- Der Anwalt muss darauf achten, dass die *Frage der Kooperation mit der Behörde* so rasch wie möglich im Rahmen der laufenden Hausdurchsuchung und im weiteren Verfahren geklärt wird. In der Praxis hat das Unternehmen im Wesentlichen die *drei folgenden Möglichkeiten*:

28 SEKRETARIAT DER WEKO, (Fn. 7), Ziff. 1.

29 BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN, (Fn. 16), Rz. 15.

30 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1225; BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN, (Fn. 16), Rz. 48.

31 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1226.

32 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999; SR 101.

33 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1222 m.w.H.; vgl. auch FRANZ BÖNI, Rechtliche Rahmenbedingungen für Dawn Raids gemäss dem europäischen und schweizerischen Kartellrecht, in: Jusletter, 15. Mai 2006, Rz. 6.

34 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1222.

35 SOMMER/RAEMY, (Fn. 15), S. 760; SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1223 m.w.H.

36 Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 3.10.2005 (BV.2005.17), E. 2 und 3.2. m.w.H. Gemäss SIMON BANGERTER/CHRISTOPH TAGMANN, Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 165 ff., S. 171, genügen Anhaltspunkte i.S.v. Art. 27 KG. Vgl. auch SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1223 m.w.H.

37 CHRISTOPHER LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter 27.9.2004, Rz. 5.

38 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1224 m.Nw.

39 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1224 m.Nw.

40 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1228.

- Die *Duldung* der Hausdurchsuchung.⁴¹ Die Duldungspflicht betrifft vornehmlich die Pflicht, den Zugang zu den Räumlichkeiten und den elektronischen Daten zu gewähren.⁴² Obstruktion bei einer Hausdurchsuchung bildet einen erschwerenden Umstand bei der Sanktionsbemessung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c SVKG. Die Weko hat neulich die Busse für zwei Unternehmen erhöht, beim einen wegen des Versuchs, Dokumente verschwinden zu lassen, beim anderen wegen Vernichtung von Dokumenten zu einem Zeitpunkt, als es bereits von der Eröffnung eines Verfahrens über ein Kartell wusste, an dem es selbst teilnahm.⁴³
- Eine *einfache Zusammenarbeit*. Eine gewisse Kooperation erlaubt eine rasche und effiziente Abwicklung der Hausdurchsuchung und verhindert schwerwiegende und unnötige Betriebsstörungen.⁴⁴ Die Zusammenarbeit kann darin bestehen, dass der Untersuchungsbehörde Informationen über Dokumente, Örtlichkeiten oder die Organisation der elektronischen Datenträger geliefert werden.⁴⁵
- Eine *qualifizierte Kooperation*. Das Unternehmen beantragt, von der Bonusregelung gemäss Art. 8 und 12 SVKG profitieren zu können. Eine solche Entscheidung verpflichtet das Unternehmen zu einer bedingungslosen Mitarbeit: Es muss danach den Behörden unaufgefordert alle bekannten Beweismittel offen legen und sie bei der Suche nach zusätzlichen Beweismitteln unterstützen (Art. 8 Abs. 2 Bst. c und Art. 12 SVKG). Aus der jüngsten Rechtsprechung geht hervor, dass selbst im Falle einer bereits eröffneten Untersuchung, die aufgrund einer Anzeige eines Dritten eingeleitet wird und eine Durchsuchung zur Folge hat, das erste mit den Behörden kooperierende Unternehmen von einem vollständigen Sanktionserlass profitieren kann.⁴⁶ Ein vollständiger Erlass ist allerdings nur möglich, wenn das Unternehmen die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 SVKG erfüllt (z.B. keine Druckausübung auf andere Unternehmen, keine anstiftende oder führende Rolle). Der vollständige Erlass der Sanktion kann nur demjenigen Unternehmen, das zuerst meldet und die Voraussetzungen erfüllt, gewährt werden.⁴⁷ Ein Zweitansprecher, der die Voraussetzungen ebenfalls erfüllt, hat die Möglichkeit einer Sanktionsreduktion (Art. 12–14 SVKG). Im Falle einer Verurteilung beträgt die Reduktion höchstens 50% des Sanktionsbetrages (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Die Rangfolge der nachfolgenden Unternehmen kann ebenfalls für die

Höhe der Reduktion eine Rolle spielen. Aus diesem Grund muss der Anwalt seinen Klienten dazu bringen, so rasch wie möglich eine Entscheidung bezüglich Kooperation zu treffen.⁴⁸ Falls sich das Unternehmen für eine qualifizierte Kooperation entscheidet, muss diese Bereitschaft umgehend dem Sekretariat der Weko mitgeteilt werden, damit die Eingangszeit garantiert ist, zu welcher das Unternehmen den Antrag um eine Sanktionsreduktion gestellt hat.

- Theoretisch gäbe es auch die Möglichkeit, gegen den Durchsuchungsbefehl *Beschwerde* beim Bundesverwaltungsgericht einzureichen mit der Begründung, dass die für die Hausdurchsuchung notwendigen Voraussetzungen nicht vorliegen. Eine solche Massnahme ist aber höchstwahrscheinlich chancenlos, da die Wettbewerbsbehörde einer allfälligen Beschwerde grundsätzlich die aufschiebende Wirkung, gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG⁴⁹, entzieht.⁵⁰ Darüber hinaus dürfte das Bundesverwaltungsgericht nach abgeschlossener Durchsuchung generell auf eine solche Beschwerde mangels aktuellem Rechtsschutzinteresse nicht eintreten.⁵¹ Wenn der Anwalt und sein Klient der Meinung sind, eine Hausdurchsuchung sei ungerechtfertigt, empfiehlt sich somit vielmehr, *Einsprache* für alle erfassten Dokumente zu erheben: Gemäss konstanter Praxis der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts entscheidet diese bei Entsiegelungsgesuchen in einem ersten Schritt, ob die Durchsuchung im Grundsatz zulässig ist und, bejahendenfalls, erst in einem zweiten Schritt, ob die Voraussetzungen für eine Entsiegelung erfüllt sind.⁵²
- Wenn das Unternehmen die Bonusregelung nicht beanspruchen will, muss der Anwalt zusehen, dass das *Recht zu schweigen* respektiert wird und dass die Wettbewerbsbehörde keinen Zwang zur Selbstbelastung ausübt (Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 EMRK).⁵³ Diese Rechte gelten auch für juristische Personen.⁵⁴ Besondere Vorsicht ist geboten gegenüber Fragen, die den Mitarbeitern durch die Behördenvertreter gestellt werden. Fragen zum Inhalt der durchsuchten Dokumente sind grundsätzlich zulässig; es muss aber vermieden werden, dass die Behörden regelrechte Befragungen durchführen und zusätzliche Informationen oder Erklärungen verlangen, die sich auf wichtige Aspekte der Unternehmenssituation aus kartellrechtlicher Sicht beziehen. Der Anwalt muss seinen Klienten darauf aufmerksam machen,

41 PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 7/2004, S. 553 ff., S. 558.

42 BANGERTER/TAGMANN, (Fn. 36), S. 174 m.w.H.

43 WEKO, Verfügung vom 6. 7. 2009, Rz. 135 ff., *Elektroinstallationsfirmen Bern*.

44 LANG, (Fn. 37), Rz. 35; BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN, (Fn. 16), Rz. 24.

45 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1226.

46 WEKO, Verfügung vom 6. 7. 2009, Rz. 152 ff., insbes. 163 und 169, *Elektroinstallationsfirmen Bern*.

47 Vgl. jedoch zum Nachrückungsrecht CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter 10. 8. 2009, Rz. 12 ff.

48 Zur Problematik der präventiven Inanspruchnahme der Bonusregelung TAGMANN/ZIRLICK, (Fn. 47), Rz. 40 ff.

49 Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren; SR 172.021.

50 BANGERTER/TAGMANN, (Fn. 36), S. 175.

51 Vgl. dazu Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 5.1.2005 (BK_B 111/04), E. 1.3. Vgl. auch BANGERTER/TAGMANN, (Fn. 36), Fn. 28.

52 Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 22.4.2005 (BK_B 207/04), E. 2; vgl. auch SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1234.

53 SOMMER/RAEMY, (Fn. 15), S. 763; SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1226.

54 ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Diss. Zürich 2002, S. 192.

dass er das Recht hat, die Herausgabe jeglicher belastender Informationen zu verweigern und seine Mitarbeiter entsprechend anzuweisen.⁵⁵

d) Massnahmen betreffend die beschlagnahmten Dokumente

Für die Beschlagnahmung eines Dokuments müssen nicht nur die vier obgenannten Voraussetzungen für die Durchsichtung erfüllt sein; die beschlagnahmten Dokumente müssen zusätzlich eine potenzielle Beweiseignung aufweisen (Art. 50 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 42 Abs. 2 KG).⁵⁶ Gemäss Rechtsprechung genügt die Möglichkeit, dass Gegenstände unmittelbar oder mittelbar für die Tat oder ihre Umstände Beweis erbringen können.⁵⁷ Grundsätzlich können folgende Dokumentenarten beschlagnahmt werden:

- *Dokumente in Papierform.* Das Sekretariat der Weko beschlagnahmt grundsätzlich Originaldokumente.⁵⁸ Immerhin wird die Anfertigung von Kopien grundsätzlich erlaubt, soweit der Ablauf der Hausdurchsichtung dadurch nicht behindert wird; dies ist vielfach für die Fortführung der Unternehmenstätigkeit unumgänglich. Es ist deshalb darauf zu achten, dass die notwendigen Kopierkapazitäten (Geräte und Personal) zur Verfügung stehen. Zudem muss der Anwalt dafür sorgen, dass möglichst früh eine Einigung mit der Wettbewerbsbehörde darüber getroffen wird, wann und wie die zu beschlagnahmenden Dokumente kopiert werden können.
- *Elektronische Daten.* Die Erfahrung zeigt, dass das Sekretariat der Weko in aller Regel mit Informatikspezialisten zusammen arbeitet, welche die elektronischen Daten kopieren oder ganze Datenträger spiegeln, wodurch auch gelöschte Daten wieder lesbar gemacht werden können.⁵⁹ Wenn dies nicht möglich ist (z.B. wegen Passwörtern, die nicht herausgegeben werden oder nicht verfügbar sind), können die Wettbewerbsbehörden die Datenträger physisch beschlagnahmen, was unweigerlich zu erheblichen Betriebsstörungen führt.⁶⁰ Deshalb muss der Anwalt das Unternehmen auf die Wichtigkeit hinweisen, so schnell wie möglich einen Informatikspezialisten beizuziehen. Durch eine Spiegelung elektronischer Daten können auch Dokumente, die in keinem Zusammenhang mit der Untersuchung stehen, in die Hände der Behörden gelangen. Der Anwalt, der sich auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit beruft, muss darauf bestehen, dass Kopien

nur von für das Verfahren erheblichen Daten gemacht werden. Im umgekehrten Fall kann er verlangen, dass beschlagnahmte Daten bzw. Datenträger versiegelt werden.

Der externe Anwalt muss sich vergewissern, dass die beschlagnahmten Dokumente die obgenannten Kriterien erfüllen, insbesondere dass sie tatsächlich den im Durchsichtungsbefehl beschriebenen Verstoss betreffen. Er muss dafür sorgen, dass er alle beschlagnahmten Dokumente einsehen kann, insbesondere jene, die bereits vor seinem Eintreffen beschlagnahmt worden sind. In der Praxis wird das während der Abwesenheit des Anwalts gefundene Beweismaterial gesammelt, und dem Anwalt wird nach seinem Eintreffen Gelegenheit gegeben, dieses Material zu sichten.⁶¹

Wenn der Anwalt der Meinung ist, dass nicht alle Dokumente beschlagnahmt werden dürfen, muss er Einsprache erheben (Art. 50 Abs. 3 VStrR). Die Einsprache ist wenn möglich sofort, spätestens aber bei der Unterzeichnung des Beschlagnahmeprotokolls anzubringen.⁶² Sie führt dazu, dass die betreffenden Dokumente versiegelt und verwahrt werden, bis die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, auf Antrag der Wettbewerbsbehörde, über deren Entsiegelung entschieden hat.⁶³

3. Abschlussmassnahmen

Wenn die Hausdurchsichtung beendet ist, muss sich der Anwalt über Folgendes vergewissern, bevor die Vertreter der Wettbewerbsbehörde die durchsuchten Räume verlassen:

- Wurde *Einsprache* gemäss Art. 50 Abs. 3 VStrR für alle notwendigen Dokumente erhoben? Auf verspätet eingereichte Einsprachen wird nicht eingetreten.⁶⁴
- Wurden die beschlagnahmten Dokumente richtig *assortiert*? Wurden die Dokumente, deren Beschlagnahme nicht in Frage gestellt wird, und jene, für die Einsprache erhoben wurde, getrennt? Letztere Dokumente müssen sich vor dem Transport in versiegelten Behältern befinden.⁶⁵
- Wurden *Kopien* aller beschlagnahmten Dokumente, einschliesslich der elektronischen Daten, durch das Unternehmen angefertigt?
- Das *Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll* muss aufmerksam gelesen und auf folgende Punkte geprüft werden, bevor es unterzeichnet wird:
 - Der Anwalt muss die Feststellung zu Protokoll verlangen, dass die beschlagnahmten Dokumente *Geschäftsgeheimnisse* enthalten.
 - Darüber hinaus muss er darauf achten, dass die Gesamtheit der beschlagnahmten Dokumente mit Angabe, ob Einsprache erhoben wurde, in eindeutiger Weise *identifizierbar* sind.

55 SOMMER/RAEMY, (Fn. 15), S. 763; SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1226. Die Wettbewerbsbehörde hat eine entsprechende Pflicht; ein Verstoss gegen dieses Prinzip kann zu einem Beweisverwertungsverbot führen (SOMMER/RAEMY, [Fn. 15], S. 764 f. m.w.H.).

56 SOMMER/BRUNNSCHWEILER, (Fn. 18), Rz. 8.

57 Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 5. 1. 2005 (BK_B 111/04), E. 2.5.

58 SOMMER/BRUNNSCHWEILER, (Fn. 18), Rz. 16; so implizit SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1232.

59 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1229.

60 ROLAND MATHYS/BLAISE CARRON, Kartellrechtliche Hausdurchsichtigungen – Erste Erfahrungen und Lehren, WP Flash 1/09, S. 4, abrufbar unter: <http://www.wenger-plattner.ch/files/downloads/files/45bf31d312556b364b754a00d069ed31/Flash%2010920Wettbewerbs-%20und%20Kartellrecht.pdf>.

61 SEKRETARIAT DER WEKO, (Fn. 7), Ziff. 2; SOMMER/BRUNNSCHWEILER, (Fn. 18), Rz. 6.

62 SOMMER/RAEMY, (Fn. 15), S. 763 m.w.H.; BANGERTER/TAGMANN, (Fn. 36), S. 174 f.

63 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1231.

64 BGE 114 Ib 357, E. 4; SOMMER/RAEMY, (Fn. 15), S. 763.

65 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1234 m.w.H.

- Danach muss er kontrollieren, dass das Protokoll getreu den *Verlauf der Durchsuchung* wiedergibt, indem er dessen Inhalt mit den Notizen abgleicht, die durch die Mitarbeitenden des Unternehmens und durch ihn selbst während der Hausdurchsuchung gemacht wurden.
- Im Falle einer Uneinigkeit muss der Anwalt eine *Berichtigung des Protokolls* verlangen oder wenigstens darauf bestehen, dass der Gesichtspunkt seines Klienten ebenfalls berücksichtigt wird. Gelingt keine Einigung, muss er die Möglichkeit in Erwägung ziehen, eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht einzureichen, da das Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll eine Entscheidung i.S.v. Art. 5 VwVG darstellt.⁶⁶
- Schliesslich muss er eine *Kopie des Protokolls* gemäss Art. 47 Abs. 1 bzw. Art. 49 Abs. 4 VStrR⁶⁷ sowie aller anderen offiziellen Dokumente verlangen, die im Laufe der Hausdurchsuchung verfasst wurden.
- Der Anwalt und das Unternehmen müssen über die *Kontaktinformationen* der Behördenmitglieder wie auch der Amtsperson verfügen, um sich falls nötig an diese Personen wenden zu können.

IV. Nach einer Hausdurchsuchung

Nach einer Hausdurchsuchung muss der Anwalt seinem Klienten empfehlen, folgende *Massnahmen* zu ergreifen:

- Umgehend nach der Hausdurchsuchung muss mit den Personen, die daran teilgenommen haben, eine *Einsatzschlussbesprechung (Debriefing)* organisiert werden. Anlässlich dieser Sitzung müssen alle Informationen, die während der Hausdurchsuchung gesammelt wurden, zusammengetragen werden. Zu diesem Zweck müssen das Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll und die Protokolle, die von den Mitarbeitenden des Unternehmens angefertigt wurden, noch einmal geprüft und mit den Erinnerungen der Beteiligten vervollständigt werden.
- Soweit gewisse Angestellte des untersuchten Unternehmens besonders involviert scheinen, müssen *Befragungen* mit ihnen vereinbart werden, um den Inhalt und die Tragweite ihrer Machenschaften abschätzen zu können.
- Aufgrund der gesammelten Informationen und dem Inhalt der beschlagnahmten Dokumente muss der Anwalt mit seinem Klienten eine *Lagebesprechung* durchführen und *prima facie* ermitteln, ob das Unternehmen möglicherweise eine

Kartellrechtsverletzung begangen hat. Danach muss er die eingegangenen Risiken bestimmen.

- Der Anwalt muss die Gesellschaftsorgane fristgerecht zuziehen, um die *Kooperationsfrage* für das weitere Verfahren klarzustellen, falls das nicht schon während der Hausdurchsuchung gemacht wurde. Insbesondere geht es darum zu bestimmen, ob ein Antrag für die Bonusregelung gestellt werden muss. Denn je eher dies geschieht, desto grösser sind die Chancen einer Bussenreduktion.
- Wenn das durch die Wettbewerbsbehörde beanstandete Verhalten eine *internationale Tragweite* hat, muss der Anwalt beachten, dass das Unternehmen umgehend die nötigen Schritte gegenüber anderen Behörden einleitet, um dort ebenfalls von Bonusprogrammen profitieren zu können. Solche existieren in fast allen modernen Kartellrechtssystemen, und die ersten Unternehmen, die sich melden, werden grundsätzlich immer bevorzugt.
- Bei verdächtigem Verhalten muss der Anwalt dem Unternehmen vorschlagen, ein *Compliance Programm* zu schaffen, um zu verhindern, dass das Unternehmen neuerlich verurteilt wird. Denn ein wiederholter Verstoss gegen das Kartellgesetz stellt einen erschwerenden Umstand nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG dar, der eine Erhöhung der Sanktion rechtfertigt. In der europäischen Praxis erreicht die Erhöhung der Busse in solchen Situationen regelmässig 50%.⁶⁸ Darüber hinaus könnte ein wirksames Compliance Programm, sofern es sich nicht um einen Wiederholungsfall handelt, die Wettbewerbsbehörde dazu veranlassen, die auferlegte Busse zu reduzieren. Hierzu besteht in der Schweiz allerdings noch keine Praxis.

V. Fazit

Dawn Raids durch die Weko gewinnen zunehmend an Bedeutung und Verbreitung. Für die davon betroffenen Unternehmen gehen sie nicht nur mit dem Risiko einer Sanktionierung für kartellrechtswidriges Verhalten einher, sondern können auch die betrieblichen *Geschäftsabläufe stören oder gar lahm legen*.

Unternehmen und deren (interne und externe) Anwälte müssen sich für diese Situation *wappnen* und die erforderlichen Massnahmen vor, während und nach einer Hausdurchsuchung treffen. Das in diesem Beitrag dargelegte Spektrum reicht hierbei von präventiven Compliance Programmen über das richtige Verhalten während eines Dawn Raids bis hin zur Inanspruchnahme der Bonusregelung. ■

66 Entscheidung der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 4. 5. 2005 (BV 2005.15), E. 5.

67 SCHALLER/BANGERTER, (Fn. 8), S. 1234.

68 Medienmitteilung der EU-Kommission vom 21.2.2007, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP107/209&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>.