



Merkblatt des Sekretariats der WEKO

Ausgewählte Ermittlungsinstrumente

vom 06. Januar 2016

A. Zweck

1. Dieses Merkblatt erläutert die Vorgehensweise des Sekretariates bei seinen Ermittlungen, namentlich bei der Durchführung von Untersuchungsmassnahmen gemäss Art. 42 KG, das heisst, bei der Durchführung von Hausdurchsuchungen und Beweismittelbeschlagnahmen (Art. 42 Abs. 2 KG) sowie von Einvernahmen (Art. 42 Abs. 1 KG). Zudem wird auf die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG eingegangen.

B. Hausdurchsuchungen

1. Gesetzliche Grundlagen

2. Gemäss Art. 42 Abs. 2 KG können die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Art. 45–50 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) sinngemäss anwendbar.

3. Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen werden gemäss Art. 42 Abs. 2 KG auf Grund eines Antrages des Sekretariates von einem Mitglied des Präsidiums angeordnet (= *Hausdurchsuchungsbefehl*).

2. Die Durchführung vor Ort

a. Beginn der Hausdurchsuchung

4. Das Gesetz sieht vor, dass sich zu Beginn der Durchsuchung der „untersuchende Beamte“ gegenüber dem „Inhaber der Räume“ auszuweisen und ihn über den Grund der Durchsuchung zu unterrichten hat (Art. 49 Abs. 1 und 2 VStrR).

- Der „untersuchende Beamte“ ist diejenige Person, welche das Durchsuchungsteam des Sekretariates leitet (= *Teamchefin oder Teamchef*).
- Der „Inhaber der Räume“ ist bei juristischen Personen die Geschäftsführerin oder der Geschäftsführer (CEO) bzw. diejenige anwesende Person, die im Unternehmen die hierarchisch höchste Funktion innehat. Diese Person ist die primäre Ansprechpartnerin für das Sekretariat (= *Unternehmensverantwortliche oder Unternehmensverantwortlicher*).

5. In der Praxis des Sekretariates übergibt und erläutert die Teamchefin oder der Teamchef gegenüber dem oder der Unternehmensverantwortlichen folgende Dokumente:

- *Ein Doppel des Durchsuchungsbefehls* (Art. 49 Abs. 4 VStrR). Der Durchsuchungsbefehl nennt die Beweismittel, die zu suchen und beschlagnahmen sind.

- *Die Mitteilung der Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG.* In der Regel erfolgt die Übergabe des Eröffnungsschreibens zeitgleich mit der Durchführung der Hausdurchsuchung. Diesem Dokument lässt sich namentlich der Grund für die Hausdurchsuchung entnehmen.
- *Die Rechtmittelbelehrung* mit allen einschlägigen materiellen und verfahrensrechtlichen Gesetzesbestimmungen. Die Teamchefin oder der Teamchef weist dabei explizit auf die Einsprachemöglichkeit gemäss Art. 50 Abs. 3 VStrR hin.
- *Merkblatt und Formular des Sekretariates zur Bonusregelung.* Gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörden ist es auch anlässlich von Hausdurchsuchungen möglich, die Bonusregelung in Anspruch zu nehmen (vgl. Rz 30 des Merkblatts Bonusregelung).

6. Die Übergabe der Dokumente ist auf der ersten Seite des Durchsuchungs- und Beschlagnahmungsprotokolls zu quittieren.

7. Das Durchsuchungsteam hat gemäss Art. 49 Abs. 2 VStrR eine durch das kantonale Recht bestimmte „*Amtsperson*“ zur Durchsuchung beizuziehen. Dies ist in der Regel eine Vertreterin oder ein Vertreter einer lokalen Behörde (z.B. des Statthalter- oder Betriebsamtes). Aufgabe dieser Amtsperson ist es, darüber zu wachen, dass sich die Massnahme nicht von ihrem Zweck entfernt. Die Amtsperson wird dem oder der Unternehmensverantwortlichen vorgestellt verbunden mit Frage, ob die Anwesenheit der Amtsperson erwünscht ist oder darauf verzichtet wird. Ein sofortiger Verzicht wird auf der ersten Seite des Durchsuchungs- und Beschlagnahmungsprotokolls festgehalten. Ein Verzicht auf die Anwesenheit der Amtsperson ist aber auch später jederzeit möglich.

b. Keine Wartezeit auf die Anwältin oder den Anwalt

8. Das von einer Hausdurchsuchung betroffene Unternehmen hat das Recht, eine Anwältin oder einen Anwalt beizuziehen.

9. Ist keine Anwältin oder kein Anwalt vor Ort, so wird das Durchsuchungsteam deren oder dessen Ankunft nicht abwarten, um mit der Durchsuchung von Büroräumen oder der Sicherstellung von Dokumenten und elektronischen Dateien zu beginnen. Die während der Abwesenheit der Anwältin oder des Anwaltes gefundenen Beweismittel werden gesammelt und zur Seite gelegt, so dass sie die Anwältin oder der Anwalt nach dem Eintreffen vor Ort einsehen, sich zu deren Inhalt aussprechen und allenfalls eine Siegelung verlangen kann.

c. Durchsuchung

10. Das Durchsuchungsteam hat gestützt auf Art. 48 Abs. 1 VStrR das Recht, alle Arten von Räumlichkeiten zu durchsuchen, sowohl Geschäftsräume als auch private Wohnungen, sowohl bei einem Untersuchungsadressaten als auch bei Dritten. Es können auch alle sich in diesen Räumlichkeiten befindlichen Behältnisse durchsucht werden (z.B. Schränke, Pulte, Tresore). Das Durchsuchungsteam ist weiter befugt, auch offene Örtlichkeiten (z.B. Gärten, Parkplätze) und Fahrzeuge zu durchsuchen.

11. Weiter verfügt das Durchsuchungsteam über die Kompetenz zur *Papierdurchsuchung* gemäss Art. 50 Abs. 3 VStrR. Die Papierdurchsuchung umfasst alle Arten von Aufzeichnungen, gleichgültig ob sie auf Papier oder einem anderen Datenträger festgehalten sind und unabhängig davon, ob es Schriftstücke oder andere Aufzeichnungen wie Fotos, Videos oder Tonaufnahmen sind.

12. Im Bereich der elektronischen Daten erstreckt sich die Durchsuchungsberechtigung auf alle Daten, auf die von innerhalb der durchsuchten Räumlichkeiten zugegriffen werden kann (*Zugriffsprinzip*).

13. Während der gesamten Durchsuchung beachtet das Sekretariat das *Verhältnismässigkeitsprinzip* und versucht, den Eingriff in die Geschäftstätigkeit des Unternehmens nach Möglichkeit gering zu halten und berechtigte Anliegen des Unternehmens zu berücksichtigen.

14. Können bestimmte Räumlichkeiten nicht sofort durchsucht werden, so werden sie zur Sicherstellung der darin befindlichen potenziellen Beweismittel versiegelt. Dies geschieht in der Praxis dadurch, dass das Sekretariat die Tür mit Siegelband verschliesst, so dass die Tür nicht ohne Beschädigung des Siegels geöffnet werden kann. Um einen irrtümlichen Siegelbruch zu verhindern, wird ein gut sichtbares Stoppsignal auf die Tür angebracht.

15. Das Entfernen, Aufbrechen oder Unwirksammachen des Siegels (= *Siegelbruch*) wird gemäss Art. 290 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

d. Rechte und Pflichten der Betroffenen

16. Gemäss Art. 49 Abs. 2 VStrR ist der „Inhaber der Räume“ zur Durchsuchung beizuziehen, er verfügt somit über ein *Teilnahmerecht*. Diese Teilnahme stellt allerdings kein Gültigkeitserfordernis für die Durchsuchung dar. Es besteht auch keine Pflicht, an der Durchsuchung teilzunehmen. In der Praxis zieht das Sekretariat sowohl die Unternehmensverantwortliche bzw. den Unternehmensverantwortlichen als auch diejenige Person bei, deren Arbeitsplatz gerade durchsucht wird.

17. Werden Papiere oder andere Aufzeichnungen durchsucht, so hat der „Inhaber der Papiere“ gemäss Art. 50 Abs. 3 VStrR das Recht, sich vor der Durchsuchung zu deren Inhalt auszusprechen (*Äusserungsrecht*). Eine Pflicht dazu besteht hingegen nicht. Das Äusserungsrecht ermöglicht es der betroffenen Person darauf hinzuweisen, ob ein Papier beispielsweise privater Natur ist (Art. 50 Abs. 1 VStrR) oder ob sogar ein Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbot (Art. 50 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 3 VStrR) besteht (vgl. hierzu unten Rz 21 ff.). In der Praxis räumt das Sekretariat das Äusserungsrecht sowohl dem oder der Unternehmensverantwortlichen als auch denjenigen Mitarbeitenden ein, deren Papiere gerade durchsucht werden.

18. Die Betroffenen haben eine *Duldungspflicht*, das heisst, sie müssen die Durchsuchung passiv über sich ergehen lassen und dürfen diese nicht behindern oder vereiteln. Zur Duldungspflicht gehört, dass der Zugang zu den zu durchsuchenden Räumen, Behältnissen und Computersystemen gewährt wird, indem z.B. Türen oder Tresore geöffnet und Passwörter bekannt gegeben werden.

19. Verletzungen der Duldungspflicht können den strafrechtlichen Tatbestand *der Hinderung einer Amtshandlung* (Art. 286 StGB) erfüllen. Wer eine Amtshandlung erschwert, verzögert oder behindert, wird mit einer Geldstrafe von bis zu 30 Tagessätzen bestraft. Eine Hinderung einer Amtshandlung liegt etwa vor, wenn das Durchsuchungsteam nicht in die zu durchsuchenden Räumlichkeiten eingelassen wird oder wenn Beweismittel zerstört, gelöscht oder beiseite geschaffen werden. Das Sekretariat behält sich vor, bei derartigen Handlungen eine Strafanzeige einzureichen. Verletzungen der Duldungspflicht können zudem im Rahmen der kartellrechtlichen Sanktionsbemessung als erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c SVKG berücksichtigt werden.

20. Die Betroffenen haben *keine Kooperationspflicht*. Sie sind nicht verpflichtet, sich aktiv an der Durchsuchung zu beteiligen. Sachdienliche Hinweise z.B. zu Örtlichkeiten, Ablä-

ge- oder Computersystem können dazu führen, dass die Hausdurchsuchung und die Störung des Geschäftsbetriebs eingeschränkt werden kann. Eine Pflicht zur uneingeschränkten Kooperation entsteht hingegen dann, wenn sich das Unternehmen entschliesst, die Bonusregelung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG in Anspruch zu nehmen, um einen Sanktionserlass oder eine Sanktionsreduktion zu erreichen (Art. 8 Abs. 1 lit. c SVKG).

e. Anwaltskorrespondenz

21. Gemäss Art. 50 Abs. 2 VStrR sind bei der Durchsuchung „das Amtsgeheimnis sowie Geheimnisse, die Geistlichen, Rechtsanwälten, Notaren, Ärzten, Apothekern, Hebammen und ihren beruflichen Gehilfen in ihrem Amte oder Beruf anvertraut wurden, zu wahren“. In der Praxis ist vor allem das *Anwaltsgeheimnis* relevant.

22. Art. 46 Abs. 3 VStrR konkretisiert das Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbot in Zusammenhang mit dem Anwaltsgeheimnis wie folgt: „Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr einer Person mit ihrem Anwalt dürfen nicht beschlagnahmt werden, sofern dieser nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt ist.“ Daraus ergeben sich folgende Voraussetzungen, damit ein Dokument vor Durchsuchung und Beschlagnahme geschützt ist:

- *Anwältin oder Anwalt, die bzw. der nach BGFA zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist:* Aufgrund dieser Bestimmung ist der Verkehr mit der *Unternehmensjuristin und dem Unternehmensjuristen* ohne Anwaltspatent zum vornherein nicht geschützt. Aber auch Unternehmensanwältinnen und -anwälte sind aufgrund von Art. 8 Abs. 1 BGFA vom Schutzzumfang ausgeschlossen. Geschützt ist der Verkehr mit Anwältinnen und Anwälten, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind (Art. 4 BGFA), sowie mit Personen aus den Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA, die in ihrem Herkunftsland berechtigt sind, den Anwaltsberuf auszuüben. Dies bedeutet gleichzeitig, dass der Verkehr mit Anwältinnen oder Anwälten aus anderen als diesen Staaten nicht geschützt ist.
- *Berufsspezifische Tätigkeit:* Geschützt ist nur der Verkehr im Rahmen der anwaltlichen (= berufsspezifischen) Tätigkeit, zu der namentlich die Prozessführung und Rechtsberatung gehören. Das Anwaltsgeheimnis erstreckt sich nicht auf Tatsachen, die im Rahmen einer nicht berufsspezifischen Tätigkeit zur Kenntnis genommen wurden. Nicht berufsspezifisch sind Aktivitäten, bei denen das kaufmännische Element überwiegt, insbesondere solche, welche normalerweise von Banken, Treuhandbüros oder Vermögensverwaltern wahrgenommen werden. Als berufsfremd gelten namentlich Vermögensverwaltung, Verwaltungsratsmandate, Geschäftsführung oder Sekretariat eines Berufsverbandes, Mäkelei, Mediation oder Inkassomandate. Kein Schutz kommt zudem Tatsachen zu, die der Anwalt oder die Anwältin im Rahmen einer privaten, politischen oder sozialen Tätigkeit erfahren hat.
- *Unterlagen im Rahmen des Mandats erstellt:* Zu den Unterlagen gehören nicht nur die Korrespondenz im üblichen Sinne wie Briefe oder E-Mails, sondern auch eigene Aufzeichnungen, rechtliche Abklärungen im Vorfeld eines Verfahrens, Besprechungsnotizen, Strategiepapiere, Vertrags- oder Vergleichsentwürfe. Ausschlaggebend für den Schutz ist, dass die Unterlagen gewissermassen die Materialisierung der Kommunikation darstellen, die innerhalb des geschützten Vertrauensverhältnisses geführt wurde. Nicht geschützt sind hingegen vorbestehende, genuine Beweismittel, die ursprünglich nicht für die Anwältin oder den Anwalt erstellt wurden, selbst dann, wenn sie der Anwältin oder dem Anwalt weitergeleitet wurden (z.B. als Beilage oder Mailanhang).

- *Anwältin oder Anwalt nicht selber beschuldigt*. Ein Schutz kommt ausnahmsweise dann nicht in Frage, wenn der Anwalt oder die Anwältin im gleichen Sachzusammenhang selber beschuldigt ist, das heisst, wenn er bzw. sie selber in eine Verletzung des Kartellgesetzes involviert ist.

23. Die Anwaltskorrespondenz ist geschützt unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Entstehung und *ungeachtet des Ortes*, an dem sie sich befinden, das heisst, sie ist sowohl in der Anwaltskanzlei als auch beim Unternehmen geschützt.

24. Wird der Schutz des Anwaltsgeheimnisses geltend gemacht, so wird eine eigentliche Durchsichtung des Dokumentes ausgeschlossen, nicht aber *eine kurze Sichtung und summarische Prüfung*, um festzustellen, ob der Schutz des Anwaltsgeheimnisses zu Recht geltend gemacht wird.

f. Einsprache und Siegelung

25. Die „Inhaber der Papiere“, das heisst der oder die Unternehmensverantwortliche und die konkret betroffenen Mitarbeitenden, verfügen über ein *Einspracherecht* gegen die Durchsichtung von Papieren und anderen Aufzeichnungen (Art. 50 Abs. 3 VStrR). Wird Einsprache erhoben, so werden die Papiere versiegelt und verwahrt, und es entscheidet die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts über die Zulässigkeit der Durchsichtung. Die Einsprache dient namentlich dazu, Dokumente vor Durchsichtung zu schützen, für die nach Auffassung des „Inhabers der Papiere“ ein Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbot besteht.

26. Die Einsprache ist sofort oder spätestens am Ende der Durchsichtung zu erheben. Dabei kann die Einsprache gezielt bezüglich einzelner Dokumente oder generell gegen die Durchsichtung aller Papiere und Aufzeichnungen erhoben werden. Die Einsprache kann mündlich wie schriftlich erfolgen. In der Praxis des Sekretariates kann die Einsprache durch Ankreuzen eines entsprechenden Feldes im Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll geltend gemacht werden.

g. Beschlagnahme von Papierdokumenten

27. Für die Beschlagnahme genügt die *potenzielle Beweiseignung*, das heisst die Möglichkeit, dass ein Dokument unmittelbar oder mittelbar für die Tat oder ihre Umstände Beweis erbringen kann. Es liegt in der Natur dieser Zwangsmassnahme, dass sich unter den beschlagnahmten Papieren auch solche befinden können, die sich im Nachhinein als für die Untersuchung unerheblich erweisen.

28. Das Sekretariat verfügt über die Kompetenz, die *Originaldokumente* zu beschlagnahmen. In der Praxis verfügt das Sekretariat über Scanner und versucht – sofern zeitlich und technisch möglich – vor Ort von den Dokumenten *Scans* oder allenfalls Fotokopien anzufertigen, so dass oftmals ein grosser Teil der Originale beim Unternehmen belassen werden kann.

29. Die beschlagnahmten Dokumente werden im Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll aufgeführt (vgl. Art. 47 Abs. 2 VStrR). Dem „Inhaber der Papiere“ wird ein Doppel abgegeben (Art. 47 Abs. 1 VStrR). In der Praxis wird von den gescannten Dokumenten eine elektronische Kopie abgegeben.

30. Die Beschlagnahme kann mit Zwang durchgesetzt werden. Ist ein Gegenstand beschlagnahmt, so ist *der Bruch amtlicher Beschlagnahme* gemäss Art. 289 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht.

h. Sicherstellung elektronischer Daten

31. Es entspricht der Praxis des Sekretariates, dass die elektronischen Daten nicht vor Ort durchsucht, sondern lediglich sichergestellt werden. Dies bedeutet, dass der Inhalt der elektronischen Daten erst später in den Räumlichkeiten des Sekretariates unter Verwendung spezieller (forensischer) Software zur Kenntnis genommen wird. Durch die Sicherstellung geht das Anwesenheitsrecht des Inhabers oder Inhaberin der Daten nicht verloren, das heisst, es besteht das Recht, bei der Durchsuchung der Daten in den Räumlichkeiten des Sekretariates anwesend zu sein (vgl. unten Rz 36 ff.).

32. Die Sicherstellung vor Ort kann entweder durch Beschlagnahme des Originaldatenträgers oder durch Herstellung eines Duplikats (Spiegel/Image) oder einer Kopie erfolgen.

33. Es besteht die Möglichkeit, gegen die Durchsuchung der Daten Einsprache gemäss Art. 50 Abs. 3 VStrR zu erheben. In diesem Fall werden die Datenträger versiegelt (vgl. oben Rz 25 f.).

i. Entsiegelung

34. Wurden Papierdokumente oder elektronische Daten versiegelt, so ist die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts für die Entsiegelung zuständig (Art. 50 Abs. 3 VStrR). Das Bundesstrafgericht prüft zunächst die Rechtmässigkeit der Durchsuchung und sondert anschliessend Dokumente aus, die durch ein Berufsgeheimnis geschützt oder offensichtlich privater Natur sind.

35. Das Entsiegelungsverfahren wird durch ein Entsiegelungsbegehren des Sekretariates in Gang gesetzt. Es entspricht der Praxis des Sekretariates, dass es vor der Einreichung des Entsiegelungsbegehrens beim betroffenen Unternehmen nachfragt, ob an der Einsprache festgehalten wird oder ob die Ausscheidung der geschützten Dokumente durch das Sekretariat gemeinsam mit dem Unternehmen erfolgen kann (*informelle Entsiegelung*).

3. Die Datenanalyse beim Sekretariat

a. Grundsätzlicher Ablauf

36. Gemäss Art. 50 Abs. 3 VStR ist dem „Inhaber der Papiere“ Gelegenheit zu geben, sich vor der Durchsuchung über ihren Inhalt auszusprechen. Dies bedeutet, dass dem Unternehmen das Recht zukommt, an der Durchsuchung der elektronischen Daten in den Räumlichkeiten des Sekretariates durch eine eigene Vertretung und/oder eine Anwältin oder einen Anwalt teilzunehmen. Die Teilnahme ist freiwillig, das Unternehmen kann auch darauf verzichten.

37. Zur Ausscheidung von Berufsgeheimnissen hat das Sekretariat zwei alternative Vorgehensweisen entwickelt: Die erste Möglichkeit besteht in einer speziellen *Vortriage* der geschützten Dokumente vor dem Beginn der eigentlichen Durchsuchung der Daten. Die zweite Möglichkeit besteht in einer Ausscheidung der geschützten Dokumente *ad hoc* während der Durchsuchung. In beiden Fällen müssen die Daten jedoch zuvor in technischer Hinsicht vorbereitet werden, damit überhaupt eine Triage oder Durchsuchung durchgeführt werden kann.

38. Am Ende der Durchsuchung – die in der Regel in einer zeitaufwändigen Datenanalyse besteht – wird das Unternehmen darüber informiert, welche elektronischen Dokumente das Sekretariat als potenziell relevant erachtet. Zu diesem Zeitpunkt erhält das Unternehmen in jedem Fall Gelegenheit (das heisst auch wenn es zuvor darauf verzichtet hat, bei der Durchsuchung anwesend zu sein), sich zum Inhalt zu äussern und zum Schutz von

Berufsgeheimnissen Einsprache zu erheben. Gleichzeitig können die Geschäftsgeheimnisse bezeichnet werden, welche nach Auffassung des Unternehmens zu schwärzen sind.

b. Vorbereitung der Daten

39. Bei diesem ersten Schritt werden die vor Ort sichergestellten Daten auf einen Server des Sekretariates kopiert, welcher einzig der forensischen Analyse elektronischer Daten dient und vom restlichen Netzwerk des Sekretariates getrennt ist.

40. Die kopierten Daten (*Arbeitskopie*) werden anschliessend durch eine forensische Software indexiert, das heisst, sie werden durch das eingesetzte Programm automatisch für die spätere Durchsuchung vorbereitet. Die *Indexierung* hat namentlich zur Folge, dass die Daten anschliessend nach Stichworten durchsucht werden können. Sowohl die Erstellung der Arbeitskopie auf dem Server als auch der Indexierungsprozess können durchgeführt werden, ohne dass die Daten inhaltlich zur Kenntnis genommen werden müssen.

41. Die Vorbereitung der Daten wird mit einer *Endkontrolle* abgeschlossen. Diese Endkontrolle soll gewährleisten, dass alle Daten korrekt kopiert und indexiert wurden und alle Dateiformate les- und durchsuchbar sind. Die Endkontrolle bedingt einen kurzen Zugriff auf die Daten, um mit einem beliebigen Suchbegriff zu testen, ob die Stichwortsuche funktioniert.

42. Sowohl die Vorbereitung der Daten als auch die Endkontrolle werden durch IT-Spezialisten oder -Spezialistinnen des Sekretariates durchgeführt, welche nicht mit der kartellrechtlichen Bearbeitung des Falles betraut sind.

c. Variante Vortriage

43. Die Vortriage findet statt, bevor die elektronischen Daten den Fallverantwortlichen (Case Team) zur Durchsuchung übergeben werden. Die Vortriage wird in Anwesenheit einer Vertretung des Unternehmens bzw. des Anwaltes oder Anwältin durch Mitarbeitende des Sekretariates durchgeführt, die nicht Mitglieder des Case Teams sind und verpflichtet sind, allfällige Erkenntnisse aus der Vortriage vertraulich zu behandeln.

44. Die Vortriage bedingt die Mitwirkung des Unternehmens. Dieses hat die Dateien zu bezeichnen, welche durch ein Berufsgeheimnis geschützt sein könnten. Zumindest sollte das Unternehmen in der Lage sein, Stichworte anzugeben, mit deren Hilfe die Dokumente gefunden werden können, welche möglicherweise geheimnisgeschützt sind (z.B. durch Angabe des Namens der Anwältinnen, Anwälte oder Anwaltskanzleien, von denen sich bekanntermassen Korrespondenz im Datensatz befinden).

45. Die Dokumente, für die ein Schutz aufgrund eines Berufsgeheimnisses geltend gemacht wird, werden durch die dafür bezeichneten Mitarbeitenden des Sekretariates gesichert. Sind die Mitarbeitenden des Sekretariates damit einverstanden, dass ein Dokument geschützt ist, so wird dieses aus dem Datensatz gelöscht, wobei das Unternehmen eine Kopie der gelöschten Dokumente erhält. Ist der Schutz eines Dokumentes umstritten, so wird dieses exportiert und auf zwei externen Datenträgern gesichert, welche anschliessend versiegelt werden. Danach wird das Dokument von der Arbeitskopie auf dem Server gelöscht. Will das Sekretariat auf die versiegelten Dokumente zugreifen, so muss es ein Entsiegelungsverfahren beim Bundesstrafgericht durchführen. Einer der beiden versiegelten Datenträger wird dann dem Bundesstrafgericht zugesandt, während der zweite aus Sicherheitsgründen im Besitz des Sekretariates bleibt. Das Unternehmen erhält seinerseits eine unversiegelte Kopie der exportierten umstrittenen Daten.

46. Die Vortriage dient einzig dazu, die Dokumente auszusondern, für die aufgrund eines Amts- oder Berufsgeheimnisses ein Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbot be-

steht. Zudem werden Dokumente ausgesondert, die *offensichtlich* privater Natur sind (z.B. Ferienfotos). Anlässlich der Vortriage wird hingegen nicht über die Relevanz bzw. Irrelevanz von Dokumenten für die Untersuchung diskutiert oder befunden.

47. Die Dauer der Vortriage hängt von der Anzahl und dem Umfang der Dokumente ab, welche gesichtet werden müssen. In der bisherigen Praxis des Sekretariates konnte die Vortriage in rund ein bis zwei Tagen durchgeführt werden.

48. Ist die Vortriage beendet, erhält das Fallteam Zugriff auf den bereinigten Datensatz auf dem Server und kann diesen durchsuchen und analysieren. In der Praxis verzichten Unternehmen nach der Vortriage meistens darauf, bei dieser Analyse anwesend zu sein.

d. Variante ad hoc

49. Die Ausscheidung *ad hoc* ist zeitaufwändiger als die Vortriage und macht dann Sinn, wenn das Unternehmen während der gesamten Datenanalyse anwesend sein möchte. Die Ausscheidung *ad hoc* wird direkt durch das Fallteam durchgeführt.

50. Während der Datenanalyse kann die anwesende Vertretung des Unternehmens bzw. die Anwältin oder der Anwalt direkt reagieren, wenn ein Dokument gefunden wird, welches durch ein Berufsgeheimnis geschützt sein könnte. In diesem Fall werden die Mitarbeitenden des Sekretariates das Dokument grob sichten, so wie dies auch bei einem Papierdokument anlässlich einer Hausdurchsuchung direkt vor Ort stattfinden würde. Besteht Einigkeit darüber, dass das Dokument geschützt ist, so wird dieses Dokument gelöscht. Ist der Schutz des Dokumentes umstritten, so wird es exportiert und auf zwei externen Datenträgern gespeichert, die anschliessend versiegelt werden. Danach wird das Dokument von der Arbeitskopie auf dem Server gelöscht. Will das Sekretariat auf die versiegelten Dokumente zugreifen, so muss es ein Entsiegelungsverfahren beim Bundesstrafgericht durchführen.

51. Die Dauer der Datenanalyse hängt vom Umfang der elektronischen Daten sowie der Komplexität des Falles ab. Sie kann mehrere Wochen dauern. Zuweilen können technische Probleme auftreten, welche den Prozess verlangsamen oder beispielsweise dazu führen, dass ein Durchsuchungstermin kurzfristig abgesagt oder abgebrochen werden muss.

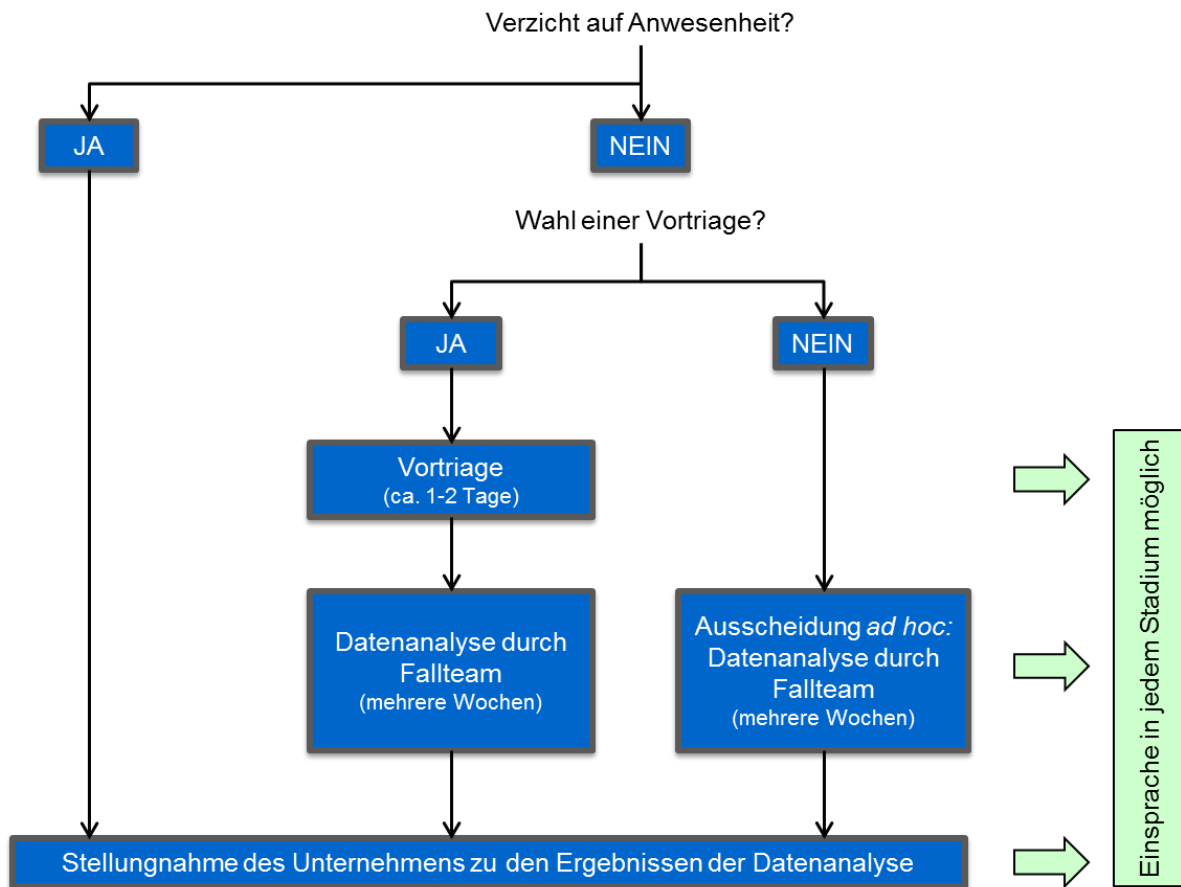
52. Die Planung und Durchführung der Datenanalyse wird einseitig durch das Sekretariat bestimmt, dies betrifft auch die Terminplanung. Das Sekretariat wird dem Unternehmen mit gehörigem Vorlauf mitteilen, an welchen Terminen die Durchsuchung vorgenommen wird. Es obliegt dann dem Unternehmen, die von ihm gewünschte Anwesenheit an den kommunizierten Durchsuchungsterminen sicherzustellen.

e. Ergebnis der Datenanalyse

53. Am Ende der Datenanalyse wird das Unternehmen in jedem Fall – das heisst unabhängig davon, ob eine Vortriage stattgefunden hat oder das Unternehmen bei der Durchsuchung anwesend war oder nicht – vom Sekretariat diejenigen elektronischen Daten zur Stellungnahme erhalten, die das Sekretariat als potenzielle Beweismittel erachtet. Zu diesem Zeitpunkt hat das Unternehmen (nochmals) Gelegenheit, Einsprache zu erheben und geltend zu machen, bestimmte Dokumente seien durch ein Berufsgeheimnis geschützt. Gleichzeitig hat das Unternehmen die Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen, die seiner Auffassung nach zu schwärzen sind.

f. Grafische Übersicht

54. Die nachfolgende Grafik gibt eine Übersicht über die Handlungsmöglichkeiten der Betroffenen:



C. Einvernahmen

1. Generelles

a. Rechtsgrundlagen

55. Gemäss Art. 42 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden sowohl die von einer Untersuchung Betroffenen, das heisst die Parteien (= *Parteieinvernahme*), als auch Dritte als Zeuginnen oder Zeugen einvernehmen (= *Zeugeneinvernahme*).

b. Verfahrensrechtliche Rolle

56. Kartellrechtliche Untersuchungen richten sich gegen Unternehmen, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). In der Praxis sind die meisten Unternehmen als juristische Personen konstituiert. Juristische Personen werden durch ihre *formellen und faktischen Organe* verkörpert. Richtet sich eine Untersuchung gegen eine juristische Person, so sind die formellen und faktischen Organe als Parteien einzuvernehmen. Andere aktuelle oder frühere Mitarbeitenden des Unternehmens werden hingegen als Zeuginnen oder Zeugen einvernommen.

c. Vorladung

57. Die zur Einvernahme bestimmte natürliche Person wird vorgeladen. Der *Vorladung* lassen sich folgende Angaben entnehmen:

- *Verfahrensrechtliche Rolle*: Die Vorladung legt fest, ob es sich um eine Partei- oder Zeugeneinvernahme handelt.
- *Datum und Anfangszeit der Einvernahme*: Es ist darauf hinzuweisen, dass Einvernahmen mehrere Stunden in Anspruch nehmen können.
- *Einvernahmeort*: In der Regel finden Einvernahmen in den Räumlichkeiten des Sekretariates statt. Erfolgen Einvernahmen zeitgleich mit Hausdurchsuchungen, so werden zuweilen andere Einvernahmeorte festgelegt (z.B. nahe gelegener Polizeiposten oder in Absprache mit dem oder der Betroffenen direkt die Räumlichkeiten des durchsuchten Unternehmens).
- *Gegenstand der Einvernahme*: Der Gegenstand der Einvernahme wird summarisch beschrieben. Zudem wird angegeben, im Rahmen welchen Verfahrens die Einvernahme erfolgt.

d. Beizug einer Anwältin oder eines Anwaltes

58. Die einvernommene Person hat das Recht, eine Anwältin oder einen Anwalt beizuziehen. Zu beachten ist dabei, dass die Anwältin oder der Anwalt eines von der Untersuchung betroffenen Unternehmens nicht gleichzeitig auch Anwältin oder Anwalt eines Zeugen (z.B. eines Mitarbeitenden des Unternehmens ohne Organfunktion) sein kann.

e. Zeitspanne zwischen Vorladung und Einvernahme

59. Wird die Einvernahme während oder im Anschluss an eine Hausdurchsuchung durchgeführt, so wird die Vorladung i.d.R. durch den Teamchef bzw. die Teamchefin des Durchsuchungsteams überreicht. Will die betroffene Person einen anwaltlichen Beistand bei der Einvernahme, so sollte – sofern zur Gewährleistung einer wirksamen Verteidigung erforderlich – zwischen der Überreichung der Vorladung und der Einvernahme eine Zeitspanne von 4 Stunden nicht unterschritten werden.

60. Vorladungen für Einvernahmen, die nicht während oder im Anschluss an eine Hausdurchsuchung durchgeführt werden, erfolgen per Einschreiben mit genügendem Vorlauf. Verschiebungen sind nur aus zwingenden und belegten Gründen möglich (z.B. Unfall, Krankheit, Todesfall in der Familie).

f. Durchführung der Einvernahme

61. Bei der Einvernahme wird ein Personalbeweis erhoben, das heisst, Personen geben ihr Wissen und ihre Wahrnehmungen zu rechtserheblichen Tatsachen oder allgemein zum Gegenstand der Untersuchung bekannt. Die Anwältin oder der Anwalt kann daher die einvernommene Person nicht in dem Sinne vertreten, dass sie bzw. er für die einvernommene Person eine Aussage macht. Vielmehr steht die Anwältin oder der Anwalt der einvernommenen Person bei der Wahrung ihrer Interessen zur Seite, z.B. indem geeignete Ergänzungsfragen gestellt werden. Da nicht die Anwältin bzw. der Anwalt befragt wird, sitzen diese – wenn immer aufgrund der räumlichen Verhältnisse möglich – während der Einvernahme nicht neben, sondern hinter der einvernommenen Person.

62. Die einvernommene Person wird zu Beginn der Einvernahme:
- über ihre *Personalien* befragt;
 - über den *Gegenstand* des kartellrechtlichen Verfahrens informiert;
 - über die verfahrensrechtliche *Rolle*, in der sie einvernommen wird, aufgeklärt; und
 - über ihre *Rechte und Pflichten* informiert (z.B. über das Aussageverweigerungsrecht, vgl. Rz. 68).

63. Am Ende der Befragung wird der Anwältin oder dem Anwalt Gelegenheit eingeräumt, Ergänzungsfragen zu stellen.

64. Der einvernommenen Person oder ihrem Anwalt bzw. ihrer Anwältin ist es nicht gestattet, von der Einvernahme Bild- oder Tonaufnahmen anzufertigen.

g. Protokollierung

65. In der Praxis des Sekretariates werden die Aussagen der einvernommenen Person zwar nicht wörtlich protokolliert, das Protokoll soll aber den Inhalt der Aussage möglichst genau wiedergeben. Es werden nicht nur die Antworten, sondern auch die Fragen und allfällige Vorhalte protokolliert. Das Protokoll wird abschnittsweise verlesen, so dass die einvernommene Person angeben kann, wenn sie der Auffassung ist, dass eine Protokollstelle nicht dem Gesagten entspricht. Diese Korrekturen, Anmerkungen oder Präzisierungen werden ins Protokoll aufgenommen. Sofern technisch und räumlich möglich wird das Protokoll beim Verlesen projiziert, damit die einvernommene Person und ihre Anwältin oder ihr Anwalt mitlesen können.

66. Am Ende der Einvernahme erhält die einvernommene Person Gelegenheit, das gesamte Protokoll durchzulesen. Das Protokoll ist auf jeder Seite zu paraphieren und auf der letzten Seite zu unterzeichnen.

67. Die einvernommene Person erhält eine Kopie des Protokolls, wobei die Übergabe dieser Kopie aus verfahrenstaktischen Gründen (namentlich bei Kollusionsgefahr) zeitlich aufgeschoben werden kann.

2. Einvernahme von Parteien

68. Bei Parteieinvernahmen wird die einvernommene Person zu Beginn der Einvernahme ausdrücklich darauf hingewiesen, dass

- sie nicht verpflichtet ist, Aussagen zu machen, sondern das Recht hat, die Aussage ohne Begründung generell oder mit Bezug auf einzelne Fragen zu verweigern (*Aussageverweigerungsrecht bzw. Recht zu Schweigen*);
- getätigte Aussagen protokolliert werden und als Beweismittel verwendet werden können.

69. Bei Parteieinvernahmen wird zudem auf die Möglichkeiten der *Selbstanzeige* und deren Konsequenzen hingewiesen. Sofern eine Partei eine Selbstanzeige abgeben möchte, wird die Einvernahme unterbrochen und als mündliche Selbstanzeige fortgeführt und entsprechend protokolliert (Protokoll der mündlichen Selbstanzeige bzw. wenn bereits eine Selbstanzeige erfolgt ist als Protokoll der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige).

3. Einvernahme von Zeugen

70. Bei Zeugeneinvernahmen wird die einvernommene Person zu Beginn der Einvernahme darauf hingewiesen, dass:

- sie zur Aussage verpflichtet ist (*Zeugnispflicht*);
- sie die Wahrheit auszusagen hat (*Wahrheitspflicht*);
- ein falsches Zeugnis nach Art. 307 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bestraft werden kann;
- die Aussagepflicht durch *Zeugnisverweigerungsrechte* eingeschränkt ist (Art. 16 VwVG i.V.m. Art. 42 BZP). Die Aussage kann dann verweigert werden, wenn die Beantwortung die einvernommene Person selbst, ihren Lebenspartner bzw. ihre -partnerin oder nahe Verwandte (1) der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder (2) schwerer Benachteiligung der Ehre aussetzen kann oder (3) einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde.

71. Es besteht ein Anspruch auf *Zeugengeld*, welches den Ersatz der notwendigen Reiseauslagen umfasst sowie bei selbständiger Erwerbstätigkeit eine Entschädigung der Arbeitserwerbseinbusse.

D. Auskunftsbegehren

1. Gesetzliche Grundlagen

72. Gemäss Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen (*Auskunftspflicht*) und die notwendigen Urkunden vorzulegen (*Editionspflicht*).

73. Gemäss Art. 52 KG kann ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflicht zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, mit bis zu CHF 100'000 sanktioniert werden. Natürliche Personen, die vorsätzlich eine Verfügung betreffend die Auskunftspflicht nicht oder nicht richtig befolgen, werden mit Busse bis CHF 20'000 bestraft (Art. 55 KG).

2. Auskunftsbegehren des Sekretariates

74. In der Praxis verschickt das Sekretariat seine Auskunftsbegehren (= Fragebogen) schriftlich und setzt eine Frist zu deren Beantwortung. Eine Fristerstreckung ist gemäss dem *Merkblatt Fristen* möglich.

75. Das Sekretariat weist im Auskunftsbegehren darauf hin, dass die Wettbewerbsbehörden Amts- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren haben, und fordert daher die Adressaten und Adressatinnen dazu auf, unter das Geschäftsgeheimnis fallende Informationen als solche zu kennzeichnen (vgl. *Merkblatt Geschäftsgeheimnisse*).

76. Wird das Auskunftsbegehren nicht beantwortet, so kann das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine kostenpflichtige *Auskunftsverfügung* unter Androhung einer Sanktionierung im Widerhandlungsfall erlassen. Es besteht aber je nach Sachverhalt auch die Möglichkeit, stattdessen eine Hausdurchsuchung durchzuführen.