

**Erläuternder Bericht
zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und
andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)**

**Teil 2: Umsetzung der Motion Schweiger (07.3856):
Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für
das Schweizer Kartellrecht**

Übersicht

Am 30. Juni 2010 eröffnete der Bundesrat eine Vernehmlassung zur Revision des Kartellgesetzes (KG). Im Schreiben an die Vernehmlassungsteilnehmenden kündigte er an, im Falle einer Annahme der Motion Schweizer (07.3856): „Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht“ rasch eine zweite Vernehmlassung zum KG zu eröffnen. Die hier nun vorliegende zweite Vernehmlassung setzt diese Ankündigung um. Sie versteht sich als Zusatz zur ersten, auf Ende November 2010 abgeschlossenen Vernehmlassung.

Die Motion Schweizer verlangt, dass Unternehmen, welche ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten Verwaltungssanktion belegt werden. Zur Stärkung der Compliance-Anstrengungen der Unternehmen sollen im Kartellgesetz gleichzeitig Strafsanktionen für natürliche Personen im Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern verankert werden.

Das erste Anliegen der Motion Schweizer, eine sanktionsmindernde Berücksichtigung von Compliance-Programmen, soll durch eine Ergänzung von Artikel 49a KG umgesetzt werden. Neu soll festgehalten werden, dass der Geschäftstätigkeit und der Branche angemessene Vorkehrungen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen sanktionsmindernd zu berücksichtigen sind, wenn sie und deren Wirksamkeit von den Unternehmen hinreichend dargetan werden.

Die Umsetzung des zweiten Anliegens, die Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen, gestaltet sich im Vergleich dazu wesentlich aufwändiger. Auch bestehen für dieses Vorhaben verschiedene Umsetzungsmöglichkeiten, von denen in dieser Vernehmlassungsunterlage zwei zur Diskussion gestellt werden.

Die erste, vom Bundesrat bevorzugte Umsetzungsvariante sieht vor, dass neu gegen Personen, die innerhalb von Unternehmen an Kartellrechtsverstössen beteiligt waren, verwaltungsrechtliche Massnahmen erlassen werden können. Diese bestehen einerseits in der zeitlich begrenzten ganzen oder teilweisen Untersagung der beruflichen Tätigkeit bei den an der Kartellabrede beteiligten Firmen. Andererseits sollen Lohnbestandteile wie Boni, die der verantwortliche Mitarbeiter aufgrund der Kartellabrede erzielte, eingezogen werden können.

Gemäss der in der Vernehmlassung vom 30. Juni 2010 vorgeschlagenen institutionellen Regelung führt die Wettbewerbsbehörde gegen das Unternehmen und die verantwortlichen Mitarbeiter ein Verwaltungsverfahren, über deren Folgen das Bundeswettbewerbsgericht meist zeitgleich entscheiden wird.

Die zweite Umsetzungsvariante versteht die Motion Schweizer wörtlich und sieht für natürliche Personen im Fall ihrer Mitwirkung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern strafrechtliche Sanktionen vor. Als Strafrahmen ist Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorgesehen.

In dieser Variante B, Strafsanktionen, werden zwei von einander unabhängige Verfahren vorgesehen. Die Untersuchung der Wettbewerbsbehörde, welche mit

Entscheid des Bundeswettbewerbsgerichts abgeschlossen wird, richtet sich allein gegen das Unternehmen. Das Verfahren gegen die verantwortlichen Mitarbeiter soll gemäss vorgeschlagener Lösung dagegen von der Bundesanwaltschaft geführt werden und zum erstinstanzlichen Entscheid vor das Bundesstrafgericht führen.

Variante B ist institutionell aufwändiger, weil zum Verfahren gegen das Unternehmen noch Strafverfahren hinzutreten. Der zweite Verfahrenszug ist erforderlich, weil es entscheidend ist, dass der Spruchkörper auch Freiheitsstrafen verfügen kann. Solche Strafverfahren können in der gegenwärtigen institutionellen Ordnung nicht umgesetzt werden.

Beide Varianten gewinnen durch die Institutionenreform wie sie in der Vernehmlassung vom 30. Juni 2010 vorgeschlagen wird, weil sie für die heutigen Verfahren gegen Unternehmen in erster Instanz das bringt, was bei Strafverfahren in mindestens einer Instanz unabdingbar ist (Trennung Untersuchung – Entscheid, keine Interessenvertreter im Entscheidorgan).

Im Kartellrecht sollen weiterhin die Wiederherstellung des Wettbewerbs und damit die Verhaltenskorrektur beim Unternehmen und dessen Sanktionierung im Vordergrund stehen. Die Bestrafung natürlicher Personen soll als zusätzliches Instrument in einem eigenen Verfahren bei besonders schädlichen Arten von horizontalen Abreden hinzutreten, d.h. bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen und über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Unter die zu schaffende Strafnorm im KG würden somit insbesondere auch Submissionsabreden fallen.

Andere zumindest auf den ersten Blick mögliche Umsetzungsmöglichkeiten wurden verworfen, namentlich ein Vorgehen nach Verwaltungsstrafrecht in einem einheitlichen Verfahren simultan gegen die an einer horizontalen Abrede beteiligten Unternehmen und verantwortlichen Mitarbeiter. Ein Grund ist, dass ein Wechsel des Verfahrensrechts bei nur einer bestimmten Form von wettbewerbsschädlichem Verhalten unzweckmässig wäre. Dieser Einwand spricht unter anderen auch gegen einen Wechsel zur Strafprozessordnung bei der Verfolgung von Unternehmen.

Die Vernehmlassungsvorlage sieht im Weiteren die notwendigen Vorkehren vor, damit bei Einführung der Sanktionierung von natürlichen Personen die bereits heute für die Unternehmen geltende Bonusregelung, die sich seit ihrer Einführung im Jahr 2004 als wichtiges Instrument zur Aufdeckung von Kartellen erwiesen hat, nicht geschwächt wird. Die Einführung einer analogen Bonusregelung auch für die Mitarbeiter eines Unternehmens ist bei Realisierung der Variante B, Strafsanktionen, unabdingbar, um die Verfolgung der besonders schädlichen horizontalen Kartelle nicht schwerwiegend zu beeinträchtigen.

Entsprechend seiner früheren Haltung lehnt der Bundesrat die Sanktionierung natürlicher Personen ab. Er spricht sich damit gegen eine Umsetzung sowohl der Variante A als auch der Variante B aus. Soweit auch der zweite Teil der Motion umgesetzt werden soll, bevorzugte der Bundesrat aus verschiedenen Gründen die Variante A.

Inhaltsverzeichnis

1	Grundzüge der Vorlage 6	
1.1	Ausgangslage 6	
1.1.1	Motion Schweiger (07.3856): Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem f	
1.1.2	Stellungnahme des Bundesrates 7	
1.1.3	Überweisung der Motion in der Fassung des Nationalrates 8	
1.1.4	Vertiefende strafrechtliche Abklärungen 8	
1.1.5	Weitere parlamentarische Vorstösse 10	
1.1.6	Erfahrungen des Auslands 10	
1.2	Die beantragte Neuregelung 13	
1.2.1	Übersicht 13	
1.2.2	Sanktionsminderung bei Unternehmen dank „Compliance“-Massnahmen	17
1.2.3	Verwaltungsrechtliche Massnahmen	18
(Variante A)		
1.2.4	Strafrechtliche Sanktionen	20
(Variante B)		
1.3	Verhältnis zur Vernehmlassung vom 30. Juni 2010 24	
2	Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln 28	
2.1	Sanktionsminderung bei Compliance-Programmen 28	
2.2	Variante A: Verwaltungsmassnahmen 29	
2.3	Variante B: Strafsanktionen 35	
3	Auswirkungen 49	
3.1	Auswirkungen auf den Bund 49	
3.2	Auswirkungen auf die Kantone 50	
3.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft 50	
3.3.1	Notwendigkeit des staatlichen Handelns 50	
3.3.2	Auswirkungen auf die einzelnen wirtschaftlichen Akteure 51	

3.3.3	Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen	52
3.3.4	Alternative Regelungen	53
3.3.5	Vollzugstauglichkeit	53
3.4	Andere Auswirkungen	54
4	Verhältnis zur Legislaturplanung	54
Anhang		55
	Parlamentarische Initiative Kaufmann (08.443) vom 13.6.2008: Existenzgefährdung infolge von Kartellbussen verhindern	55
	Abkürzungsverzeichnis und Glossar	57

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Motion Schweiger (07.3856): Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht

Am 20. Dezember 2007 reichte Ständerat Schweiger zusammen mit 33 Mitunterzeichnenden den nachstehend im Wortlaut wiedergegebenen Vorstoss ein:

Der Bundesrat wird beauftragt, im Kartellgesetz durch eine ausdrückliche Regelung sicherzustellen, dass Unternehmen, welche ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten beziehungsweise beim Vorliegen von (im Gesetz hierfür vorzusehenden) Voraussetzungen mit keiner Verwaltungsanktion belegt werden können. Zur Stärkung der Compliance-Anstrengungen der Unternehmen sollen im Kartellgesetz gleichzeitig Strafsanktionen für natürliche Personen im Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern verankert werden.

Er begründete diesen Vorstoss wie folgt:

Das schweizerische Kartellgesetz sieht für Wettbewerbsabreden die Verhängung direkter Sanktionen gegen die beteiligten Unternehmen vor. Diese Sanktionen stellen substantielle Eingriffe in das unternehmerische Eigentum dar, können sie doch bis zu 10 Prozent des Schweizer Umsatzes des betroffenen Unternehmens während der letzten drei Jahre ausmachen.

Viele Unternehmen sind sich der Schwere eines derartigen Eingriffs bewusst und unternehmen alles, um mithilfe von Programmen zur Beachtung rechtlicher Regeln (Compliance-Programme) alle denkbaren Risiken kartellrechtswidrigen Verhaltens auszuschalten. Kartellsanktionen dürfen nicht ohne vorherige eingehende Prüfung der Verschuldensfrage verhängt werden. Ist das Unternehmen seinen Sorgfaltspflichten durch Schaffung und Betreiben eines Compliance-Programms in bestmöglicher Weise nachgekommen, soll es sich exkulpieren können. Werden hohe Compliance-Ansprüche zumindest teilweise erfüllt, sollte dies dazu führen, dass eine Busse angemessen reduziert werden muss.

Compliance-Programme schützen Unternehmen auch im Innenverhältnis vor kartellrechtswidrigen Handlungen ihrer Manager und Mitarbeiter. Selbst ausgeklügelte und nachhaltig betriebene Compliance-Programme können aber nicht immer verhindern, dass einzelne Manager und Mitarbeiter Wege finden, um dennoch aktiv Kartellverstösse zu begehen. Damit die Compliance-Anstrengungen der Unternehmen nicht untergraben werden, sollen die an Kartellabsprachen beteiligten Manager und Mitarbeiter auch in der Schweiz strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Die Kartellrechtsordnungen anderer Staaten, wie beispielsweise von den USA, Grossbritannien oder auch den Niederlanden, sehen deshalb Strafsanktionen gegenüber natürlichen Personen vor; die Schweiz sollte sich diesem internationalen Trend anschliessen.

Ein solches Sanktionssystem gewährleistet, dass sowohl Unternehmen wie natürliche Personen für diejenigen Handlungen und Unterlassungen verantwortlich ge-

macht werden, welche sie tatsächlich kontrollieren bzw. beeinflussen können. Ein gleiches System, wonach natürliche Personen für ihr eigenes Handeln verantwortlich sind und Unternehmen für das Verhalten ihrer Manager und Mitarbeiter nur einstehen müssen, soweit sie nicht alle organisatorischen Vorkehrungen zu dessen Verhinderung unternommen haben, liegt bereits dem neuen schweizerischen Unternehmensstrafrecht zugrunde. Es ist auch im Kartellrecht, dessen hohe Bussen faktisch Strafrechtscharakter haben, der richtige Ansatz.

1.1.2 Stellungnahme des Bundesrates

In seiner Stellungnahme beantragte der Bundesrat die Ablehnung der Motion und begründete seine Haltung wie folgt:

Die Einführung der Möglichkeit zur direkten Sanktionierung war eines der wichtigsten Elemente der Revision des Kartellgesetzes (KG) von 2003. Nach der geltenden gesetzlichen Regelung können Compliance-Programme (und ein damit einhergehendes geringeres Verschulden) im Rahmen der Artikel 3 und 6 der KG-Sanktionsverordnung als sanktionsmildernd, nicht aber als sanktionsausschliessend berücksichtigt werden.

Der Bundesrat führte ergänzend aus, dass die Tatsache, dass es im konkreten Einzelfall zu einem Kartellverstoß gekommen ist, an sich gegen die Wirksamkeit eines Compliance-Programms spreche. Wegen der alleinigen Existenz eines solchen Programms sollte deshalb noch keine Sanktionsbefreiung möglich sein, vielmehr müsse ein qualifiziertes, der Branche und Unternehmensgrösse angemessenes Compliance-Programm vorliegen. Die Sanktionsreduktion sollte auch nicht zu weit reichen, würde die Möglichkeit, die Sanktion über das Nachweisen eines Compliance-Programms zu reduzieren, doch die Anreize senken, die Sanktionsreduktion durch Inanspruchnahme der Bonusregelung¹ zu erreichen.

Zur strafrechtlichen Verfolgung natürlicher Personen führte er aus²:

Unabhängig von der Frage der Exkulpationsmöglichkeit wäre es im Sinne der Prävention jedoch grundsätzlich zu begrüssen, wenn eine direkte Strafbarkeit von natürlichen Personen kumulativ zur Sanktionierbarkeit des Unternehmens hinzutreten würde. Die Erfahrungen im Ausland zeigen, dass die Sanktionsmöglichkeit gegenüber natürlichen Personen die Abschreckung vor der Bildung volkswirtschaftlich schädlicher harter Kartelle erhöht und sich auch positiv auf die Nutzung der Bonusregelung auswirken kann. Ebenso ist international ein zunehmender Trend zu beobachten, bei harten Verstößen gegen das Kartellrecht die verantwortlichen natürlichen Personen direkt zu sanktionieren. Im Rahmen der laufenden Evaluation des KG wird diese Frage denn auch thematisiert.

Der Bundesrat machte allerdings auch geltend, es könnte sich als schwierig erwei-

¹ Nach Art. 49a KG kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt.

² Im Folgenden werden die Begriffe *natürliche Person* und *Person* als Synonyme verwendet; sie stehen dem Begriff *Unternehmen* im Sinne von Art. 2 KG gegenüber.

sen, dem für eine Kartellabrede verantwortlichen Mitarbeiter den im Strafrecht geforderten Vorsatz nachzuweisen. Unter dem Strich bliebe dann nur die Sanktionsreduktion wegen des Compliance-Programms. Weiter könnte die Einführung von strafrechtlichen Sanktionen die Einschaltung von Strafgerichten bedingen und so die Kartellverfahren komplizieren.

Gerade um solche Aspekte vertieft zu klären, stellte der Bundesrat in Aussicht, dass, falls der Erstrat die Motion annehmen sollte, er bereit wäre, im Zweitrat die Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen im Kartellrecht als Prüfungsauftrag entgegenzunehmen.

1.1.3 Überweisung der Motion in der Fassung des Nationalrates

In ihrer ursprünglichen Form forderte die Motion, dass rechtsgenügende Compliance-Programme nicht nur zur Sanktionsminderung führen sollten, sondern unter gewissen gesetzlich festzulegenden Bedingungen sogar zur Sanktionsbefreiung.

Dem Nationalrat ging diese Schwächung des KG zu weit; er änderte die Motion in diesem Punkt und sah neu nur noch eine Minderung der Sanktion vor. Der Text des Vorstosses gemäss Nationalrat lautet deshalb wie folgt:

Der Bundesrat wird beauftragt, im Kartellgesetz durch eine ausdrückliche Regelung sicherzustellen, dass Unternehmen, welche ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten Verwaltungssanktion belegt werden können. Zur Stärkung der Compliance-Anstrengungen ... (Rest unverändert).

Ende August 2010 wurde die Motion in Folge des Ordnungsantrages Schweiger vom 21./22. Juni 2010 bezüglich der Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen im Kartellrecht nochmals in der WAK-S beraten³. Sie konnte sich dabei auf eine ausführliche Diskussionsunterlage der Verwaltung abstützen⁴. Obwohl das zuständige Departement am Antrag des Bundesrates auf Ablehnung festhielt, stimmte die WAK-S der Motion erneut zu. Am 21. September 2010 überwies auch der Ständerat die Motion mit der vom Nationalrat beschlossenen Änderung.

1.1.4 Vertiefende strafrechtliche Abklärungen

Die Einführung einer Sanktionsminderung bei Vorliegen eines rechtsgenügenden Compliance-Programms bedeutet keinen grossen Gesetzgebungsaufwand. Dies namentlich, weil eine entsprechende Sanktionsminderung schon nach geltendem Recht möglich ist. Anders verhält es sich mit der Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen: Die institutionellen und verfahrensrechtlichen Strukturen eignen sich in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung nicht für die Einführung von Geld- und Freiheitsstrafen gegenüber Angehörigen von Unternehmen, die sich kartellrechtswidrig verhalten. Es braucht neue Lösungen, um Sanktionen gegen

³ Ordnungsantrag Schweiger, WAK-S, Sitzung vom 21./22. Juni 2010.

⁴ Vgl. <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de>.

natürliche Personen in den heutigen Verfahrensablauf mit Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen einzubetten, und dies ohne die Wirksamkeit der bisherigen Durchsetzungsinstrumente des KG zu gefährden.

Angesichts der sich abzeichnenden Überweisung der Motion Schweiger leitete das zuständige Departement parallel zu eigenen Abklärungen im ersten Quartal 2010 eine juristische Begutachtung durch Strafrechtsexperten ein, welche in dieser Vernehmlassungsunterlage berücksichtigt wird. Das Gutachten der Strafrechtsprofessoren GÜNTER HEINE, Universität Bern, und ROBERT ROTH, Universität Genf, ist unter: <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de> als Resultat dieser Abklärungen abrufbar. Professor Heine nahm sich in erster Linie den materiell-rechtlichen Bestimmungen an, Professor Roth den verfahrensrechtlichen Bestimmungen.

Die Gutachter betonen, dass bei Einführung von Kriminalstrafen sowohl materiell-rechtlich als auch verfahrensrechtlich besondere rechtsstaatliche Voraussetzungen zu gewährleisten sind. Aber auch die Verwirklichung einschneidender verwaltungsrechtlicher Massnahmen ist nicht zur kleinen Münze zu haben, weil jedenfalls bestimmte EMRK-Standards zu beachten sind.

Irritierend in der Sicht der Gutachter ist, dass im 6. Kapitel 1. Abschnitt unter dem Titel „Verwaltungssanktionen“ disparate Rechtsfolgen erfasst sind. Denn bei der „Belastung“ von Unternehmen handelt es sich nach gesicherter Meinung um eine Rechtsfolge auch repressiver "strafrechtlicher Natur", während sich die neuen Verwaltungsmassnahmen gerade durch ihre rein präventive Wirkung kennzeichnen sollen. Diese Systematik unterminiert den Charakter von Variante A.

Nach Ansicht der Experten unterbindet in Variante A die Bezeichnung «Verwaltungsmassnahme», welche der ausgesprochen präventiven Ausrichtung der Institutionen entspricht, denn auch nicht das Risiko, dass die zu diesen Massnahmen führenden Verfahren als strafrechtliche Anklagen im Sinn von Artikel 6 EMRK beurteilt werden. Deshalb muss der Person, gegen die ermittelt wird, das Recht zugestanden werden, nicht zur eigenen Verurteilung beitragen zu müssen. Besondere Vorsicht ist auch gegenüber der Person erforderlich, welche das Unternehmen im Verfahren gegen dieses Unternehmen vertritt. Nicht nur kann sich der Vertreter in einem Konflikt zwischen seinem eigenen Interesse und demjenigen, das er vertritt, befinden, sondern er kann sich im Rahmen seiner Vertretung zusätzlich zu Aussagen veranlassen sehen, die ihn einer Massnahme aussetzen könnten. Auf dieses Argument wird weiter hinten unter Ziff. 2.2 ausführlicher zurückgekommen («Koordination mit der Verfolgung des Unternehmens»).

Diese Probleme stellen sich natürlich auch im Fall von Strafverfolgungen. Bei Variante B sind die Verfahren und die verfahrensführenden Behörden allerdings vollkommen getrennt, was die oben genannten Risiken verkleinert. Die Risiken bleiben aber angesichts der Verpflichtung zur Zusammenarbeit, der diese Behörden unterliegen, nicht weniger real (vgl. insbesondere Artikel 53b Abs. 4 des Entwurfs).

Es ist daher zu befürchten, dass – entgegen der Zielsetzung der Motion Schweiger – die Einführung von Verwaltungsmassnahmen oder Strafsanktionen zu einer Verringerung der Wirksamkeit der gegen Kartelle gerichteten Bestimmungen führen wird.

Problematisch bleibt zweitens die Bonusregelung. Zwar hat die neue Schweizerische Strafprozessordnung mit dem Abgekürzten Verfahren anerkannt, dass Zweckmäßigkeitserwägungen und damit auch öffentliche Interessen zu einem Absehen von Strafen führen können, ähnlich wie zuvor schon Art. 13 VStrR. Zu solchen öffentlichen Interessen gehören besondere Ermittlungsprobleme im Kartellrecht allgemein und die weitere Gewährleistung der Wirksamkeit einer bisher bewährten Regelung bei Unternehmenssanktionen. Gleichwohl ist zu erkennen, dass sich der Charakter des Kriminalstrafrechts schleichend wandelt.

1.1.5 Weitere parlamentarische Vorstösse

In parlamentarischer Beratung befindet sich die ausformulierte Parlamentarische Initiative Kaufmann (08.443): „Existenzgefährdung infolge Kartellbussen verhindern“ (vgl. Anhang). Sie will bei Vorliegen von Compliance-Programmen die Sanktionsbefreiung ermöglichen und gleichzeitig Freiheitsstrafen einführen für fehlbare Mitarbeiter, die vorsätzlich Kartellabreden nach Artikel 5 Absatz 3 tätigen, wenn die beteiligten Unternehmen gemeinsam einen Marktanteil von mehr als 30 % aufweisen. Mit der Forderung nach Sanktionsbefreiung geht sie weiter als die Mo. Schweizer in der überwiesenen Form. Die WAK-S hat am 30. März 2010 beschlossen, der parlamentarischen Initiative vorläufig keine Folge zu geben⁵. Das Geschäft geht nun zur Beratung ins Plenum des Nationalrates. Im Plenum wurde es noch nicht behandelt.

Auch die hängige Motion de Buman (10.3302): „Für echten Wettbewerb und tiefere Preise“ fordert u.a. eine Sanktionierung natürlicher Personen, dies allerdings unter dem Vorbehalt, dass unerwünschte Nebenwirkungen auf andere Instrumente des Kartellrechts vermieden werden. Mit Erklärung vom 4. Juni 2010 beantragte der Bundesrat die Annahme der Motion. Im Plenum des Erstrats wurde sie noch nicht behandelt.

1.1.6 Erfahrungen des Auslands

Kartellrechtswidriges Verhalten wird weltweit uneinheitlich sanktioniert. Während in den meisten europäischen Staaten Kartellrecht über verwaltungsrechtliche Verfahren und Sanktionsmechanismen durchgesetzt wird, sehen zum Beispiel die USA eine stark ausgestaltete privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung sowie die Möglichkeit von Kriminalstrafen gegen natürliche Personen vor. Obwohl auch in einzelnen Mitgliedstaaten der EU Strafsanktionen gegen natürliche Personen wegen Kartellrechtsverstössen verankert sind oder zumindest zur Diskussion standen, sind die europäischen Kartellrechtsordnungen grundsätzlich darauf ausgerichtet, primär Unternehmen und nicht Individuen ins Recht fassen. Ein solches Verständnis widerspiegelt auch die geltende Kartellrechtsordnung in der Schweiz.

⁵ Da bereits die Motion Schweizer den Bundesrat beauftragt, eine Gesetzesvorlage auszuarbeiten, ist in den Augen der Kommission (WAK-S) keine parlamentarische Initiative mehr notwendig, vgl. Medienmitteilung WAK-S vom 31. März 2010, abrufbar unter <<http://www.parlament.ch/d/mm/2010/seiten/mm-wak-s-2010-03-31.aspx>>.

Traditionell verankert ist die strafrechtliche Verfolgung von Einzelpersonen somit insbesondere in den USA, wo bereits der Sherman Act von 1890 die Möglichkeit von Geld- und Freiheitsstrafen sowohl bei Verstössen gegen das Verbot unzulässiger Wettbewerbsabreden (Section 1 Sherman Act) als auch bei rechtswidriger Monopolisierung (Section 2 Sherman Act) vorsah. Strafsanktionen gegen natürliche Personen werden in den USA v.a. in Fällen von Hardcore-Kartellen (v.a. bei Preiskartellen und Submissionsabsprachen) verhängt, wobei natürliche Personen mit Geldstrafen bis zu einer Million USD und Freiheitsstrafen bis zu zehn Jahren bestraft werden können⁶. Aufgrund der geltenden Kronzeugenregelung kommt es allerdings nur zu Anklagen, wenn die in der Leniency-Bekanntmachung festgehaltenen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Section 2 Clayton Act). Gleichwohl sind Verurteilungen von Managern wegen kartellrechtswidrigem Verhalten in den USA nichts Aussergewöhnliches.

Anders verhält es sich im angelsächsisch geprägten europäischen Rechtsraum. Zwar besteht in Grossbritannien⁷ und Irland⁸ die Möglichkeit von strafrechtlichen Sanktionen (Geldstrafen in unbegrenzter Höhe bzw. € 4 Mio. und Freiheitsstrafen von bis zu fünf Jahren) für Individuen, die an Hardcore-Kartellen beteiligt bzw. für solche verantwortlich sind. Die praktische Relevanz der Bestrafung natürlicher Personen in diesen beiden Staaten ist aber bislang gering. Festzuhalten ist, dass in Grossbritannien Kronzeugen Straffimmunität gewährt werden kann.

Von den durch die kontinental-europäische Rechtstradition geprägten Staaten bestraft Frankreich natürliche Personen für die Beteiligung an kartellrechtswidrigen Vereinbarungen oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Jahren und Geldbusse von bis zu € 75'000⁹. Wie im britischen Recht muss der Täter in betrügerischer Absicht Einfluss auf den Kartellrechtsverstoss genommen haben, wofür allerdings strenge Massstäbe angelegt werden. Aus diesem Grund sind strafrechtliche Sanktionen im französischen Kartellrecht von untergeordneter Bedeutung. Weiter kennen in der EU Estland, die Slowakische Republik und Zypern kartellrechtliche Kriminalstrafatbestände, welche die Androhung von Freiheitsstrafen vorsehen¹⁰.

Breit gefasste kriminalstrafrechtliche Tatbestände für Wettbewerbsverstösse fehlen hingegen in Deutschland. Wie in Österreich und Ungarn stehen nur Submissionsabsprachen unter Strafandrohung und zwar einerseits durch § 298 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bzw. mit Geldstrafe oder durch den allgemeinen Betrugstatbestand (§ 263 StGB). Verurteilungen von Submittenten kommen jedes Jahr vor. Für Verstösse gegen alle andern kartellrechtlichen Tatbestände können in Deutschland

⁶ Seit dem Criminal Fine Enforcement Act von 1984 besteht alternativ die Möglichkeit, das Höchstmass der Geldstrafe auf das Doppelte des Verletzergewinns oder des Schadens festzusetzen, vgl. Section 3571 (d) United States Code Title 18 (Crimes and Criminal Procedures).

⁷ Vgl. Enterprise Act 2002, durch den strafrechtliche Sanktionierung kartellrechtswidrigen Verhaltens eingeführt wurde.

⁸ Vgl. insbes. Section 8 Competition Act 2002.

⁹ Art. L420-6 Code de commerce.

¹⁰ Die OECD hat sich im Jahre 2005 für eine mit Freiheitsstrafen bedrohte Kriminalisierung jedenfalls der schwersten Kartellrechtsverstösse ausgesprochen (OECD, Hard Core Cartels, Third Report, 2005, 26 ff., 39 f.).

immerhin Geldbussen des Ordnungswidrigkeitenrechts nicht nur den Unternehmen, sondern auch den verantwortlichen Individuen auferlegt werden.

In Belgien wurde die Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen unlängst diskutiert. Eine Empfehlung der belgischen Wettbewerbskommission von 2010 zeigt verschiedene damit verbundene Schwierigkeiten u.a. betreffend Informationsaustausch und Bindung des Strafrichters an die verwaltungsrechtlichen Kartellentscheide. Die Kommission stellte in ihrem Avis insbesondere fest, verwaltungsrechtliche Massnahmen wie Tätigkeitsverbote seien oft angebrachter und sachdienlicher als strafrechtliche Sanktionen¹¹. Strafrechtliche Sanktionen gar abgeschafft haben die Niederlande im Jahre 1997. Indes kam es per 1. Oktober 2009 zu einer Rekriminalisierung im dem Sinne, dass natürliche Personen, welche bezüglich eines Kartells Instruktionen geben oder de facto Leadership ausüben, sanktioniert werden können. Eine Entkriminalisierung fand mit der Aufhebung strafrechtlicher Sanktionen für kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen – unter Ausnahme von Submissionsabsprachen – im Jahre 2002 in Österreich statt. In Luxemburg schliesslich wurden die als Ungehorsamkeitstatbestände ausgestalteten kartellrechtlichen Strafsanktionen im Jahre 2004 abgeschafft¹².

Schliesslich sieht das EU-Recht keine strafrechtlichen oder administrativen Sanktionen gegen die verantwortlichen Individuen vor: Nach Artikel 23 VO 1/2003 können nur Unternehmen mit einer Geldbusse belegt werden. Ohne Bedeutung blieb bisher die Ausnahme der Sanktionsmöglichkeit, wenn eine natürliche Person die rechtlichen Voraussetzungen des Unternehmensmerkmals erfüllt. Für eine generelle Einführung administrativer oder strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen im EU-Recht sind derzeit keine Anzeichen erkennbar¹³. Dies dürfte wesentlich auch darin begründet sein, dass die EU selber keine strafrechtlichen Kompetenzen besitzt. Theoretisch möglich, aber bedeutungslos sind nationale Anschlussverfahren gegen natürliche Personen in denjenigen Staaten, die die strafrechtliche Sanktionierung verantwortlicher Mitarbeiter kennen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Situation bezüglich kartellrechtlicher Strafsanktionen gegen natürliche Personen mit Ausnahme der USA, wo sie ein zentrales und funktionierendes Element des Sanktionssystems bilden, uneinheitlich ist. In Europa kennen zwar einzelne Staaten entsprechende Sanktionen, stellen an deren Ausfällung aber hohe Anforderungen oder sind mit Schwierigkeiten bei der Umsetzung konfrontiert, so dass die praktische Relevanz der Bestrafung von Indivi-

¹¹ COMMISSIE VOOR DE MEDEDINGING/COMMISSION DE LA CONCURRENCE, Avis sur l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence (CCE 2010-0233 DEF MED), 04.02.2010, abrufbar unter <<http://www.ccecrb.fgov.be/txt/fr/doc10-233.pdf>>.

¹² Vgl. dazu die Bestandesaufnahme bei HEINEMANN ANDREAS, Kriminalstrafrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?, in: Kunz Peter V., Herren Dorothea, Cottier Thomas, Matteotti René (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für von Büren Roland, Basel 2009, 587–624.

¹³ Vgl. BAUDENBACHER CARL, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, 118, mit Verweis auf LOWE PHILIP, Preventing and Sanctioning Anticompetitive Conduct: Effective Use of Administrative and Criminal Sanctions, Leniency: and Private Action in the EU, in: Barry Hawk, International Antitrust Law & Policy (2007), 96.

duen für kartellrechtlich unzulässiges Verhalten gering ist. Schliesslich ist in gewissen Staaten auch eine Entkriminalisierung des Kartellrechts zu beobachten. Auch auf Ebene der EU bestehen soweit ersichtlich keine Bestrebungen zu einer Kriminalisierung des Kartellrechts. Insofern ist in Europa weder eine einheitliche Tendenz betreffend die Sanktionierung natürlicher Personen erkennbar noch besteht in denjenigen europäischen Ländern, die solche Strafsanktionen vorsehen, eine für die Zwecke dieser Vernehmlassung auswertbare Fallpraxis.

1.2 Die beantragte Neuregelung

1.2.1 Übersicht

Die hier vorgeschlagenen Varianten für eine Umsetzung der Motion Schweiger wurden von zwei Prämissen geleitet, die aus den parlamentarischen Debatten zur Motion hervorgegangen sind: Erstens soll die Verfolgung der Unternehmen auch nach Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen das primäre Anliegen bleiben. Und zweitens sollen die Durchsetzungsinstrumente des Kartellrechts durch die Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen nicht geschwächt werden, sondern die bisherigen Instrumente sollen nach Möglichkeit ergänzt und die (Präventiv-)Wirkung des Gesetzes dadurch gestärkt werden. Es soll somit möglich sein, Unternehmen und Personen kumulativ zu sanktionieren. Ebenso soll die bestehende Bonusregelung ihre Wirksamkeit behalten.

Diese Prämissen bei der Umsetzung der Motion Schweiger sind insbesondere auch vor dem Hintergrund der Entwicklung des Kartellgesetzes zu sehen. Mit dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes im Jahre 1996 erhielt die Schweiz die wettbewerbspolitischen Instrumente für eine wirkungsvolle Bekämpfung von volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Mit der Festschreibung von Verhaltensweisen, die vermungsweise wirksamen Wettbewerb beseitigen und deshalb in der Regel zu untersagen sind (Missbrauchsgesetzgebung), erfolgte eine wesentliche Annäherung des Schweizer Kartellgesetzes an internationale Vorbilder. Als Nachteil erwies sich in der Praxis indessen die zum damaligen Zeitpunkt noch fehlende Möglichkeit, für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen direkte Sanktionen auszusprechen. Der erste Kartellverstoss war „gratis“, auch wenn er als solcher von Vorherein erkennbar gewesen war. Dieser Mangel wurde durch die Revision von 2003 (Inkrafttreten 1. April 2004) behoben. Die Präventivwirkung des seither geltenden Gesetzes konnte durch die Einführung direkter Sanktionen gegen Unternehmen erhöht werden. Bis heute ist die Konzeption des Kartellrechts – in Übereinstimmung mit der europäischen Rechtstradition – nicht auf die Bestrafung natürlicher Personen ausgelegt, sondern fasst im Wesentlichen Unternehmen, die sich unzulässig verhalten, ins Recht: Dies einerseits indem sie verpflichtet werden, das festgestellte wettbewerbswidrige Verhalten zu unterlassen, und andererseits durch die Auferlegung einer Sanktion in gewissen Fällen.

Es ist unbestritten, dass sich dieses Grundkonzept des Kartellgesetzes und die neuen Instrumente des 2003 revidierten Kartellgesetzes bewährt haben. Dies ist jedenfalls

das Fazit der für die Evaluation gemäss Artikel 59a KG verantwortlichen Evaluationsgruppe Kartellgesetz (Synthesebericht vom 5. Dezember 2008 ans EVD¹⁴), welches auch im vom Bundesrat gutgeheissenen Bericht gestützt auf Artikel 59a Kartellgesetz über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen vom 25. März 2009 bestätigt wurde. Die neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes (direkte Sanktionen, Bonusregelung, Hausdurchsuchungen, Widerspruchsverfahren) tragen zur Verhinderung bzw. Aufdeckung von Wettbewerbsbeschränkungen sowie zur Förderung des Wettbewerbs bei. Die erhöhte präventive Wirkung des Kartellgesetzes hat zudem zu einer stärkeren Verbreitung von Antitrust Compliance-Programmen geführt. Auf Grund dieser Beurteilungen soll mit Bezug auf die Sanktionierung von Unternehmen auch im Rahmen der vorliegenden Entwicklung des Kartellgesetzes am Konzept von 2003 festgehalten werden.

Die Sanktionsreduktion bei Vorliegen eines hohen Anforderungen genügenden Compliance-Programms, wie sie die Motion Schweiger in der überwiesenen Fassung fordert, fügt sich in dieses Konzept ein. Es soll in einer Bestimmung im KG verankert werden, was bisher auf Stufe Vollzug aufgrund der offen formulierten KG-Sanktionsverordnung bereits möglich war. Die klare Verankerung einer Sanktionsreduktion bei angemessenen Compliance-Massnahmen hat dabei durchaus einen generellen gesamtwirtschaftlichen Aspekt: Indem Compliance-Programme Fehlverhalten von Mitarbeitenden und damit Verstösse gegen das KG verhindern, entspricht die Förderung ihrer Verbreitung durch die Aussicht auf Sanktionsminderung der generellen Zielsetzung des Kartellgesetzes, nämlich volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Die sanktionsmindernde Berücksichtigung von Compliance-Programmen, welche in den meisten ausländischen Rechtsordnungen nicht vorgesehen ist, kommt einem Anliegen aus Unternehmerkreisen in bedeutendem Mass entgegen.

Der zweite Teil der Mo. Schweiger (07.3856) sieht vor, die Compliance-Anstrengungen der Unternehmen noch zu stärken, indem im KG gleichzeitig Strafsanktionen für natürliche Personen im Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern verankert werden. Aus der Formulierung geht hervor, dass die Sanktionierung natürlicher Personen für horizontale Kartelle, aber nicht für vertikale Vereinbarungen oder Marktmachtmissbrauch vorgesehen werden soll. Die Einführung von Strafsanktionen, wie sie im zweiten Teil der Motion gefordert wird, rückt die für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen vermehrt ins Blickfeld der Kartellrechtsdurchsetzung und weicht damit von der bisherigen Konzeption des Kartellgesetzes ab. Die Bestrafung von natürlichen Personen soll in der Praxis als neues Präventionsinstrument neben die bisherige und bewährte Sanktionierung von Unternehmen treten.

Der Bundesrat begrüsst zwar grundsätzlich die mögliche höhere Abschreckungswirkung, die aus Sanktionen gegen natürliche Personen im KG erwachsen kann. Man muss sich jedoch bewusst sein, dass strafrechtliche Verfahren gegen natürliche Personen, welche letztlich in Freiheitsstrafen münden können, i.d.R. länger dauern und ressourcenaufwändiger sind als die heutigen Verwaltungsverfahren gegen

¹⁴ Der Synthesebericht beruht auf 15 Berichten und Studien und enthält 14 Empfehlungen, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de>.

Unternehmen. Zudem haben Abklärungen ergeben, dass durch diese tiefgreifende Änderung auch Risiken für die Durchsetzung des Kartellrechts und damit letztlich den wirksamen Wettbewerb entstehen können. So würde ohne weitere Vorkehrungen insbesondere die heute wirksame Bonusregelung stark geschwächt: Denn es scheint in Zukunft eine freiwillige Meldung von Kartellverstössen durch ein beteiligtes Unternehmen doch weitgehend illusorisch, wenn damit zwar das Unternehmen von der Sanktion befreit würde, die beteiligten Mitarbeiter im Unternehmen im Gegenzug jedoch in jedem Fall bestraft werden müssten¹⁵.

Als Alternative zu Strafsanktionen mit den beschriebenen Nachteilen bietet sich die Einführung präventiv wirkender verwaltungsrechtlicher Massnahmen an. Namentlich eine Tätigkeitseinschränkung, wie sie heute z.B. bereits im Finanzmarktaufsichtsgesetz vorgesehen ist, zum Schutz des Wettbewerbs würde erlauben, Mitarbeiter direkt ins Recht zu fassen und gleichzeitig zukunftsgerichtet den wirksamen Wettbewerb zu schützen. Die Nachteile der Alternative „Verwaltungsmassnahmen“ sind weniger ausgeprägt.

Alternative institutionelle Regelungen wurden verworfen, namentlich ein Vorgehen nach Verwaltungsstrafverfahren in einem einheitlichen Verfahren simultan gegen die an einer horizontalen Abrede beteiligten Unternehmen und verantwortlichen Mitarbeiter. Wenn bei Preiskartellen z.B. gegen ein halbes Dutzend Unternehmen und je Unternehmen z.B. gegen je drei Personen ermittelt werden müsste, die sich alle wechselseitig beschuldigen, würden angesichts der Zahl der Prozessparteien aus der Zusammenlegung der Verfahren gegen Personen und Unternehmen nur vordergründig Einsparungen resultieren. Auch wäre ein Wechsel des Verfahrensrechts bei nur einer bestimmten Form von wettbewerbsschädlichen Verhalten unweckmässig. Welche Form von Abrede vorliegt, lässt sich oft erst im Zuge der Ermittlungen erkennen, und eine andere Behandlung von Horizontalabreden als Vertikalabreden und Fällen von Marktmachtmissbrauch würde die noch im Aufbau befindliche Rechtsprechung zu den 2003 eingeführten Verwaltungssanktionen nach KG in Frage stellen. Angewandt im institutionellen Rahmen, den die Vernehmlassungsvorlage vom 30. Juni 2010 vorsieht, ist für Unternehmen das Verwaltungsverfahren das angemessenere Verfahrensrecht als das Verwaltungsstrafverfahren.

Gegen natürliche Personen in einem Verfahren gemäss VStrR vorzugehen¹⁶, wurde aus verschiedenen Gründen nicht weiterfolgt, würde bei einer Weiterverfolgung von Variante B aber eine Option darstellen.

Keine Option stellt die Variante dar, gegen Unternehmen nach Unternehmensstrafrecht vorzugehen. Ein Wechsel auf das Modell des Unternehmensstrafrechts gemäss Strafgesetzbuch (StGB) wäre namentlich deshalb keine sachgerechte Lösung, weil dieses – anders als das KG – von der primären Verantwortlichkeit der natürlichen Person ausgeht. Spezielle Delikte ausgenommen, kommt es nur dann zu einer (subsidiären) Haftung der Unternehmung, wenn das Delikt infolge mangelhafter Organi-

¹⁵ Einer notwendigen Ausdehnung der Bonusregelung für Unternehmen auf die mitwirkenden Mitarbeiter stehen jedoch möglicherweise grundsätzliche Überlegungen entgegen (insbesondere Kohärenz mit dem Kernstrafrecht, dem Kronzeugenregelungen fremd sind), siehe dazu vorn Ziff. 1.1.4. sowie hinten die Ausführungen zu Art. 53a Abs. 3.

¹⁶ Vgl. Gutachten HEINE/ROTH, abrufbar unter: <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de>

sation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann (Art. 102 Abs. 1 StGB). Und auch bei den Delikten nach Art.102 Abs. 2 StGB, wo das Unternehmen selbständig verfolgt wird, kommt es nur zur Sanktion, wenn das Unternehmen nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern. Im Kartellrecht wird das Unternehmen aber nicht für eine blosser Unterlassung sanktioniert, sondern dafür, dass es sich an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt. Denn in aller Regel profitiert in erster Linie das Unternehmen (und damit nicht der Einzelne, sondern in der Regel zahlreiche Eigentümer und Mitarbeitende) von einer Kartellrente und verursacht den Schaden, der dadurch der Volkswirtschaft und letztlich den Konkurrenzunternehmen sowie Konsumentinnen und Konsumenten entsteht. Mit Blick auf die Präventivwirkung wäre zudem eine Anpassung des bisherigen umsatzbezogenen Sanktionsrahmens an den Bussenrahmen nach Unternehmensstrafrecht (maximal 5 Mio.) geradezu fatal. Ein derart geringer Bussenrahmen würde die – anlässlich der Evaluation gemäss Artikel 59a KG bestätigte – Abschreckungswirkung der direkten Sanktionen gegen Unternehmen vernichten und stünde gerade bei grösseren Unternehmen häufig in keinem Verhältnis zur Profitabilität von Kartellabreden. Die heutige Konzeption der Unternehmenssanktion nach Artikel 49a KG dient nämlich zu einem nicht unwesentlichen Teil auch dazu, dass sich der Kartellverstoss für das sanktionierte Unternehmen nicht lohnt, indem neben einer Strafkomponente damit auch die Kartellrente abgeschöpft wird.

Vor diesem Hintergrund werden daher nachfolgend zur Umsetzung der Motion Schweizer zwei Lösungsvarianten vorgeschlagen:

- Variante A sieht als zusätzliche Instrumente zum Schutz des Wettbewerbs verwaltungsrechtliche Massnahmen vor, mit dem Ziel Personen in einem Unternehmen davon abzuhalten, erneut an Verstössen gegen das KG mitzuwirken, und Vorteile, die durch einen Kartellverstoss erlangt wurden, wieder auszugleichen. Da im Verwaltungsverfahren über diese Massnahmen entschieden wird, kann die Präventivwirkung des KG erhöht werden, ohne dass für gleiche Lebenssachverhalte in Zukunft verschiedene Verfahren und doppelspurige institutionelle Strukturen vorgesehen werden müssen. Daher besteht auch keine Gefahr von widersprüchlichen Beurteilungen desselben Kartells, da dieselben Untersuchungs- und Entscheidungsinstanzen (Wettbewerbsbehörde respektive Bundeswettbewerbsgericht) sowohl für das Verfahren gegen Unternehmen als auch die Massnahmen gegen natürliche Personen zuständig sind. Im Vergleich zu Variante B wären der Ressourcenbedarf geringer und die Verfahrensdauer kürzer.
- Die Variante B sieht Strafsanktionen gegen natürliche Personen vor, die an horizontalen Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden mitgewirkt haben. Insofern entspricht die vorgeschlagene Regelung dem Wortlaut der Mo. Schweizer, welche ebenfalls die Sanktionierung bei horizontalen Kartellen („Kartellabsprachen mit Wettbewerbern“) fordert, nicht aber bei vertikalen Abreden oder in Fällen von Marktmachtmissbrauch. Als Strafrahmen ist (wie auch in der ausformulierten Parlamentarischen Initiative Kaufmann) Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorgesehen. In den Strafverfahren gegen natürliche Personen soll die Bundesanwaltschaft die Untersuchung

führen und Anklage vor dem Bundesstrafgericht erheben. Durch die klare (auch personelle) Trennung vom Verwaltungsverfahren gegen das Unternehmen wird gewährleistet, dass die bestehenden Instrumente und die Durchsetzung des KG, welches zuallererst der Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs dient, insgesamt nicht geschwächt werden. Diese strafrechtliche Variante erfordert sowohl im Vergleich zu heute als auch im Vergleich zur Variante A insgesamt einen deutlich höheren Ressourcenbedarf.

Entsprechend seiner früheren Haltung lehnt der Bundesrat die Sanktionierung natürlicher Personen ab. Er spricht sich damit gegen eine Umsetzung sowohl der Variante A als auch der Variante B aus. Soweit auch der zweite Teil der Motion umgesetzt werden soll, bevorzugte der Bundesrat aus verschiedenen Gründen die Variante A. Variante B setzt dagegen den Wortlaut der Motion um.

1.2.2 Sanktionsminderung bei Unternehmen dank „Compliance“-Massnahmen

Durch die vorgeschlagene Revision wird das Anliegen der Motion, dass Compliance-Programme sanktionsmindernd zu berücksichtigen seien, explizit in einer Bestimmung im KG verankert. Diese Neuerung ändert nichts am Sanktionskonzept der KG-Revision 2003: Der Nachweis eines Organisationsverschuldens ist weiterhin keine Voraussetzung dafür, dass ein Unternehmen nach Artikel 49a für einen KG-Verstoss sanktioniert werden kann. Der Umstand, dass ein Unternehmen ein hohen Anforderungen genügendes Compliance-Programm betrieben hat, hat in Umsetzung der überwiesenen Motion jedoch in die Sanktionsbemessung einzufließen.

Das Aufstellen und Umsetzen angemessener und wirksamer Compliance-Programme ist vorbehaltlos zu begrüssen. In vielen Fällen können durch solche Programme Fehlverhalten von Managern sowie Mitarbeitenden und damit Verstösse gegen das KG verhindert werden. Damit leisten, wie ausgeführt, Compliance-Bemühungen einen wertvollen Beitrag zur Erreichung der Zielsetzung des KG, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern.

Der Bundesrat macht jedoch darauf aufmerksam, dass die geforderte Sanktionsreduktion als Folge von Compliance-Bemühungen eine „Belohnung“ für die im konkreten Fall erfolglose Bemühung zu rechtstreuem Verhalten darstellt, die in der Schweizerischen Rechtsordnung jedenfalls in dieser Form bisher unbekannt ist. Im internationalen Vergleich stellt Compliance als Sanktionsmilderungsgrund im Bereich des Kartellrechts zudem die Ausnahme dar: Nach Änderung ihrer früheren Praxis lehnen es insbesondere die Gerichte der EU seit vielen Jahren ab, Compliance-Programme strafmildernd zu berücksichtigen, mit der Begründung, dass diese bei Vorliegen eines Kartellverstosses doch nichts daran geändert hätten, dass eine Zuwiderhandlung tatsächlich begangen worden ist. Nach Erhebungen des International Competition Networks (ICN) in 22 ausgewählten Jurisdiktionen kennen bislang nur Frankreich, Südkorea und Neuseeland Sanktionsmilderung dank Compliance (die USA theoretisch auch, praktisch aber nicht). Vor diesem Hintergrund stellt die Sanktionsreduktion aufgrund von Compliance-Bemühungen eine weitgehende Konzession an die Unternehmen dar.

In Frage kommt eine Sanktionsreduktion nur für Compliance-Programme, die einen wirksamen Beitrag zur Durchsetzung des Kartellrechts leisten¹⁷. Die Entscheidung, ob die Voraussetzungen für eine Sanktionsreduktion im Einzelfall erfüllt sind, obliegt den Wettbewerbsbehörden bzw. Gerichten. Als Grundlage für die Beurteilung dienen die von den Unternehmen beigebrachten Informationen und Beweismittel über die getroffenen Compliance-Massnahmen und ihre konkrete Umsetzung. Allenfalls wird der Bundesrat durch Verordnung oder die Wettbewerbsbehörde durch Bekanntmachung eingehendere Regelungen treffen müssen.

Die Höhe der Sanktionsreduktion im konkreten Einzelfall wird von Seiten der Behörden bzw. Gerichte sorgfältig abgewogen werden müssen: Eine angemessene Sanktionsreduktion ergibt einen zusätzlichen Anreiz für die Vermeidung von Wettbewerbsverstössen, zu hohe Reduktion (im Extremfall die fast vollständige Sanktionsbefreiung) einen Anreiz, Programme zu schaffen, die vorab darauf zielen, die Nachweise zu produzieren, die es für die Vermeidung von Sanktionen braucht. Trotz Sanktionsreduktion sollte in jedem Fall der vom Unternehmen durch den Wettbewerbsverstoss unrechtmässig erzielte Gewinn (sog. Kartellrente) soweit bestimmbar abgeschöpft werden. Eine darüber hinaus gehende finanzielle Belastung kann dank Compliance vermindert oder allenfalls ganz vermieden werden. Bei der Bemessung ist stets auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Darüber hinaus darf die Aussicht auf Sanktionsreduktion infolge des Betriebens eines Compliance-Programms auch nicht so weit gehen, dass das mit der KG-Revision 2003 neu eingeführte und wirksame Instrument der Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG) in einem Risiko-Nutzen-Kalkül unattraktiv wird und deshalb nicht mehr genutzt wird.

1.2.3 Verwaltungsrechtliche Massnahmen (Variante A)

Wie unter 1.2.1 bereits festgehalten, steht der Bundesrat der Umsetzung von Variante A und B ablehnend gegenüber. Soweit die Mo. Schweiger aber umgesetzt wird, bevorzugt der Bundesrat auf ein repressives strafrechtliches Vorgehen gegen natürliche Personen (Variante B) zu verzichten, jedoch präventiv wirkende verwaltungsrechtliche Massnahmen (Variante A) einzuführen.

Personen, die gezeigt haben, dass sie zu Kartellrechtsverstössen neigen, soll gemäss Variante A befristet verboten werden, in den am Kartell beteiligten Firmen an verantwortlicher Stelle tätig zu sein. Es geht folglich um Tätigkeitsverbote, wie sie bereits im Finanzmarktaufsichtsgesetz vorgesehen sind. Dass auf ein repressives strafrechtliches Vorgehen gegen natürliche Personen verzichtet wird, erfolgt im Interesse der Vereinfachung der Strukturen (Ausschaltung von Staatsanwaltschaften und Strafgerichten). Damit der verwaltungsrechtliche und nicht strafrechtliche Charakter der Massnahme ersichtlich wird, muss bei diesen verwaltungsrechtlichen Massnahmen der präventive Charakter indes im Vordergrund stehen, d.h., die Massnahmen müssen geeignet sein, die Gefahr weiterer Kartellverstösse zu reduzieren bzw. durch den Kartellverstoss erreichte Vorteile wieder auszugleichen. Es geht also nicht um eine, auf Sühneleistung zielende Bestrafung der Person, sondern um den

¹⁷ Nähere Ausführungen zu den Anforderungen an Compliance-Programme finden sich in den Erläuterungen zu Art. 49a.

präventiven Schutz des Wettbewerbs. Beeinträchtigungen des Wettbewerbs lassen sich nicht nur mit der Androhung von Sanktionen für den Fall eines Vergehens vermindern, sondern auch mit in die Zukunft gerichteten ganzen oder teilweisen Untersagung der beruflichen Betätigungsmöglichkeiten, die zum Schutze des Wettbewerbs im Bedarfsfall erlassen werden. Bei Erlass solcher Massnahmen sind die rechtsstaatlichen Vorgaben der EMRK zu berücksichtigen. Die in der Vernehmlassung vom 30. Juni 2010 zur Revision des Kartellgesetzes unterbreiteten Vorschläge für institutionelle Anpassungen bei den Wettbewerbsbehörden (klare personelle Trennung von Untersuchung und Entscheid) und die damit verbundene Erhöhung der Rechtsstaatlichkeit der Verfahren kämen auch bei der Einführung von Verwaltungsmassnahmen gegen natürliche Personen zum Tragen. Weiter fügen sich Verwaltungsmassnahmen dergestalt in das in der Vernehmlassung vom 30. Juni vorgeschlagenen institutionellen Modell ein, dass dem Ziel der Beschleunigung von Kartellverfahren weiterhin entsprochen werden kann¹⁸.

Das Tätigkeitsverbot kann direkt der Person, die sich kartellrechtswidrig verhalten hat, auferlegt werden. Die Auflage, bestimmte Personen für eine bestimmte Zeit nicht mehr in einer bestimmten Stellung tätig werden zu lassen, könnte aber auch dem Unternehmen gemacht werden (vgl. den Gewährschutz in der Finanzmarktaufsicht). Die ratio legis in diesem zweiten Fall ist die, dass durch den Kartellverstoss das Unternehmen in eine beaufsichtigte Stellung geraten ist, so dass man ihm präventive organisatorische Auflagen machen kann. Der Vorteil in diesem zweiten Fall ist, dass eine klarere Abgrenzung zum Strafrecht stattfindet. Es versteht sich aber, dass die betroffene Person im Verwaltungsverfahren gegen das Unternehmen hinsichtlich ihrer persönlichen Stellung volle Parteirechte geniessen muss, was zu grossen prozeduralen Schwierigkeiten führen würde und gegen die Auferlegung von Tätigkeitsverboten an das Unternehmen spricht.

Auferlegt man das Tätigkeitsverbot dem verantwortlichen Mitarbeiter, hat dies den Vorteil, dass man ihm gegenüber zeitgleich die Einziehung von Lohnbestandteilen und Bonuszahlungen, welche dank des Wettbewerbsverstosses erzielt worden sind, verfügen kann. Diese Einziehung gleicht durch Kartellverstösse entstandene Bereicherungen wieder aus. Indem die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands sichergestellt wird, trägt die Einziehung zur Fairness im Wirtschaftsleben bei. Darüber hinaus vermag die Aussicht auf die Einziehung von geldwerten Vorteilen v.a. Personen in leitender Stellung den Anreiz zu nehmen, kartellrechtliche Bestimmungen zu verletzen.

Auf diese beiden neuen verwaltungsrechtlichen Massnahmen gegen natürliche Personen ist in Anlehnung an das FINMAG wegen ihrer zukunftsgerichteten und ausgleichenden Natur das VwVG anwendbar. Somit lassen sie sich leicht in die bestehende Konzeption des KG einfügen. Da keine neuen Behörden hinzutreten, bleiben die Verfahren so einfach und rasch wie möglich. Die heutige Praxis auf Basis des VwVG wird weiterentwickelt.

¹⁸ Zu den beim Erlass von Verwaltungsmassnahmen zu beachtenden EMRK-Verfahrensgarantien äussert sich das Gutachten Heine/Roth (abrufbar unter: <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de>).
Siehe zur Wahrung der Parteirechte auch vorn, Ziff. 1.1.4. und hinten, Ziff. 2.2

Verglichen mit der Einführung von Strafsanktionen bleibt der Ressourcenbedarf geringer und die Verfahrensdauer kürzer. Weil die Untersuchung neu die verantwortlichen Manager auch persönlich betrifft, ist dennoch von einer Erschwerung der Untersuchungshandlungen auszugehen.

1.2.4 Strafrechtliche Sanktionen (Variante B)

Die Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen dient im Gegensatz zu den verwaltungsrechtlichen Massnahmen nicht hauptsächlich dem Schutz des Wettbewerbs in Zukunft, sondern der Bestrafung der Person für schuldhaftes, unzulässiges Verhalten. Während sich die Motion Schweiger nicht zum Strafrahmen äussert, sieht die hängige Parlamentarische Initiative Kaufmann vor, dass Mitwirkung bei bestimmten horizontalen Wettbewerbsabreden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe zu bestrafen ist. Der vorliegende Vorschlag, der sich an den parlamentarischen Vorstössen orientiert, sieht folgende konkrete Ausgestaltung der Bestrafung natürlicher Personen vor:

Erstens soll sich strafbar machen, wer vorsätzlich an einer Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, mitwirkt.

Entsprechend der Mo. Schweiger, gemäss welcher das strafbare Verhalten in der aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit „Wettbewerbern“ liegen soll, sieht die Vernehmlassungsunterlage eine Beschränkung der Strafbarkeit auf die Mitwirkung bei sog. harten horizontalen Kartellabreden vor. Die Mitwirkung an unzulässigen vertikalen Abreden oder in Fällen von Marktmachtmissbrauch ist nicht strafbar.

Die strafrechtliche Sanktionierung auf diese Abreden zu beschränken ist insofern sachgerecht, als es sich bei diesem Abredetyp um Wettbewerbsbeschränkungen handelt, die zum einen besonders schädlich sind und sich zum anderen in aller Regel in Verfahren der Wettbewerbsbehörden tatsächlich als unzulässig erweisen (da sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geführt oder den Wettbewerb erheblich und in ungerechtfertigter Weise beeinträchtigt haben). Dieser Geltungsbereich entspricht auch einem internationalen Konsens, wie er etwa in den OECD-Empfehlungen zu den Hardcore-Kartellen festgeschrieben ist.

Mit Bezug auf die Voraussetzungen der Strafbarkeit ist *zweitens* der Täterkreis abzugrenzen. Dazu sieht die Vernehmlassungsunterlage vor, auf die Tathandlung abzustellen. Demnach soll strafbar sein, wer vorsätzlich an einer Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, mitwirkt. Das heisst, dass beispielsweise die Abgabe einer Stützofferte in einem Ausschreibungsverfahren (vgl. RPW 2009/3 S. 196 ff.) zur Bestrafung auch derjenigen Person führt, welche deren Einreichung mit dem Anstifter der Submissionsabsprache vereinbart hat.

Mit Bezug auf die Festlegung der Strafbarkeitsvoraussetzungen sieht die Vernehmlassungsunterlage *drittens* vor, einen speziellen Kartellstraftatbestand zu schaffen. Eine besondere Bestimmung ist gegenüber der Anknüpfung oder Verweisung auf für die Unternehmenssanktionierung konzipierte kartellrechtliche Tatbestände vorzuziehen. So lassen sich Schwierigkeiten vermeiden, wie sie bisweilen im Zusammenhang mit Wirtschaftsstrafverfahren auftreten, wenn stark auf ökonomische Kriterien und die Beurteilung von wirtschaftlich „richtigem“ bzw. sinnvollem Verhalten abgestellt wird. Eine spezielle Regelung für die Bestrafung natürlicher Personen erlaubt es besser, einen klar auf natürliche Personen zugeschnittenen Tatbestand zu definieren, der den strafrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm genügt. Während Unternehmen verpflichtet und in der Lage sind, sich mit Begriffen wie der Widerlegung der Vermutung, der wirtschaftlichen Erheblichkeit oder der Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz auseinanderzusetzen, sind solche Überlegungen der natürlichen Person nicht zuzumuten. Dem für eine Kartellabsprache verantwortlichen Mitarbeiter kann bereits der Zugang zu den entsprechenden Unternehmens- und Marktdaten fehlen. Zudem kann er nicht direkt das Widerspruchsverfahren anrufen, mit dem das Unternehmen seine rechtlichen Unsicherheiten einschränken kann. Festzuhalten ist immerhin, dass bei den verfolgten horizontalen Abreden schon heute eine genügende rechtliche Sicherheit besteht, die durchaus mit jener bei Delikten wie Betrug u.a.m. vergleichbar ist. Dass man mit der Konkurrenz nicht Preise absprechen darf, gilt in der breiten Öffentlichkeit wohl als der Grund schlechthin, wofür es das Wettbewerbsrecht gibt.

Die Einführung einer eigenen, strafrechtlichen Norm führt jedoch dazu, dass mit Bezug auf die Bestrafung von natürlichen Personen aus Gründen der rechtlichen Bestimmtheit weitgehend der Schritt zu „per se-Verboten“ für bestimmte Verhaltensweisen natürlicher Personen erfolgt. Dass wegen der strafrechtlichen Bedrohung, unter der die Mitarbeiter stehen, auch für die Unternehmen de facto bei horizontalen Abreden sehr oft ein „per se“-Verbot resultieren wird, ist ein Teil des Preises, der für eine Umsetzung der Motion Schweiger zu bezahlen ist.

In engem Zusammenhang mit der Frage der eigenen Strafnorm steht wie ausgeführt *viertens* die Frage, gestützt auf welche Deliktsfigur das Rechtsgut geschützt werden soll. Die Vorlage sieht diesbezüglich die Ausgestaltung des Straftatbestandes als abstraktes Gefährungsdelikt vor. Das bedeutet, dass schon die blossе Vornahme bestimmter Handlungen strafbar sein soll, ohne dass der Täter dadurch das geschützte Rechtsgut – vorliegend den Wettbewerb – verletzt haben müsste. Mit anderen Worten soll gemäss der vorliegenden Unterlage bereits der Abschluss einer Vereinbarung, welche ein Hardcore-Kartell bezweckt, unter Strafe gestellt werden. Strafbarmacht sich also etwa bei Submissionsabsprachen jeder Abredeteilnehmer. Wenn der Zuschlag an einen dritten Bewerber gegangen ist, der sich nicht an der Abrede beteiligt hatte, ist zwar der wirtschaftliche Schaden vermieden worden, es bleibt aber die Tatsache, dass der Beschaffungsstelle eine Wettbewerbslage vorgetäuscht wurde, die nicht den Tatsachen entspricht. Die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch die Ausgestaltung als abstraktes Gefährungsdelikt lässt es zu, auf die Strafbarkeit des Versuchs zu verzichten (Art. 53a Abs. 2). Abklärungen über die Bildung einer Bietergemeinschaft im öffentlichen Beschaffungswesen bleiben bezogen auf die beteiligten Mitarbeiter ohne strafrechtliche Folgen. Solche treten erst ein, wenn es zur Einreichung von Offerten kam, die untereinander verbunden sind, ohne dass dies

der Marktgegenseite zur Kenntnis gebracht wurde. Schliesslich soll eine natürliche Person nur dann bestraft werden, wenn sie alle objektiven Merkmale des betreffenden Tatbestandes mit Wissen und Willen verwirklicht hat, also vorsätzlich handelte. Da Vorsatz bezüglich der Abgabe auf einander abgestimmter Angebote (z. B. auch Verzicht gewisser Bewerber auf Offertstellung) nachgewiesen werden muss, und nicht eine Absicht der wirtschaftlichen Schädigung der Marktgegenseite, ist der nötige Nachweis des Vorsatzes indes kaum eine Schwächung der Norm. Diese Einschätzung stützt sich auf die Erfahrungen Deutschlands, wo Submissionsabsprachen zuerst als Betrug verfolgt wurden, bevor genau aus dem Grund des schwierigen Nachweises des Vorsatzes bei Betrug eine eigene Strafnorm für Submissionsabsprachen geschaffen wurde.

Mit Bezug auf die Festlegung der Rechtsfolge, d. h. des Strafrahmens, fordert die Motion Schweiger die Einführung von „Strafsanktionen für natürliche Personen“, zu den Rechtsfolgen und damit zur Notwendigkeit von Freiheitsstrafen äussert sie sich damit nicht konkret. Dies im Gegensatz zur Parlamentarischen Initiative Kaufmann (08.443), welche explizit die Einführung von Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren oder Geldstrafen fordert. Die Vernehmlassungsunterlage schliesst sich diesbezüglich der in der Parlamentarischen Initiative Kaufmann vorgeschlagenen Lösung an und sieht ebenfalls die Bestrafung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Dieser Strafrahmen erscheint insbesondere im Vergleich mit demjenigen bei anderen Delikten der Wirtschaftskriminalität als angemessen. Überhaupt scheint die Androhung von Freiheitsentzug notwendig, damit von der neuen Strafbarkeitsbestimmung überhaupt eine spürbare Abschreckungswirkung zu erwarten ist. Diesbezüglich ist jedoch anzumerken, dass aufgrund der strafrechtlichen Praxis in der Schweiz zu erwarten ist, dass für kartellrechtliche Erstverstösse von den Gerichten wohl – wenn überhaupt – „nur“ bedingte Freiheitsstrafen ausgesprochen werden. Geldstrafen hingegen könnten, falls sie unbedingt ausgesprochen werden, in der Praxis von den Unternehmen bezahlt werden (auch wenn dies als strafbare Strafvereitelung zu werten wäre). Auch wenn somit letztlich die individuelle Abschreckungswirkung nicht besonders hoch sein dürfte, bewirkt die Androhung von Freiheitsstrafe eine generelle Schärfung des Unrechtsbewusstseins bezüglich kartellrechtlich unzulässiger Verhaltensweisen, was dem Schutz des Rechtsguts Wettbewerb zuträglich sein dürfte. Namentlich der drohende Strafregistereintrag könnte abschreckende Wirkung haben.

Auf eine Strafverfolgung wird in drei Situationen verzichtet, nämlich wenn das Unternehmen qua Nutzung des Widerspruchsverfahren Sanktionsbefreiung erreichte, wenn vor dem Zeitpunkt der Eröffnung einer Untersuchung gegen das Unternehmen die Abrede länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt wurde oder wenn es zu einer ausnahmsweisen Zulassung einer Wettbewerbsabrede durch den Bundesrat kam. Im Übrigen wird eine laufende Strafverfolgung dann eingestellt, wenn es zu keiner Sanktionierung des Unternehmens gekommen ist. Dies setzt voraus, dass ein Strafverfahren solange nicht mit einer Verurteilung der angeklagten Person abgeschlossen werden darf, als wegen derselben Abrede ein Verfahren gegen das Unternehmen hängig ist.

Komplexer gestaltet sich die Frage nach den Voraussetzungen und Wirkungen der Bonusregelung für natürliche Personen, die es zur Erhaltung der Wirksamkeit dieses

Aufklärungsinstrumentes braucht. Nähere Erläuterungen finden sich weiter hinten in den Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln. Insbesondere wird der Verordnungsgeber festzulegen haben, wer eine Bonusregelung einreichen kann, und für wen die Bonusregelung strafmindernd (oder eventuell strausschliessend) wirken soll.

Im Kernstrafrecht ist der vollständige Straferlass in Folge Selbstanzeige und Bereitschaft zur Mitarbeit mit den Untersuchungsbehörden nicht bekannt, möglich ist Strafminderung. Im Kartellrecht erhält das Unternehmen unter gewissen Voraussetzungen vollständige Sanktionsbefreiung. Die Situation der für eine Kartellabrede verantwortlichen Mitarbeiter wird in diesem Spannungsfeld geregelt werden müssen. Der Bundesrat wird dabei vom Grundsatz ausgehen, dass eine vollständige Strafbefreiung bei gravierenden Vergehen nicht möglich ist.

Mit Bezug auf die verfahrensrechtliche Umsetzung der strafrechtlichen Sanktionierung natürlicher Personen wird hier im Sinne der definierten Prämissen vorgesehen, dass das Verfahren gegen das Unternehmen im Vordergrund steht und verfahrensrechtlich gesehen möglichst in den eingespielten Bahnen ablaufen soll. Die strafrechtliche Verfolgung von natürlichen Personen tritt nur bei einer Kategorie von Abreden als zusätzliches Verfahren hinzu und ihr Ausgang soll das Verfahren gegen das Unternehmen nicht tangieren.

Grundgedanke der vorgesehenen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung ist, dass für die Rechtsadressaten, Unternehmen und natürliche Person, je ein eigenes Verfahren mit je einer anderen zuständigen Behörde geschaffen wird. Dadurch soll vermieden werden, dass Schwierigkeiten bei der Identifizierung und Verfolgung der verantwortlichen Mitarbeiter das Verfahren gegen das Unternehmen ins Leere laufen lassen. Konkret sieht die Vorlage vor, dass die Wettbewerbsbehörde und das Bundeswettbewerbsgericht (nach geltendem KG das Sekretariat der WEKO und die WEKO) wie bisher gestützt auf das KG und das ergänzende Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) die kartellrechtlichen Verfahren gegen Unternehmen führen und entscheiden. Dabei werden gegen die Unternehmen allenfalls für die in Artikel 49a KG vorgesehenen Tatbestände Sanktionen ausgefällt.

Die Bundesanwaltschaft eröffnet gegen Personen, die vorsätzlich an einer Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, mitwirken (Art. 53a), im Einvernehmen mit der Wettbewerbsbehörde ein eigenes Verfahren nach den Regeln der Strafprozessordnung (Art. 53b). Gegebenenfalls erhebt die Bundesanwaltschaft gegen die natürlichen Personen Anklage beim Bundesstrafgericht.

Das Strafverfahren der Bundesanwaltschaft gegen die natürlichen Personen und die verwaltungsrechtliche Untersuchung der Wettbewerbsbehörde gegen die Unternehmen laufen parallel und grundsätzlich unabhängig voneinander. Jede Behörde wendet die ihr gestützt auf das jeweils anwendbare Verfahrensrecht (StPO bzw. KG/VwVG) zur Verfügung stehenden Untersuchungsmittel und Zwangsmassnahmen an (zu nennen sind hier insbesondere die Auskunftspflicht im Verwaltungsverfahren respektive das Instrument der vorläufigen Festnahme von verdächtigen Managern bzw. Mitarbeitenden). Aus Praktikabilitäts- und Effizienzüberlegungen wird

jedoch eine gewisse Koordination zwischen den beiden Untersuchungsbehörden vorgesehen, namentlich um zu verhindern, dass Beweiserhebungsmassnahmen einer Behörde (z.B. Hausdurchsuchungen) durch unkoordiniertes Vorpreschen der anderen Behörde torpediert werden (Art. 53b). Führt etwa die Wettbewerbsbehörde bei einem Unternehmen ohne Koordination mit der Bundesanwaltschaft eine Hausdurchsuchung durch, wäre eine spätere Beweiserhebung der Bundesanwaltschaft beim gleichen Unternehmen mit hoher Wahrscheinlichkeit unergiebig, da die untersuchungsrelevanten Beweismittel nicht mehr vorhanden sein dürften.

In den Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln finden sich Ausführungen zu Pflichten und Einschränkungen beim Informationsaustausch zwischen Wettbewerbsbehörde und Bundesanwaltschaft und zu Prozessgarantien (Art. 53 und 53b). Von besonderen gesetzlichen Bestimmungen zu „*ne bis in idem*“¹⁹ soll abgesehen werden; wenn im Verwaltungsverfahren gegen eine Einzelfirma als Unternehmen eine Verwaltungsverfügung verfügt wird, im Strafverfahren gegen den Eigentümer der Einzelfirma als für den Kartellverstoß verantwortliche Person eine Geldstrafe verfügt werden soll, wird es an den Gerichten liegen, die Verhältnismässigkeit sicherzustellen. Unter welchen Voraussetzungen Fälle von *ne bis in idem* vorliegen könnten, wird im Gutachten HEINE/ROTH eingehender erörtert²⁰.

1.3 Verhältnis zur Vernehmlassung vom 30. Juni 2010

Wie einleitend erwähnt, hat der Bundesrat am 30. Juni 2010 eine erste Vernehmlassung über eine Revision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) eröffnet. Diese erste Vernehmlassungsunterlage beinhaltet erstens eine institutionelle Neuordnung der Wettbewerbspolitik zwecks Stärkung der Rechtsstaatlichkeit²¹. Sie sieht die Schaffung einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde vor, welche die Untersuchungen führt und Antrag an ein neu zu schaffendes, erstinstanzliches Bundeswettbewerbsgericht stellt. Zweitens sollen materielle Verbesserungen umgesetzt werden, nämlich die differenzierte Behandlung vertikaler Vereinbarungen, die Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle, die Verbesserung der Möglichkeiten zur internationalen Zusammenarbeit und die Stärkung des Kartellzivilrechts. Hinzu kommt eine Verbesserung des sog. Widerspruchsverfahrens²².

Zum Zeitpunkt der Eröffnung der ersten Vernehmlassung war die Mo. Schweiger noch nicht überwiesen und vom Bundesrat zur Ablehnung beantragt. Ihre Forderungen wurden deshalb noch nicht in die Vorlage vom Juni 2010 aufgenommen. Der Bundesrat wies aber damals bereits darauf hin, dass eine Annahme des Vorstosses den Entscheid vorwegnehme, dass eine umfangreichere Revision des KG in Angriff

¹⁹ Zum Grundsatz von „*ne bis in idem*“ (d.h. verbotene Doppelbestrafung) vgl. Gutachten HEINE/ROTH, abrufbar unter:
<http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de>

²⁰ Gutachten HEINE/ROTH, abrufbar unter:
<http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de>

²¹ Vgl. Kapitel 1.2.1 des Begleitberichts der Vernehmlassungsunterlage vom 30. Juni 2010.

²² Vgl. Kapitel 1.2.2 bis 1.2.6 des Erläuternden Berichts zur Vernehmlassungsvorlage vom 30. Juni 2010.

genommen werde müsse. Schon im Juni 2010 wurde ausgeführt, dass die nötigen Anpassungen etwa im institutionellen Bereich bei der Einführung von Verwaltungsmassnahmen kleiner wären als bei der Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen.

Die Variante A, Einführung von Verwaltungsmassnahmen, ist mit folgenden institutionellen Implikationen verbunden: Folgt man der institutionellen Neuregelung gemäss Vernehmlassung vom 30. Juni 2010, ergibt sich kein zusätzlicher Anpassungsbedarf. Die Wettbewerbsbehörde führt gegen das Unternehmen und die verantwortlichen Mitarbeiter parallele Verwaltungsverfahren, über welche das Bundeswettbewerbsgericht meist zeitgleich entscheiden wird. Wie es sich bei Beibehaltung der institutionellen Regelung nach geltendem KG verhalten würde, ist angesichts der noch ausstehenden Beurteilung der Sanktionskompetenz der WEKO durch das Bundesgericht in zwei hängigen Fällen zur Zeit noch offen²³.

Die Verhängung von Strafsanktionen bis hin zu Freiheitsstrafen durch die heutige Wettbewerbskommission fällt unbestrittenermassen rechtsstaatlich ausser Betracht. Bei der Variante B, strafrechtliche Sanktionen, werden deshalb zwei getrennte Verfahren vor unterschiedlichen Untersuchungs- und Entscheidungsinstanzen vorgesehen. Das gegen das Unternehmen gerichtete Verfahren könnte dabei sogar im gegenwärtigen institutionellen Rahmen mit Wettbewerbskommission und Bundesverwaltungsgericht als Rekursinstanz abgewickelt werden, das Bundesgerichtsurteil im Fall Terminierungsgebühren vorbehalten. Allerdings würden dann im Lichte der Verfahrensanforderungen, denen das parallele strafrechtliche Verfahren gegen die beteiligten Mitarbeiter genügt, die Unebenheiten der aktuellen institutionellen Ordnung (unzureichende Trennung von Untersuchung und Entscheid, Interessenvertreter im Entscheidorgan) deutlich schärfer als heute hervortreten. Mit der Institutionenreform gemäss Vernehmlassungsunterlage vom 30. Juni 2010 gäbe es dagegen jeweils parallel eine untersuchende Instanz (Wettbewerbsbehörde, Bundesanwaltschaft) und ein unabhängiges Gericht (Bundeswettbewerbsgericht, Bundesstrafgericht). Der so geschaffene institutionelle Rahmen würde höchsten rechtsstaatlichen Ansprüchen gerecht.

Mit dem Vorschlag zweier nach unterschiedlichen Verfahrensrechten abgewickelten Verfahren wird vom Unternehmensstrafrecht abgewichen. Grund ist, dass im Unternehmensstrafrecht nach Strafgesetzbuch das Unternehmen – vorbehalten Artikel 102 Absatz 2 StGB – nur akzessorisch belangt wird, wenn im Unternehmen und in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen, diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens jedoch keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann (Art. 102 Abs. 1 StGB). Anders als im Strafrecht geht es im Kartellrecht jedoch nicht primär um die Ahndung von Straftaten (natürlicher Personen), sondern um die Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs, was zuallererst eine Verhaltenskorrektur des Unternehmens bedingt. Für diesen Hauptzweck des Kartellrechts, Gestaltung der Wettbewerbssituation für die Zukunft, ist das Verwaltungsverfahren am geeignetsten. Einer allenfalls in den in Artikel 49a genannten Fällen hinzukommende Sanktionierung kommt – neben einer erhöhten Abschreckungswirkung – zu

²³ Vgl. vom, Ziff. 1.1.4.

einem erheblichen Anteil eine Ausgleichsfunktion zu, in dem die Belastung auch die Abschöpfung der unrechtmässig erworbenen Kartellrente zum Ziel hat. Das Verfahren gegen das Unternehmen muss somit weiter im Vordergrund stehen, zumal damit alle nach KG unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, also auch Vertikalabreden und Marktmachtmissbrauch untersucht werden. Die Sanktionierung natürlicher Personen soll als zusätzliches Instrument in einem eigenen Verfahren bei den besonders schädlichen horizontalen Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden hinzutreten. Unter die zu schaffende Strafnorm in KG würden somit insbesondere auch Submissionsabsprachen fallen.

Der Entscheid, ob die beiden Vernehmlassungen zu einer gemeinsamen oder zu zwei gestaffelten Botschaften führen werden, ist derzeit noch offen. Es steht den Vernehmlassungsteilnehmenden selbstverständlich offen, sich zur Frage einer allfälligen Staffelung zu äussern.

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob im Zusammenhang mit einer allfälligen Einführung von Verwaltungsmassnahmen oder Strafsanktionen für natürliche Personen die Artikel 54 („Widerhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen“) und 55 („andere Widerhandlungen“) zu modifizieren sind. Diese Strafbestimmungen des geltenden KG sehen insbesondere vor, dass mit Busse bis zu 100'000 Franken bestraft wird, wer vorsätzlich einer einvernehmlichen Regelung, einer rechtskräftigen Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einem Entscheid der Rechtsmittelinstanzen (respektive einem Entscheid des Bundeswettbewerbsgerichts oder des Bundesgerichts gemäss Fassung in der ersten Vernehmlassungsvorlage) zuwiderhandelt (Art. 54 KG)²⁴. Insofern kennt das geltende KG bereits Strafsanktionen gegen natürliche Personen, indem zumindest im Wiederholungsfall die im Unternehmen verantwortlichen Personen auf dem Wege des Verwaltungsstrafrechts verfolgt werden können. Auch wenn (insbesondere wegen weitgehend parallelen, jedoch ans Unternehmen gerichtete Verbotsbestimmungen in Art. 50–52) die Bestimmung von Artikel 54 bis anhin in der Praxis noch nicht zur Anwendung kam (gleiches gilt für Art. 55), so stellt sich bei der Einführung von direkten Strafsanktionen gegen natürliche Personen (Variante B) die Frage, inwiefern die höhere Strafdrohung des vorgeschlagenen Artikels 53a (neu) neben der erstmaligen Widerhandlung auch im Wiederholungsfall gelten soll. Eine Antwort könnte sein, dass in den Fällen von Artikel 5 Absatz 3 KG die Bestimmung des neuen Artikels 53a KG gegenüber Artikel 54 KG vorzugehen hat, indes Artikel 54 KG weiterhin für die

²⁴ Gemäss Art. 55 wird mit Busse bis zu 20 000 Franken bestraft, wer vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40) nicht oder nicht richtig befolgt, einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht oder Verfügungen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen zuwiderhandelt. Im Zusammenhang mit Art. 55 wird bei einer Umsetzung der Mo. Schweiger das Problem der natürlichen Person zu beachten sein, die sich in einem Interessenskonflikt befindet: Erteilt diese Person Auskünfte, läuft sie Gefahr, sich selbst zu belasten. Das Risiko, das Prinzip «*nemo tenetur*» zu verletzen, ist folglich nicht zu unterschätzen (auch wenn es sich nur um eine Massnahme handelt). Soweit die Gefahr besteht, dass die Auskünfte zu einer Anzeige bei der Staatsanwaltschaft führen (Art. 53b), ist offensichtlich, dass die Person keine Auskunftspflicht trifft. Es wird also eine Ausnahme zu Art. 55 vorgesehen werden müssen. Hierfür bestehen mehrere Wege mit ihren jeweiligen Nachteilen.

übrigen Fälle (insbesondere Entscheide betreffend Art. 5 Abs. 4 und Art. 7 KG) zur Anwendung kommt. Wird Verwaltungsmaßnahmen (Variante A) der Vorzug gegeben, wäre klarzustellen, dass bei Wiederholungstätern solche kumulativ zur Strafverfolgung nach Artikel 54 hinzutreten können. Bezüglich allfälliger Anpassungen in den Artikeln 54–57 (insbesondere auch in Hinblick auf das anwendbare Verfahrensrecht und die Untersuchungs- sowie Entscheidungsinstanz in Art. 57) wird der Bundesrat entscheiden, wenn das Ergebnis zur vorliegenden Vernehmlassung bekannt ist.

2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

2.1 Sanktionsminderung bei Compliance-Programmen

Artikel 49a Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

Absatz 1^{bis}. Der erste, zweite und vierte Satz wurden unverändert aus dem bisherigen Absatz 1 übernommen. Wegen der umfangreichen Anpassungen, die gemäss Vernehmlassung vom 30. Juni 2010 im Bereich der vertikalen Abreden in Artikel 49a erfolgen sollen, wurden sie in den neuen Absatz 1^{bis} verschoben. Neu ist hingegen der dritte Satz, mit welchem die Forderung der Motion Schweiger – Sanktionsminderung dank sog. „Kartellrechts-Compliance“ – umgesetzt wird. Im KG wird neu durch eine ausdrückliche Regelung sichergestellt, „dass Unternehmen, welche ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten Verwaltungsanktion belegt werden können“. Es sollen nur solche Compliance-Anstrengungen gefördert werden, welche einen wirksamen Beitrag zur Durchsetzung des Kartellrechts leisten. Um den hohen Anforderungen zu genügen, müssen die Compliance-Massnahmen Ausdruck nachhaltiger Bemühungen eines Unternehmens sein, Kartellrechtsverstösse der begangenen Art zu verhindern. Compliance ist als wichtiger Teil der Unternehmenskultur zu betrachten und durch einen angemessenen Aufbau in finanzieller und personeller Hinsicht zu sichern. Compliance-Anstrengungen müssen der jeweiligen Geschäftstätigkeit, Branche und Grösse des Unternehmens angemessen sein und innerbetrieblich wirksam umgesetzt werden. Es genügt nicht, bloss Verhaltensrichtlinien aufzustellen. Vielmehr gilt es, die rechtlichen Risiken regelmässig zu analysieren, interne Weisungen durchzusetzen und das Management und die Mitarbeitenden periodisch branchen-, funktions- sowie stufengerecht auszubilden, für die Anforderungen des Kartellrechts zu sensibilisieren und das Wissen regelmässig zu kontrollieren. Zu den verschiedenen organisatorischen Massnahmen gehört für Unternehmen z. B., dass nur Zielvorgaben gesetzt werden, die ohne gegen das Kartellrecht zu verstossen zu erreichen sind. Überdies haben strenge und effektive firmeninterne Kontrollmechanismen zu gewährleisten, dass allfällige Kartellverstösse möglichst schnell aufgedeckt, beseitigt und intern geahndet werden. Weitere Fragen, wie z.B. diejenige, ob es zu einem angemessenen Compliance-Programm gehört, im Falle unternehmensintern aufgedeckter Kartelle das weitere Vorgehen mit den Behörden abzusprechen, um zukünftig in den Genuss einer Sanktionsreduktion zu gelangen, werden im Rahmen der Verordnungsanpassung zu entscheiden sein.

Das Dartun, genügende Compliance-Massnahmen umgesetzt und eingehalten zu haben, obliegt demjenigen Unternehmen, das eine Sanktionsreduktion erreichen möchte; bloss Behauptungen sind unzureichend. Trotz Sanktionsreduktion sollte die im Einzelfall erzielte Kartellrente abgeschöpft werden, was bedeuten kann, dass das Unternehmen zwar den durch das Kartell unrechtmässig erzielten Gewinn abzugeben hat, aber darüber hinaus keine zusätzliche finanzielle Belastung zu tragen hat.

Es wird sich als äusserst anspruchsvoll erweisen, die Qualität und Güte eines unternehmensinternen Compliance-Programms zu bewerten. So ist beispielsweise auf die Grösse des Unternehmens Rücksicht zu nehmen. In grossen Unternehmen mit kom-

plizierter Hierarchie und starker Verästelung der Handlungs- und Entscheidkompetenzen sind umfassendere Compliance-Massnahmen angezeigt als in kleinen Unternehmen, in welchen die Geschäftsleitung in der Regel nur wenige Kompetenzen delegiert und deshalb meist selbst aktiv ist, wenn es zu wettbewerbsgefährdenden Handlungen kommt. Im Voraus ist es dem Gesetz- bzw. Verordnungsgeber aufgrund der Vielfältigkeit des unternehmerischen Handelns kaum möglich, verbindliche und detaillierte Vorgaben zu geben, wie genügende Compliance ausgestaltet werden muss. Den Behörden und Gerichten wird unzweifelhaft ein sehr grosser Ermessensspielraum zukommen. Sobald es eine gefestigte Rechtsprechung gibt, wird zu prüfen sein, ob der Bundesrat bzw. die Wettbewerbsbehörde gewisse Anforderungen, welche die Compliance-Programme im Hinblick auf eine Sanktionsmilderung im Grundsatz zu erfüllen haben, in einer Verordnung bzw. Bekanntmachung regeln soll.

2.2 Variante A: Verwaltungsmassnahmen

Artikel 52a Untersagung der beruflichen Tätigkeit

Nach der Motion Schweiger, Punkt 2, bedarf es eines zusätzlichen Eingriffsinstrumentariums gegen gravierende Störungen des Funktionierens des Marktplatzes Schweiz durch einen Verstoß gegen das Kartellgesetz. Das geltende Kartellrecht gebreche daran, dass es bei Verstößen, die zu gravierenden Gefährdungen oder sogar Schädigungen des Wettbewerbs führen, weder eine präventive noch eine repressive Handhabe gegen natürliche Personen, die für die betreffenden Unternehmen handeln, biete. In einer Vielzahl von Ländern steht den zuständigen Behörden tatsächlich ein zweiarmliges Interventionsinstrumentarium zur Verfügung.

Variante A beinhaltet eine präventiv wirkende Lösung, nämlich Tätigkeitsverbote. Die Präventivwirkung ergibt sich daraus, dass Manager und Mitarbeiter, welche bereits an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mitgewirkt haben und bei welchen deshalb anzunehmen ist, dass von ihnen auch in Zukunft eine erhöhte Gefahr für den Wettbewerb ausgeht, für eine gewisse Zeit aus dem Personenkreis, der Neigung zu kartellrechtlich unzulässigem Verhalten wie Abreden im erwähnten Sinne gezeigt hat, entfernt werden können. Auch in anderen Rechtsgebieten wird Behörden die Befugnis eingeräumt, bestimmte Personen zur Gefahrenabwehr aus ihren Funktionen in einem Unternehmen zu entfernen (z.B. Art. 33 FINMAG, Art. 20 Abs. 1 GwG, Art. 51 Abs. 2 Bst. c, f und g VAG). Deshalb soll zukünftig das Bundeswettbewerbsgericht auch befugt sein, die berufliche Tätigkeit derjenigen Person, welche besonders schwerwiegende Kartellgesetzverstöße veranlasst, durchgeführt oder entgegen einer Rechtspflicht nicht verhindert hat, ganz oder teilweise zu untersagen.

Mit besonders schweren Verstößen gemeint sind harte horizontale Kartelle wie (beispielsweise) Submissionsabsprachen. Ist ein Unternehmen an einer solch gravierenden Wettbewerbsbeschränkung beteiligt, so kann das Bundeswettbewerbsgericht auf Antrag der Wettbewerbsbehörde der verantwortlichen Person die Tätigkeit bei den an der Abrede beteiligten Unternehmen für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ganz oder teilweise untersagen. Angeknüpft werden soll an den geltenden Tatbestand bei der Verfolgung von Unternehmen (Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 49a Abs. 1

KG). Die Anknüpfung macht klar, dass Verwaltungsmassnahmen bei jeder unzulässigen, d. h. auch bei einer erheblichen, nicht gerechtfertigten Kartellabrede verhängt werden können. Umgekehrt muss die Unzulässigkeit der Abrede jedoch gegeben sein. Folglich dürfen gemäss Artikel 53a Absatz 4 Buchstaben a–c keine Verwaltungsmassnahmen gegen natürliche Personen verhängt werden, wenn erstens aufgrund einer Meldung nach Artikel 49a Absatz 4 die Belastung für das Unternehmen entfällt; oder zweitens die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist oder drittens der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 zugelassen hat (Art. 49a Abs. 3). Verfolgt werden Anstiftung, Beteiligung und Unterlassung. Haben Personen besonders schwerwiegende Kartellgesetzverstösse nicht verhindert, ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Pflichtwidrigkeit im Sinne eines Unterlassen vorliegt, indem insbesondere vertragliche (z.B. aus Arbeitsvertrag) oder gesetzliche Rechtspflichten nicht beachtet wurden.

Den hier vorgeschlagenen Massnahmen steht nicht entgegen, dass die ganze oder teilweise Untersagung der Berufsausübung nach Verwaltungsrecht traditionell berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten voraussetzen, die aufsichtsrechtlicher Kontrolle unterliegen. Denn anstelle einer theoretisch denkbaren eingriffsintensiven Gesamtaufsicht tritt, dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend, eine nachrangige, bloss punktuelle öffentliche Kontrolle dann ein, wenn es auf einem bestimmten Markt zu einer Störung der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft durch einen Kartellverstoss gekommen ist. Das neue verwaltungsrechtliche Tätigkeitsverbot nach KG unterscheidet sich aber auch vom strafrechtlichen Berufsverbot nach Artikel 67 StGB: Mit der befristeten Tätigkeitsuntersagungen nach Artikel 52a KG wird auf eine konkrete Gefahr bzw. Verletzung der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft zum Schutz von anderen Unternehmen und Konsumenten reagiert. Die neue vorgesehene Verwaltungsmassnahme trägt auch Bedenken der seinerzeitigen Expertenkommission gegen Artikel 67 StGB Rechnung, nämlich dass im Hinblick auf polyvalente Wirtschaftstätter die verbotene Tätigkeit bedenklich unbestimmt beschrieben sei²⁵. Denn das für das KG vorgesehene Tätigkeitsverbot steht in direktem Zusammenhang mit einer durch einen Kartellrechtsverstoss aufgetretenen Gefährdung des Wettbewerbs, zu der es eine reiche Literatur gibt (Vorhersehbarkeit), und das Tätigkeitsverbot ist auf die Wahrnehmung von Funktionen in den an der unzulässigen Abrede beteiligten Unternehmen beschränkt (Verhältnismässigkeit). Zudem ist bei den nach Kartellrecht zuständigen Behörden eine grössere Sachnähe und Fachkunde vorausgesetzt als im Strafrecht nach Artikel 67 StGB.

Eine Ausweitung der Tätigkeitsverbote auf alle Unternehmen in der Branche, in der der Kartellverstoss stattgefunden hat, d. h. auch auf solche, welche nicht am Kartell beteiligt waren, wurde verworfen, weil es kaum möglich wäre, nicht am Kartell und somit auch nicht direkt am Verfahren beteiligten Unternehmen die Einstellung von gewissen Mitarbeitenden zu verbieten. Weiter ist es möglich, dass eine mit einem Tätigkeitsverbot belegte Person bei einem solchen Unternehmen nicht den gleichen Tätigkeitsbereich einnehmen würde wie beim Unternehmen, das am Kartell beteiligt war. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass das Kartellgesetz die Wirtschaft in ihrer ganzen Breite erfasst und nicht auf die Abgrenzung eines beaufsichtigten Sektors

²⁵ Bericht zur Revision des Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1993, 92 f.

Bezug genommen werden kann. Als Ersatz genutzt werden soll der Umstand, dass ökonomische Effekte nur dann auftreten, wenn ein horizontales Kartell genügend Anbieter auf einem Markt einschliesst; d.h. die „Branchenabgrenzung“ wird durch das Kartell gemacht. Naturgemäss ist das eine engere Marktabgrenzung als bei einem beaufsichtigten Sektor. Darüber hinaus geht es vorliegend nicht um ein Tätigkeitsverbot in einer besonders sensiblen und deshalb aufsichtsrechtlich erfassten und bereits abgegrenzten Branche. Vielmehr muss die Verhältnismässigkeit zum strafrechtlichen Berufsverbot gewahrt werden, das auch quer über alle Wirtschaftssektoren hinweg gilt. Nach Artikel 67 StGB setzt die Verhängung eines Berufsverbots die Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen voraus. Die ganz oder teilweise verbotene Tätigkeit bezieht sich auf die betreffende oder vergleichbare Tätigkeiten, und das Verbot reicht von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Da für das Ergreifen der Verwaltungsmassnahme kein Verbrechen oder Vergehen nachgewiesen werden muss, ist das kartellrechtliche Tätigkeitsverbot enger zu fassen. Indem es nicht für einen Beruf, sondern nur für verantwortliche Manager und Mitarbeiter der an einer Kartellabrede beteiligten Firmen gilt, soll insbesondere erreicht werden, dass eingespielte, den Wettbewerb schädigende Beziehungsnetze zwischen Verantwortlichen verschiedener Unternehmen aufgebrochen werden.

Bestimmtheitserfordernisse werden dadurch gewahrt, dass auf diejenige natürliche Person abgestellt wird, „welche diesen Verstoß veranlasst, durchgeführt oder entgegen einer Rechtspflicht nicht verhindert hat“. Aus Verhältnismässigkeitsgründen ist die maximale Dauer der Tätigkeitsuntersagung auf fünf Jahre befristet. Ganz oder teilweise untersagt wird eine Tätigkeit bei jenen Unternehmen, deren Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede festgestellt werden kann. Dauer, Art und Umfang der Tätigkeitsuntersagung richten sich nach dem konkreten Schutzbedürfnis des betroffenen Marktes und haben in jedem Fall verhältnismässig zu sein. Dabei gilt es auch, im Einzelfall die Wahrscheinlichkeit und die mögliche Schädlichkeit künftiger Kartellrechtsverstösse mit den realen Einbussen, die mit dem konkreten Tätigkeitsverbot verbunden sein können, abzuwägen.

Gemäss Artikel 52a Absatz 1 „kann“ das Bundeswettbewerbsgericht auf Antrag der Wettbewerbsbehörde der verantwortlichen Person „die berufliche Tätigkeit bei den an der unzulässigen Abrede beteiligten Unternehmen ganz oder teilweise untersagen“ (bzw. „können“ gemäss Art. 52b Abs. 1 „Vermögenswerte [...] eingezogen werden“). Die Ausgestaltung der Bestimmungen als Kann-Vorschrift entbindet zwar nicht von einer systematischen Prüfung, ob die Tatbestandsmerkmale von Art. 52a bzw. 52b vorliegen, eröffnet indes die Möglichkeit bzw. sogar die Pflicht, von Verwaltungsmassnahmen gegen natürliche Personen in gewissen Fällen abzusehen. Beim Entscheid, insbesondere bei der sich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung stellenden Frage, ob ein Tätigkeitsverbot gegen bestimmte Mitarbeitende für die Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs notwendig ist, ist die Einsicht der Mitarbeitenden, welche sich z.B. in einer Selbstanzeige und der Kooperation mit den Behörden äussern kann, positiv zu berücksichtigen.

Artikel 52b Einziehung von Vermögenswerten

Bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts ist der mutmassliche Gewinn, den ein Unternehmen durch einen Kartellrechtsverstoss erzielt hat, bei der Sanktionsbemessung gegen das Unternehmen angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a KG). Von dieser beim Unternehmen anfallenden Kartellrente zu unterscheiden sind Vermögensvorteile, die Personen dadurch erlangt haben, dass sie einen Kartellverstoss veranlasst, durchgeführt oder entgegen einer Rechtspflicht nicht verhindert haben. Hier weist die geltende Konzeption eine Lücke auf. Andere Länder haben diese Lücke mit jeweils unterschiedlichen Instrumenten geschlossen. Wird die Teilnahme eines Unternehmens an einem horizontalen Preis-, Mengen- oder Gebietskartell festgestellt, so soll neu das Bundeswettbewerbsgericht auch allfällige Vermögenswerte einziehen können²⁶, die eine natürliche Person dadurch erlangt hat, dass sie diesen Verstoss nach Artikel 49a in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 3 veranlasst, durchgeführt oder entgegen einer Rechtspflicht nicht verhindert hat (Art. 52b Abs. 1 KG). Solche Vermögenswerte könnten beispielsweise anfallen, wenn der verantwortliche Manager oder Mitarbeiter aufgrund besonders guter Geschäftszahlen, die ihre Ursache gerade im Kartellverstoss haben, von höheren Lohn- oder Bonuszahlungen profitiert hat. Der vorgeschlagenen Einziehung von Vermögenswerten nach Artikel 52b KG, welche der Bestimmung von Artikel 35 FINMAG nachgebildet ist, kommt ein ausgleichender, nicht aber der Charakter einer Sühneleistung zu.

Die Einziehung soll nicht an der fehlenden Errechenbarkeit des Einziehungsbetrags scheitern. Deshalb kann das Bundeswettbewerbsgericht den Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte schätzen, wenn dieser nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand zu ermitteln wäre (Art. 52b Abs. 2 KG).

Das Recht zur Einziehung verjährt analog zur Bestimmung im FINMAG sieben Jahre nach Verletzung der kartellrechtlichen Bestimmungen (Art. 52b Abs. 3 KG).

*Artikel 53 Verfahren
[Verfahren bei Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen und
Verwaltungsmassnahmen gegen natürliche Personen]*

Allgemeines

Der vorgeschlagene Artikel 53 übernimmt einerseits die bisher in Absatz 1 enthaltene Zuständigkeitsordnung, enthält daneben neu auch eine Reihe von Verfahrensbestimmungen, die sowohl auf die Untersuchungen von Verhaltensweisen von Unternehmen Anwendung finden, die nach den Artikel 49a–52 mit Verwaltungssanktionen bedroht sind, als auch die Verfahren zur Verhängung von Verwaltungsmassnahmen gegen natürliche Personen gemäss Artikel 52a und 52b.

²⁶ Vgl. zur Ausgestaltung der Bestimmung als „Kann-Vorschrift“ die entsprechenden Ausführungen zu Art. 52a.

Zuständigkeit

Die Befugnis, Verwaltungsmassnahmen auszusprechen, muss einer spezialisierten Behörde übertragen werden²⁷; sie muss auch eng mit dem Verfahren gegen das Unternehmen koordiniert werden (Art. 49a KG)²⁸. Es wird daher vorgeschlagen, diese Befugnis – im institutionellen Rahmen gemäss Vernehmlassung vom 30. Juni 2010²⁹ – dem Bundeswettbewerbsgericht zu übertragen, das über einen Antrag der Wettbewerbsbehörde entscheidet (Art. 53 Abs. 1 und 2 KG); diese nimmt die Rolle der Untersuchungs- und Antragsinstanz ein. Dieser institutionelle Rahmen ist sowohl für die Verwaltungssanktionen gegen das Unternehmen als auch für die Verwaltungsmassnahmen gegen natürliche Personen vollumfänglich angemessen.

Bei der Wahl der Verfahrensgesetzgebung kann man unschlüssig sein. Unabhängig davon, ob man die in dieser Vernehmlassung vorgesehenen Verwaltungsmassnahmen als «strafrechtliche Anklagen» im Sinne von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention³⁰ ansieht, so bliebe die Frage der Qualifizierung als strafrechtliche Anklage aber vollständig von der Frage nach dem anzuwendenden Verfahrensrecht getrennt, das der nationale Gesetzgeber wählt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat denn auch entschieden, dass erstinstanzliche Verwaltungsbehörden oder nicht richterliche Organe Strafsanktionen verhängen können, ohne gegen Artikel 6 § 1 zu verstossen³¹.

Es ist anzustreben, dass die Behörde, die zum gleichen Sachverhalt zwei parallele Verfahren führt, einheitliches Recht anwendet. Da das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) bei Verfahren gegen Unternehmen weiter Anwendung findet (Art. 39, Art. 53 Abs. 1 KG)³², sollte im Rahmen der Verwaltungsmassnahmen im Sinne der Art. 52a und 52b E-KG³³ dasselbe Verfahrensrecht gelten.

Koordination mit dem Verfahren gegen das Unternehmen

Einer der Hauptvorteile der Variante Verwaltungssanktionen besteht darin, dass beide Verfahren in den Händen derselben Behörde liegen, sowohl das Verfahren gegen das Unternehmen als auch jenes gegen die natürlichen Personen –³⁴.

Die natürliche Person hat keinerlei Sonderstatus im Verfahren gegen das Unternehmen und umgekehrt. Es handelt sich um zwei zeitgleich der Gerichtsbarkeit unterworfenen, jedoch mit unterschiedlichem rechtlichem Ziel und unterschiedlichen rechtlichen Folgen.

Die Situation der natürlichen Person, die das Unternehmen vertritt, ist allerdings heikel. Da sie selbst Gegenstand eines Verfahrens zur Auferlegung einer Massnah-

27 Vgl. Gutachten HEINE/ROTH, II. 3. a.

28 S. weiter unten, Koordination mit der Verfolgung des Unternehmens.

29 Inwiefern solche Massnahmen im bisherigen institutionellen Gefüge erlassen werden könnten, wird – falls nötig – Gegenstand späterer Abklärungen.

30 Vgl. beispielsweise EGMR Zaicevs vs. Lettland vom 31. Juli 2007, Beschwerde-Nr. 65022/01, § 31.

31 EGMR Jussila vs. Finnland vom 23. November 2006, Beschwerde-Nr. 73053/01, § 43.

32 Vgl. Erläuternden Bericht vom 30. Juni 2010, Ziff. 1.2.7.

33 In Bezug auf die immer noch vorbehaltenen Konventionsgarantien, vgl. oben, Ziff. 1.1.4.

34 Vgl. oben, Kompetenz.

men werden kann, kann sie sich in einem Interessenkonflikt zwischen ihrem Eigeninteresse und dem Interesse des vertretenen Unternehmens befinden. Zudem kann sie sich im Rahmen ihrer Vertretung auch zu Aussagen veranlasst sehen, die sie einer Massnahme aussetzen könnten.

Daher muss ihr für den Fall, dass die Aussage eine selbstbelastende Wirkung entfalten könnte, das Recht zur Aussageverweigerung zugestanden werden. Hingegen darf sie die Teilnahme am Verfahren gegen das Unternehmen und die Beantwortung der von der Untersuchungsbehörde gestellten Fragen nicht verweigern, wenn die gestellten Fragen und gewünschten Informationen keine Wirkung auf ihre persönliche Verantwortlichkeit haben könnten. So müssen Angaben zur Preisbildung oder zur Entstehung von Abreden geliefert werden, solange sie nicht zu einer Selbstbelastung führen. Die Situation bleibt heikel, indem die Angaben zur zeitlichen Entwicklung der Preise ggf. leicht das Ergebnis von Diskussionen erkennen lassen können, die zu den Preisschwankungen geführt haben. Billigt man dem Vertreter des Unternehmens zu, nicht auf Fragen antworten zu müssen, die eine Wirkung auf seine eigene Verantwortlichkeit haben könnten, so versteht es sich von selbst, dass ihn dies nicht am Antworten hindert, nachdem er gebührend auf die Folgen hingewiesen worden ist, die seine Antworten für seine persönliche Lage haben könnten.

Verfahrensablauf

Absatz 1 beschreibt die Abfolge: Die Untersuchung wird von der Wettbewerbsbehörde durchgeführt; nach deren Abschluss wird das Verfahrensdossier dem Bundeswettbewerbsgericht zum Entscheid übermittelt.

Absatz 2 präzisiert den Inhalt des Verfahrensdossiers, welches von der Wettbewerbsbehörde übermittelt wird.

Grundsätzlich sind das Verfahren gegen ein Unternehmen und das Verfahren gegen eine natürliche Person getrennt. Absatz 3 erlaubt jedoch die Vereinigung der beiden Verfahren, wenn wegen gleicher oder wegen zusammenhängender Sachverhalte eine Untersuchung gegen ein Unternehmen als auch gegen eine Person geführt wird. Dieser Entscheid kann sowohl im Stadium der Untersuchung (durch die Wettbewerbsbehörde) als auch im Stadium des Entscheides gefasst werden. Dieser Entscheid ist nach mehrheitlicher Auffassung der Lehre nicht rekursfähig. Dabei handelt es sich angesichts der Folgen aufgrund der Untersuchung wohlgermerkt um eine diskutable Lösung. Indessen liegt es auf der Linie des einheitlichen Strafprozesses, keinen Rekurs vorzusehen (vgl. Art. 30 StPO, Schmid, Handbuch N 1505 f.).

Absatz 4 bestimmt, dass die Artikel 39-44a dieses Gesetzes auf Verfahren Anwendung finden, die aufgrund dieses Artikels durchgeführt werden.

2.3 Variante B: Strafsanktionen

Artikel 53a Mitwirkung an Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen Wettbewerbern

Allgemeines

Wird zur Umsetzung der Motion Schweiger vom Gesetzgeber auf das Instrument der Kriminalstrafen gegenüber natürlichen Personen zurückgegriffen, betont diese Tatsache, dass gravierende Wettbewerbsverstösse keine Kavaliersdelikte sind, sondern schwerwiegende Störungen der öffentlichen Ordnung darstellen. Solche gilt es im Interesse der Allgemeinheit wirksamen Sanktionen zu unterwerfen. Es geht dabei um den Schutz des wirksamen Wettbewerbs, und zwar insbesondere dessen Funktionsfähigkeit in seiner Bedeutung für Gesellschaft und Individuum, durch Strafrecht. Dies liegt auf einer Linie mit sonstigen überindividuellen Rechtsgütern der modernen Gesetzgebung, wie etwa dem Schutz von Gemeininteressen durch Artikel 305bis StGB Geldwäscherei (BGE 129 IV 322). Die Androhung von Kriminalstrafen gegen natürliche Personen soll einen zusätzlichen Beitrag zur Verhinderung von Kartellverstössen leisten.

Die neu vorgesehene Strafvorschrift für natürliche Personen beschränkt die Strafbarkeit auf die Mitwirkung an horizontalen Wettbewerbsabreden, also Abreden zwischen Unternehmen derselben Wirtschaftsebene, und dabei (gleich der Sanktionierung der Unternehmen nach Art. 49a) auf Preis-, Gebiets- und Mengenabreden. Denn es ist mittlerweile weithin gesichert, dass diese harten, horizontalen Kartelle für den Wettbewerb besonders schädliche Auswirkungen zeitigen. Da mit Kriminalstrafe nur besonders strafwürdige Verhaltensweisen erfasst werden sollen, spricht nichts dagegen, mit Massnahmen unterhalb der Kriminalstrafe, die sich zudem nur gegen das Unternehmen richten, den geringeren Unwert von vertikalen Abreden zu erfassen. Dies ist – im Verantwortlichkeitsbereich von Unternehmen – im Wege einer „Belastung“ vertikaler Abreden *de lege lata* der Fall. Diese Differenzierung führt nicht etwa zu einem schweizerischen Sonderweg, sie findet sich vielmehr den Grundzügen nach auch in Nachbarstaaten, so etwa in Deutschland.

Die neue Straftat ist als abstraktes Gefährungsdelikt ausgestaltet. Eine auf den ersten Blick naheliegende Alternative, nämlich die Verknüpfung der Strafnorm mit Artikel 5 Absatz 3 KG, verbietet sich. Denn gegen einen solchen verwaltungsakzesorischen Straftatbestand sprechen zwei Gründe: Soweit die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in Artikel 5 Absatz 3 KG beibehalten wird, würde dies eine Abweichung vom rechtsstaatlichen Grundsatz „in dubio pro reo“ bedeuten, die nach schweizerischem Verständnis bei der Verhängung von Kriminalstrafen nicht hingenommen werden kann. Auch die Verklammerung der Strafvorschrift mit den unbestimmten Rechtsbegriffen würde dem Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) bei Kriminalstrafen zuwiderlaufen, denn die Erheblichkeit und die Effizienzvorteile werden im Gesetz nicht näher beschrieben. Wie im Gutachten HEINE/ROTH gezeigt³⁵, kommt durch diese ökonomischen Kriterien der Exekutive bzw. dem Gericht in hohem Mass Rechtsfindungs- und Gestaltungsfunktion zu. Dies ist im Hinblick auf die adäquate Vorhersehbarkeit von Sanktionen wegen der Eingriffstiefe von Frei-

³⁵ Gutachten, HEINE/ROTH, II. 1. a. aa.

heitsstrafen in einem Rechtsstaat unerträglich. Weil sich aber das Bestimmtheitsgebot nicht als starres Prinzip versteht, sondern als Optimierungsgebot im Hinblick auf das jeweilige gesetzgeberische Programm, die Normadressaten und die Rechtsfolgen³⁶, bestehen keine Bedenken, bei der „Belastung“ von Unternehmen Artikel 5 KG zum Zuge kommen zu lassen. Bei Rechtsunsicherheiten steht dem Unternehmen (und damit immerhin indirekt auch dem involvierten Mitarbeiter) das Widerspruchsverfahren zur Verfügung.

Folglich kann die Lösung für die Verfolgung natürlicher Personen nur in der Herausbildung eines abstrakten Gefährdungsdelikts gesehen werden. Es geht darum, dass der Gesetzgeber horizontale Wettbewerbsabreden bereits per se als so gefährlich erachtet, dass er sie generell verbietet. Dabei ist die Beurteilung einer Verhaltensweise nicht immer einfach. So kann etwa eine Nicht-Bearbeitung eines geographischen Teilmarktes eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise sein, sie kann aber auch dem Transportkostenkalkül der Unternehmen entspringen. Insofern kann das Nichteingeben einer Offerte für sich für die Anwendung der Bestimmung noch nicht reichen, sondern Kontakte zwischen den potenziellen Offertstellern müssen nachgewiesen sein. Die Ausgestaltung als Gefährungsdelikat hat zur Folge, dass das Kartellgesetz von dem bislang für Unternehmen geltenden Missbrauchsansatz bei natürlichen Personen Abschied nehmen muss; dieser abstrakte Gefährungstatbestand bedeutet die Einführung eines per se-Verbots bei natürlichen Personen. Eine Alternative hierzu besteht nicht. Dieser Perspektivenwechsel entspricht aber der Gesetzgebung vieler europäischer Staaten.

Bei Artikel 53a KG geht es darum, Zustände durch horizontale Abreden zu verhindern, welche die Gefahr einer Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs erhöhen. Die per-se-Strafbarkeit im Wege eines abstrakten Gefährungsdelikts birgt die Gefahr einer Überkriminalisierung im Einzelfall. In Folge der strikten Bindung dieser Norm an das KG werden dessen Gegebenheiten auch bei der Strafbarkeit natürlicher Personen gebührend zu berücksichtigen sein. Konkret wird der Gefahr einer überbordenden Strafbarkeit erstens dadurch vorgebeugt, dass, wie eingangs gesehen, auf entsprechend wirtschaftsgefährliche Zustände abgestellt wird. So erfasst Artikel 53a KG nur solche Wettbewerbsabreden, die zu den besonders schädlichen zählen und sich in Verfahren der Wettbewerbsbehörde in der Regel als schädlich erweisen. Zweitens steht es den Unternehmen offen, den Wettbewerbsbehörden geplante, horizontale Abreden zu melden (Widerspruchsverfahren) und damit auch für die Mitarbeitenden bzw. Manager die Gewissheit zu erlangen, ob eine geplante Verhaltensweise unproblematisch oder allenfalls problematisch sein könnte. Drittens besteht eine gewisse Akzessorität des Verfahrens gegen natürliche Personen, die sich einerseits aus der systematischen Stellung des Artikel 53a KG ergibt und andererseits daraus, dass die Eröffnung einer strafrechtlichen Untersuchung nur im Einvernehmen mit dem verwaltungsrechtlichen Untersuchungsorgan erfolgen kann. Dieses Zustimmungserfordernis sorgt insbesondere dafür, dass durch die Bundesanwaltschaft keine Verhaltensweisen verfolgt werden, die den Wettbewerb offensichtlich nicht gefährden. Um eine Bestrafung in allen Fällen, in denen keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, zu verhindern, ist als weiteres Sicherungsmittel

³⁶ Vgl. dazu näher jüngst Bundesverfassungsrichter HASSEMER/DALLMEYER, Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbussen und das Grundgesetz, 2010, 21 ff.

vorgesehen, dass Strafverfahren eingestellt werden, wenn im Verfahren gegen das Unternehmen keine administrative Sanktion ausgesprochen wird (vgl. Art. 53b Abs. 7).

Täterkreis

Bei der Ausformulierung des Gesetzes ist der Täterkreis zu problematisieren. Für die Frage, wer als Täter einer Kartellstraftat in Betracht kommt, ist entscheidend, ob der Tatbestand von jedermann oder nur von bestimmten Personen innerhalb eines Unternehmens verwirklicht werden kann. Hierbei ist zu beachten, dass das Kartellgesetz sich an Unternehmen richtet (Art. 2 Abs. 1 KG). Nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen kommt deshalb für die Strafbarkeit natürlicher Personen Artikel 29 StGB zur Anwendung. Da einem Verbot nur der Adressat des Verbots zuwiderhandeln kann, ist der Verstoss gegen das KG ein Sonderdelikt, das nur der Inhaber eines Unternehmens oder die gemäss Artikel 29 StGB für ihn handelnden Organe, Gesellschafter, Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen oder tatsächliche Leiter verwirklichen können. Für Beteiligte ausserhalb des in Artikel 29 StGB genannten Kreises, also etwa Mitarbeiter aus dem mittleren oder unteren Management, welche die Voraussetzungen von Artikel 29 StGB nicht erfüllen, ist Artikel 26 StGB (Teilnahme am Sonderdelikt) zu beachten. Dies bedeutet, dass diese Personen nur als Gehilfen (Art. 25 StGB) strafrechtlich haften, und weiter, dass ihre Strafe obligatorisch zu mildern ist. Artikel 26 des neuen AT hat den bisherigen Wirrwarr durch eine einfache Regelung geklärt.

Unterlassen

Die Motion Schweiger zielt auf die strafrechtliche Erfassung der „aktiven“ Beteiligung an Kartellabsprachen. Dies schliesst eine Strafbarkeit wegen gravierenden pflichtwidrigen Unterlassens nicht aus. Unter den Voraussetzungen des Artikel 11 StGB tritt Strafbarkeit ein bei Nichtverhinderung von Kartellverstössen von Untergebenen durch Leitungspersonen³⁷. Gravierende Fälle der Nichtverhinderung von Kartellverstössen sind danach wertungsmässig dem aktiven Tun gleichgestellt. Es ist kein Grund ersichtlich, von diesem allgemein geltenden Grundsatz des schweizerischen Strafrechts in Kartellstrafsachen abzuweichen. Rechtlich in die Pflicht genommen werden alle Personen mit substantiellen Führungsaufgaben. Strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden nicht nur der in Artikel 29 StGB genannte Personenkreis, sondern, entsprechend der neuen Bedeutung von Compliance-Massnahmen, auch der zuständige Compliance-Officer.

Fahrlässigkeit

Entsprechend der Motion Schweiger beschränkt sich die Strafbarkeit auf vorsätzliche Verstösse³⁸. Stossende Strafbarkeitslücken sind nicht zu erwarten, zumal mit der vorsätzlichen Strafbarkeit auch solche Fälle erfasst sind, in denen der Betreffende die Möglichkeit eines Kartellverstosses in Kauf nimmt. Praktisch bedeutsam könnte allenfalls der Fall der fahrlässigen Aufsichtspflichtverletzung werden. Doch würde dann die Strafbarkeit unverhältnismässig weit gehen, erfasste sie doch auch Fälle der sogenannten unbewussten Fahrlässigkeit. Auch deshalb erstreckt sich im Ausland

³⁷ Anwendbar sind die Grundsätze der Geschäftsherrenhaftung, wie sie vom Bundesgericht entwickelt worden sind, vgl. BGE 96 IV 155, Bührle und BGE 122 IV 103, von-Roll.

³⁸ Vgl. auch HEINEMANN, a.a.O., 615.

die Strafbarkeit nur gelegentlich auf fahrlässiges Verhalten, wobei häufig leichte Formen gesetzlich ausgeschlossen sind und ausdrücklich grobe Fahrlässigkeit verlangt wird. Eine solche an und für sich vorzugswürdige Lösung ist dem schweizerischen Strafrechtssystem bisher fremd.

Artikel 53a Absatz 2

Die Ratio von Artikel 53a KG ist es, Zustände zu verhindern, in denen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsebene Preis-, Gebiets- oder Mengenabreden tätigen und damit den Wettbewerb gefährden. Aufgrund der Ausgestaltung als ein abstraktes Gefährdungsdelikt wird ein 'per se'-Verbot für natürliche Personen eingeführt. Erforderlich ist weder der Nachweis eines Missbrauches noch die Verletzung des Wettbewerbs. Durch die Ausgestaltung als Gefährdungsdelikt werden potenziell Tätigkeiten erfasst, die weit im Vorfeld von Aktivitäten liegen, welche die in Abreden getroffenen Beschlüsse realisieren und damit den Wettbewerb konkret gefährden oder ihn sogar effektiv beeinträchtigen. So gesehen, erfasst der neue abstrakte Gefährdungstatbestand bereits strukturell Versuchshandlungen im Hinblick auf eine Verletzung des Rechtsguts „Wettbewerb“. Schon deshalb besteht kein Bedürfnis, den Versuch jener Verhaltensweisen, die bereits vom neuen Artikel 53a KG erfasst werden, zusätzlich unter Strafe zu stellen.

Dies zeigt auch ein Blick auf das Recht der Nachbarstaaten. Als prominentes Beispiel können die Absprachen bei Ausschreibungen (Submissionsabsprachen) genannt werden. Obgleich die Gefährlichkeit der Absprachen als solche anerkannt ist, greift Kriminalstrafrecht in Deutschland bei wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB Deutschland) im Vergleich zu Artikel 53a Absatz 1 KG tendenziell erst später ein. Voraussetzung für Strafbarkeit ist dort, dass erstens eine Absprache getroffen wurde und zweitens aufgrund dieser Absprache ein Angebot dem Veranstalter zugegangen ist³⁹. Auch in der Schweiz wäre mit dem neuen Artikel 53a Absatz 1 KG die Abgabe eines Angebotes auf der Grundlage der Abrede an eine Beschaffungsstelle erfasst⁴⁰, sofern die Abrede der Marktgegenseite nicht als solche erkennbar gemacht wurde⁴¹. Vom neuen Straftatbestand und damit vom „per se“-Verbot nicht erfasst werden sollen jedoch Bietergemeinschaften und gemeinsame Beschaffungen durch Beschaffungsstellen (Einkaufskooperationen), wie sie in den Artikeln 2c und 21 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vorgesehen sind. Die Freistellung von Verfolgung bezieht sich dabei auf die strafrechtliche Verfolgung von Mitarbeitern. Bietergemeinschaften, die

³⁹ HEINE, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010, § 298 N 8, 19 m.Nw.

⁴⁰ Eine Abgabe einer Offerte liegt auch bei anderen horizontalen Verhaltensweisen vor (z.B. bei einheitlichen Rabattordnungen).

⁴¹ Auch gemäss Grünbuch wird es wichtiger gegenüber der Marktgegenseite zu erklären, ob eine Offerte alleinstehend, d.h. unabhängig von anderen Anbietern eingereicht wurde (vgl. GRÜNBUCH über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentlichen Aufträge, 27.1.2011, KOM(2011) 15 endgültig, Verhinderung von wettbewerbswidrigem Verhalten, S. 36 f., abrufbar unter <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:DE:PDF>>).

einen Markt dem Wettbewerb verschliessen (z.B. weil sie alle relevanten Wettbewerber einbinden), können weiterhin verwaltungsrechtlich untersucht werden.

Artikel 53a Absatz 3

Die Grundsatzentscheidung, dass auch natürliche Personen in den Genuss einer Rechtswohlthat bei Mitwirkung an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsabrede kommen („Bonusregelung“), ist im Gesetz niederzulegen. Die Formulierung in Artikel 53a Absatz 3 lehnt sich stark an die Bestimmung zur Bonusregelung für Unternehmen in Artikel 49a Absatz 2 an und ermöglicht so den erforderlichen Gleichlauf zwischen Bonus für Unternehmen und natürliche Personen.

Allgemein

Die Erstreckung der in Artikel 49a Absatz 2 KG vorgesehenen und in den Artikeln 8 ff. der KG-Sanktionsverordnung im Detail geregelten Bonusregelung auf natürliche Personen ist bei Einführung von Kriminalstrafen zwar ein Erfordernis aus Gründen der Rechtsdurchsetzung, in dieser Form im Gesamtgefüge der schweizerischen Rechtsordnung jedoch neu⁴².

Im Kartellverfahren gibt es heute für die sich selbst anzeigenden Unternehmen eine Bonusregelung einschliesslich der Möglichkeit des vollständigen Sanktionserlasses. Dieses international anerkannte Instrument zur Schwächung der Stabilität von Kartellen hat sich seit der Einführung in der letzten KG-Revision bewährt. Die Beurteilung der strafrechtlichen Umsetzungsvarianten betreffend die Sanktionierung natürlicher Personen auf ihre Kompatibilität mit der Bonusregelung zeigt folgendes Dilemma:

- Soll die Bonusregel für sich selbst anzeigende Unternehmen weiterhin funktionieren, so ist bei einer allfälligen Sanktionierung natürlicher Personen eine identische Bonusregelung zwingend auch für natürliche Personen, die an der Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirken, vorzusehen (oder analog wirkende Vorkehrungen wie Anzeigemonopole, Verwertungsverbote usw.). Mit der Einführung einer solchen Bonusregelung würden indes bereichsübergreifend geltende Rechtsprinzipien durchbrochen. Denn das Schweizer Recht kennt – abgesehen von der Steueramnestie – (bisher) keine Bonusregelung für natürliche Personen. In diesem Sinne befürchtete man bereits im Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“ 1997 bei Einführung einer Kronzeugenregelung in der Schweiz „unzulässigen Druck, Verstoß gegen die Rechtsgleichheit, das Legalitätsprinzip und eine Erschütterung des Vertrauens der Bevölkerung in die Rechtsordnung“. Vor diesem Hintergrund ist daher fraglich, weshalb gerade für das Kartell(straf)recht eine Ausnahmeregelung geschaffen werden soll.

⁴² Vgl. immerhin Art. 13 VStR, die Regelung der Steueramnestie sowie das abgekürzte Verfahren gemäss StPO (siehe HEINE, Ziff. 1.1.4).

-
- Würde hingegen im Sinne der hiesigen Rechtstradition auf die Einführung einer Bonusregelung für natürliche Personen verzichtet, so gefährdete man dadurch das Funktionieren der bestehenden Bonusregelung für sich selbst anzeigende Unternehmen. Denn es würde das unhaltbare Resultat entstehen, dass die Selbstanzeige, welche ein Organ oder Mitarbeiter eines Unternehmens bei den Behörden einreicht, zwar Strafbefreiung für das Unternehmen zur Folge hätte, die Person selbst aber bestraft würde. Damit würden die Organe und Mitarbeitenden davon abgehalten, sich unternehmensintern für die Aufdeckung und Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen einzusetzen, was wiederum die Unternehmens-Compliance erschweren bzw. verunmöglichen würde. Überdies würden Organe und Mitarbeitende zukünftig kaum mehr Selbstanzeigen einreichen, weshalb auch die Unternehmen nicht mehr von der Bonusregelung und damit von der Sanktionsbefreiung profitieren könnten. Es würde nicht verstanden, wenn dem sich anzeigenden Unternehmen ein Sanktionserlass zugestanden würde, zugleich aber die selbstanzeigenden Mitarbeiter des Unternehmens aufgrund der gelieferten Information bestraft würden.

Im Ergebnis würde bei einem Verzicht auf die Einführung einer Bonusregelung für natürliche Personen die bisher bestehende und gut funktionierende Bonusregelung für Unternehmen aus den Angeln gehoben. Das heute wirksame Kartellrecht würde in einem tragenden Pfeiler in Frage gestellt. Ohne die Möglichkeit, bis zur Sanktionsbefreiung für die Unternehmensangehörigen bei Selbstanzeige zu gehen, wäre die Reform ein Verlust für die Wettbewerbsordnung. Gleichzeitig ist der Bundesrat aber aus allgemeinen rechtspolitischen Erwägungen dagegen, dass es bei gravierenden Rechtsverstößen zur vollständigen Sanktionsbefreiung kommen kann. Analog der Situation beim Unternehmen, wird man zumindest eine Unterscheidung aufgrund der Rolle der Mitwirkenden an einer Kartellabrede machen müssen.

Alternative Möglichkeiten um die Bonusregelung funktionsfähig zu halten, wie z.B. ein absolutes Beweisverwertungsverbot, empfehlen sich nicht (näher Gutachten HEINE/ROTH, 71). Ebenso wenig ist die Lösung in einem Verzicht auf eine Bonusregelung zu sehen. Denn das zugrundeliegende Problem, die Heimlichkeit von Kartellabreden sowie das hieraus resultierende Problem fehlender Information der zuständigen Behörden, lässt sich auch nicht anderweitig in den Griff bekommen, etwa durch eine rigorose Durchsetzung der Auskunftspflicht (Art. 40 KG). Denn diese wäre im Zusammenhang mit freiheitsentziehenden Sanktionen gegenüber natürlichen Personen schlicht völkerrechtswidrig (näher Gutachten HEINE/ROTH, 72).

Wirkungen der Bonusmeldungen

Obgleich in der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 nicht explizit geregelt, ging die Praxis davon aus, dass die Meldung nur von solchen natürlichen Personen wirksam abgegeben werden kann, die rechtlich wirksam für das Unternehmen handeln können – zu Recht, ist doch allein das Unternehmen Normadressat des KG (Art. 2 Abs. 1 KG), sodass aus Gründen der Rechtsicherheit und des Rechts hierfür nur Personen in Frage kommen, welche das Unternehmen rechtlich wirksam vertreten bzw. verpflichten können.

Bei Inkrafttreten einer Strafbarkeit natürlicher Personen für Kartellverstösse stellen sich neue Fragen, weil der Kreis der potenziellen natürlichen Straftäter über den Kreis der Organe hinausgeht und weil mit dem Betreten der Haftungsbühne durch natürliche Personen neuartige Koordinierungsfragen zu klären sind.

Für eine Einzelwirkung (Wirkung nur für die Meldung erstattende natürliche Person bzw. das Unternehmen) scheinen zunächst Gründe einer effizienten Aufklärung von Kartellrechtsverstössen zu sprechen. Denn eine Einzelwirkung führte zu einem echten „Windhundrennen“: Die Unternehmen müssen bestrebt sein, ihr wettbewerbswidriges Verhalten vor den Mitarbeitern anzuzeigen – und umgekehrt. Indes hätte dies für die schweizerische Unternehmenskultur schwer erträgliche Konsequenzen. Denn dadurch würde per Verordnung schweizweit ein strukturelles Klima des allgemeinen Misstrauens bei unternehmerischem Handeln geschaffen. Insofern ist den eingangs mitgeteilten Bedenken der Expertenkommission Rechnung zu tragen. Deshalb ist im Verhältnis von Unternehmen und natürlichen Personen innerhalb einer unternehmerischen Einheit von einer Doppelwirkung auszugehen.

Mit Bezug auf eine Durchbrechung der Doppelwirkung stehen die beiden folgenden Konstellationen im Vordergrund: Zum einen der Fall, in dem ein Mitarbeiter bzw. Manager entgegen einem Organbeschluss rechtswidriges Verhalten am Arbeitsplatz der Wettbewerbsbehörde zur Kenntnis bringt. Man denke an folgenden Fall: Wenn das kollektive Leitungsorgan eines Unternehmens davon absieht, eine Selbstanzeige zu erstatten, ein Manager bzw. Mitarbeiter dieses Unternehmens dennoch Selbstanzeige erstattet, etwa weil er die Aufdeckungswahrscheinlichkeit und die rechtlichen Konsequenzen anders einschätzt als das Leitungsorgan, so erscheint es fragwürdig, die Wirkung auf das Unternehmen zu erstrecken und dem Unternehmen trotz Verzichts auf eine Selbstanzeige eine Rechtswohlthat zukommen zu lassen. Hier scheint es angemessen, dass nur der die Wettbewerbsbeschränkung meldende Mitarbeiter bzw. Manager, nicht aber das Unternehmen, von der Meldung profitiert. Die andere relevante Konstellation betrifft den Manager bzw. Mitarbeiter, der aus dem Ruder gelaufen ist, also entgegen einer klaren Unternehmensphilosophie und im Widerspruch zu den Complianceregeln, ohne Wissen und ohne Wollen bzw. Dulden des Unternehmens an einer strafbaren Abrede beteiligt war. In diesem Fall scheint es angezeigt, dass die Meldung nicht doppelt und damit auch zugunsten dieses Managers/Mitarbeiters wirkt.

Im Ergebnis muss die Bonus-Regelung – entsprechend dem Rechtsgedanken von Artikel 23 StGB und Artikel 13 VStrR – im Verhältnis von mehreren natürlichen Personen desselben Unternehmens zueinander jeweils insoweit ad personam wirken, als für jede Person separat und individuell beurteilt wird, ob sie selber die Bedingungen für einen Sanktionserlass bzw. eine -reduktion (z.B. Aufgabe des Verhaltens, uneingeschränkte Kooperation mit den Behörden während des ganzen Verfahrens etc.) erfüllt hat. Es geht um Verzicht auf Kriminalstrafe. Dieser ist nicht mittels Erstreckung von Rechtswirkungen des Verhaltens anderer natürlicher Personen zu erhalten. Vielmehr ist bei Kriminalstrafen die persönliche autonome Entscheidung zur Straftataufklärung notwendige Bedingung für Strafverzicht bzw. -milderung. Damit die Strafverfolgung eingestellt wird oder es ganz oder teilweise zum Absehen von einer Bestrafung kommt, verlangt die einschlägige Bestimmung denn auch, dass

der am Kartellverstoss beteiligte Mitarbeiter an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsabrede mitwirkt.

In diesem Sinne soll die Bonusregel gelten für anzeigende Mitarbeiter bzw. Manager, die das rechtswidrige Verhalten am Arbeitsplatz der Wettbewerbsbehörde zur Kenntnis bringen, das Organ, das sich selber anzeigt sowie das Organ, das sich selber anzeigt, aber den Manager der Strafverfolgung zuführen will, der aus dem Ruder gelaufen ist. Eine sachgerechte Regelung wird auf Verordnungsstufe einzuführen sein. Sie wird u.a. regeln, dass nicht das Unternehmen festlegt, wer von einer die Mitarbeiter befreienden Meldung des Unternehmens ausklammert wird und ob es eine solche Ausklammerung überhaupt geben kann.

Artikel 53a Absatz 4 lit. a–c

Die Bestimmung in Absatz 4, wonach in bestimmten, in den Buchstaben a bis c genannten Fällen die Mitwirkung an horizontalen Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden auf eine Strafverfolgung verzichtet wird, ist der bestehenden Regelung von Artikel 49a Absatz 3 nachgebildet. Die Einführung des Verzichts auf Strafverfolgung verhindert, dass in den genannten Fällen zwar das Unternehmen wie bis anhin nicht sanktioniert würde, neu jedoch seine Mitarbeiter eine Kriminalstrafe zu befürchten hätten. Dies hätte nicht nur einen Wertungswiderspruch zu Folge, sondern würde die Funktionsweise von zwei Instrumenten des heutigen KG (Widerspruchsverfahren und Möglichkeit der ausnahmsweisen Zulassung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen durch den Bundesrat) stark beeinträchtigen: Trotz sanktionsbefreiender Meldung oder ausdrücklicher Zulassung durch den Bundesrat würde in Zukunft ein Unternehmen davon absehen, eine entsprechende Abrede zu praktizieren, unterlägen doch seine Mitarbeiter weiterhin der strafrechtlichen Sanktionierung nach Artikel 53a. In Fällen horizontaler Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden würden diese für die Unternehmen wichtigen Instrumente somit zum toten Buchstaben verkommen.

Artikel 53a Absatz 5

Anders als gelegentlich in ausländischen Rechtsordnungen besteht kein Anlass, den ausländischen Wettbewerb als solchen in den Geltungsbereich des schweizerischen Strafrechts einzubeziehen, zumal dies auch völkerrechtlich problematisch erscheint. Anderes gilt dagegen, sofern und soweit sich im Ausland getroffene kartellrechtswidrige Abreden auf den schweizerischen Markt auswirken. In diesem Fall besteht ein innerstaatlicher Anknüpfungspunkt, sodass keinerlei völkerrechtliche Bedenken bestehen. Wegen der Ausgestaltung des Artikel 53a als abstraktes Gefährdungsdelikt ist eine gesetzliche Regelung vonnöten. Denn abstrakte Gefährnungsdelikte befassen sich tatbestandlich nicht mit Erfolgen im Sinne einer Schädigung des Rechtsguts Wettbewerbs. Mangels Erwähnung dieses Erfolgs im objektiven Tatbestand lehnt es das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung ab, die Voraussetzungen des Ubiquitätsprinzips im Sinne von Artikel 8 StGB zu bejahen. Deshalb wäre Artikel 53a bei schädlichen inländischen Auswirkungen einer im Ausland getroffenen Abrede nicht anwendbar, sofern nicht z.B. im Rahmen der Umsetzung der Abrede noch weitere Mitwirkungshandlungen in der Schweiz vorgenommen würden

z.B. die Abgabe eines überhöhten Angebots bei einem Submissionskartell. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung ist deshalb geboten. Artikel 53a Absatz 5 schliesst diese Lücke. Er verweist auf Artikel 2 Absatz 2 KG und harmonisiert dadurch die Strafvorschrift mit den sonstigen Wertungen des KG bei Auslandsachverhalten.

Artikel 53b Verfahren
[Verfahren bei direkten Strafsanktionen für natürliche Personen]
Institutionelles und Prozessuales (Art. 53b Abs. 1)

Es wird vorgeschlagen, *nicht* dem Wettbewerbsgericht die Kompetenz zum Erlass von Strafsanktionen zu verleihen. Demselben Gericht (vorliegend dem Bundeswettbewerbsgericht) Befugnisse im Bereich von Verwaltungs- und Strafverfolgung zu geben, würde unter dem Aspekt der Verfahrenseinheit *in concreto* sicherlich grosse Vorteile bieten. Weniger deutlich sind die Vorteile unter dem Aspekt der Einheitlichkeit des anzuwendenden Verfahrensgesetzes. Wie oben in Erinnerung gerufen, findet das VwVG für repressive Verwaltungsverfahren Anwendung und wird weiterhin Anwendung finden (Art. 49a ff. KG). Soweit das Bundeswettbewerbsgericht zugleich Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen sowie Strafsanktionen gegen natürliche Personen verhängen müsste und es ausgeschlossen ist, das VwVG in einem Strafverfahren gegen eine natürliche Person anzuwenden, müsste zwischen zwei ungünstigen Lösungen gewählt werden: i) Anwendung eines Strafprozessrechts (StPO oder VStrR) auf die Verwaltungssanktionsverfahren; ii) Anwendung von zwei Verfahrensrechten in zwei vor der gleichen Instanz parallel geführten Verfahren.

Zudem wären in Bezug auf die Verfahren gegen Unternehmen weder das VStrR, das für die Anwendung in Rechtsverhältnissen mit dem Staat konzipiert ist, noch die StPO, die nicht für die Anwendung durch eine Verwaltungsbehörde wie die Wettbewerbsbehörde gedacht ist, angemessen.

Auch die Lösung, die Strafkompetenz für natürliche Personen den Kantonen zu übertragen, ist auszuschliessen. Die Materie ist sehr spezifisch und die Spezialisierung würde bei der Mehrzahl der Kantone fehlen. Die Gefahr, dass sich die Rechtsprechung zersplittert und es zu Ungleichbehandlungen in ähnlichen Fällen kommt, ist erhöht, zumal angesichts des Wirtschafts- und Industriegefüges der Schweiz zahlreiche Kantone von der Verfolgung der gleichen Horizontalabrede betroffen sein könnten.

Es verbleibt daher die Wahl zwischen i) einer Untersuchung und einer allfälligen Anklage durch die Bundesanwaltschaft, gefolgt von einem erstinstanzlichen Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts (BStGer) (Lösung BStGer) und ii) der Anwendung des Gesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), wobei die Kompetenz entweder dem Volkswirtschaftsdepartement (Departement) oder dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) übertragen würde (Lösung VStrR). Beide Lösungen weisen Vor- und Nachteile auf. Es wird vorgeschlagen, die Lösung BStGer zu wählen, welche die Anwendung der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Strafprozessordnung erlaubt, und nicht die Lösung mit dem VStrR, welches eine ältere Gesetzgebung darstellt und daher die Individualrechte weniger

achtet (Art. 53b Abs. 1). Es erscheint auch erforderlich, das Strafverfahren jeglichem politischen Einfluss zu entziehen. Die Bundesanwaltschaft verfügt über umfangreiche Untersuchungsmittel und kann auf Zwangsmassnahmen zurückgreifen, die eben neu geregelt wurden. Schliesslich ist die Trennung zwischen Untersuchung und Anklage einerseits und der Beurteilung andererseits auf bestmögliche Weise gewährleistet.

Bei Strafverfolgungen wird die Bundesanwaltschaft die StPO uneingeschränkt anwenden. Die Bestimmungen zur Unternehmensvertretung sollten als solche allerdings toter Buchstabe bleiben, da das Unternehmen Gegenstand eines anderen, von der Wettbewerbsbehörde durchgeführten Verfahrens ist oder war. Es ist jedoch nicht erforderlich, dafür eine ausdrückliche Ausnahme vorzusehen.

Die StPO gibt der verfolgten Person bei der Anwendung von Zwangsmassnahmen relativ umfassende Rechte. Die Anwendung solcher Massnahmen bei einem Verfahren gegen das Unternehmen, das diese Person beschäftigt, darf nicht die Wirkung haben, die Garantien der StPO zu umgehen. Eine solche Umgehung hätte zur Folge, dass die dank Zwangsmassnahmen gewonnenen Informationen im Verfahren gegen die natürliche Person unverwertbar wären. Dieses Problem ist sehr schwierig zu lösen.

Insbesondere die Umsetzung des Rechts auf Aussageverweigerung, das jeder beschuldigten Person im Strafverfahren zusteht (vgl. Art. 113 und 158 Abs. 1 Bst. b StPO), weist im Zusammenhang mit zwei unterschiedlichen Verfahren, welche vor unterschiedlichen Behörden geführt werden, aber einen ähnlichen Sachverhalt betreffen, Besonderheiten und Schwierigkeiten auf.

Selbstbelastende Aussagen, die im Rahmen eines anderen Verfahrens (insbesondere im Rahmen des Verfahrens gegen das Unternehmen) gemacht werden, können nur berücksichtigt werden, wenn die in diesem Verfahren gewährten Garantien mit denen gleichwertig sind, die im Strafverfahren gelten (vgl., *mutatis mutandis*, Art. 12 Abs. 3 der Verordnung 1/2003 der Europäischen Union⁴³). Der Beizug von Beweismitteln, die in einem anderen Verfahren erhoben wurden, wird von der StPO unvollständig geregelt. Art. 139 Abs. 2 StPO beschränkt sich auf die Feststellung, dass nicht Beweis geführt wird *«über Tatsachen, die (...) bereits rechtsgenügend erwiesen sind»*, was nach dem italienischen Bestimmungstext, der der vollständigste ist, *«già comprovati sotto il profilo giuridico»* bedeutet. Mit anderen Worten: Die Beweismittel müssen ohne weiteres Beweisverfahren zugelassen werden, wenn sie in einem Verfahren erhoben wurden, das die im Strafverfahren geltenden allgemeinen Grundsätze einhält (Recht auf Teilnahme am Beweisverfahren, Hinweis auf das Recht, sich nicht selbst zu belasten⁴⁴).

Wird diese Bedingung nicht eingehalten, müssen die Aussagen nach einem vorgängigen Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht erneut erhoben werden (Art. 158

⁴³ Die im Rahmen der Verfolgung eines Unternehmens auf europäischer Ebene gesammelten Informationen können in einem innerstaatlichen Verfahren nur «als Beweismittel verwendet werden», wenn «die Informationen in einer Weise erhoben worden sind, die hinsichtlich der Wahrung der Verteidigungsrechte natürlicher Personen das gleiche Schutzniveau wie nach dem für die empfangende Behörde geltenden innerstaatlichen Recht gewährleistet». (ABl. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1).

⁴⁴ Vgl. SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N 781.

Abs. 1 Bst. b StPO). So künstlich dies auch anmuten mag, so haben doch die vorgängigen Aussagen einen analogen Status wie eine Strafanzeige gegen eine Person, zu der die Untersuchungsbehörde beim Beschuldigten eine Stellungnahme einholen kann. Eine unbestätigte Aussage ist nicht als Beweismittel verwertbar.

Hat die natürliche Person, die Gegenstand einer Verfolgung werden könnte, das Recht auf Aussageverweigerung, so unterliegt sie jedoch keiner Schweigepflicht, es sei denn im Rahmen der Loyalitäts- und Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen. Sie kann sich also in einem Interessen- oder Loyalitätskonflikt befinden, der allerdings nicht auf dem Gesetzgebungsweg regulierbar ist (Variante A beinhaltet ähnliche Probleme).

In Bezug auf die Rechte natürlicher Personen im Verwaltungsverfahren gegen das Unternehmen wird auf das Rechtsgutachten verwiesen⁴⁵.

Abgestimmte Vorgehensweise (Art. 53b Abs. 2)

Die notwendige Einheit der Kartellrechtspolitik wird von Art. 53b Abs. 2 E-KG garantiert, der die Zustimmung der Wettbewerbsbehörde zur Untersuchungseröffnung vorschreibt.

Grund für diese Bestimmung ist, dass der Tatbestand von Artikel 53a als „per se“-Verbot konzipiert ist und damit weiter geht als Artikel 5 betreffend das Unternehmen. Vor diesem Hintergrund sollte die Bundesanwaltschaft bei der Verfahrenseröffnung generell die Praxis der Kartellbehörden mitberücksichtigen und die Bestimmung von Artikel 53a nicht exzessiv zur Anwendung bringen. Denn eine zurückhaltende Praxis bei der Eröffnung von Strafuntersuchungen gegen natürliche Personen im Sinne von Artikel 53a trägt dazu bei, behördlichen und gerichtlichen Leerlauf zu vermeiden. Um Differenzen zwischen der Beurteilung von Unternehmen und natürlichen Personen zu vermeiden, sieht das revidierte Kartellgesetz darüber hinaus verschiedene Instrumente vor, zum einen das Widerspruchsverfahren und zum anderen das hier in Absatz 2 geregelte Zustimmungserfordernis. Dazu kommt die Sicherung, wonach ein Strafverfahren eingestellt wird, wenn im Verfahren gegen das Unternehmen keine administrative Sanktion nach Artikel 49a ausgesprochen wird (vgl. Art. 53b Abs. 3 Satz 2 und Abs. 7).

Die Koordination der im Rahmen beider Verfahren vollzogenen Zwangsmassnahmen ist besonders wichtig und heikel. Diese Koordination muss dabei schon ab dem ersten Schritt sichergestellt sein, der eine der beiden Behörden in Kontakt mit dem verdächtigten Unternehmen und seinen Mitarbeitern bringt. Aufgrund der Unabhängigkeit der Verfahren kann die gegen die natürliche Person gerichtete Verfolgung dem Verfahren gegen das Unternehmen vorangehen oder ihm nachfolgen, oder beide Verfahren können parallel geführt werden. Je nach gewählter Abfolge stellen sich unterschiedliche Probleme bezüglich der Koordination und der Individualrechtsgarantien der natürlichen Person.

Die Garantien können sich nur aus der Eröffnung einer formellen Untersuchung im Sinne von Artikel 309 StPO ableiten. Identifiziert die Wettbewerbsbehörde im

⁴⁵ Vgl. Gutachten HEINE/ROTH, II.2.5.a.

Rahmen der Untersuchung, die sie gegen ein Unternehmen führt, eine natürliche Person, gegen die der Verdacht einer Widerhandlung gegen Art. 53a E-KG besteht, so reicht dies nicht aus, dieser Person den Status einer beschuldigten Person im Sinne von Artikel 111 StPO zu verleihen; die Wettbewerbsbehörde kann dafür nicht der Polizei oder der Strafuntersuchungsbehörde gleichgestellt werden. Setzt die Verfolgung der Person erst nach dem Verfahren gegen das Unternehmen oder in dessen letzter Phase ein, so stellt sich ein zusätzliches Problem: Die natürliche Person oder die natürlichen Personen, die sich allenfalls einer strafrechtlichen Verfolgung vergegenwärtigen müssen, werden zu dem Zeitpunkt, in dem beispielsweise eine Zwangsmassnahme gegen das Unternehmen angeordnet wird (Art. 42 KG), eventuell noch nicht identifiziert sein. In diesem Fall führen die Verfahrensunterschiede zwischen dem VStrR, das auf die gemäss KG (Art. 42 Abs. 2) durchgeführten Zwangsmassnahmen anwendbar ist, und der StPO zur Gefahr, dass die in Anwendung des VStrR gesammelten Beweisstücke nicht verwertbar sind⁴⁶.

Hinzu kommt, dass das Vorhandensein von zwei unterschiedlichen Verfahren nicht die Wirkung haben darf, die von der StPO aufgestellten allgemeinen und besonderen Regeln für Zwangsmassnahmen (insbesondere bezüglich der Durchsuchungen, Art. 241-242 und 244-248) zu umgehen, auch wenn sich die StPO gegenüber der Verwendbarkeit von «Zufallsfunden» (Art. 243) verhältnismässig grosszügig zeigt. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Artikel 3 StPO Treu und Glauben der Strafbehörden garantiert und den Rechtsmissbrauch verbindlich untersagt.

Die Lösung wird im Ergebnis meist darin bestehen müssen, dass die Eröffnung der beiden Verfahren zeitgleich erfolgt. Mitarbeiter gelangen dann in den Schutz der Verfahrensgarantien der StPO.

Koordination (Art. 53b Abs. 3-6)

Die Absätze 3-6 betreffen die Zusammenarbeitsmodalitäten nach Eröffnung der beiden Verfahren und nicht die Eröffnung der Strafverfolgung, welche die Zustimmung der beiden betroffenen Behörden – der Bundesanwaltschaft und der Wettbewerbsbehörde – benötigt (Art. 53b Abs. 2). Die Absätze 3 und 4 zählen die allgemeinen Grundsätze auf, zu denen Absatz 5 die Ausnahmen vorsieht.

In Absatz 3 erfolgt eine Verknüpfung mit dem Verfahren gegen das Unternehmen. Das heisst, mit einer Verurteilung der angeklagten Person soll abgewartet werden, ob im Verfahren gegen das Unternehmen eine Sanktionierung ausbleibt, weil das Unternehmen erfolgreich geltend machte, dass die Abrede unerheblich oder durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt war. Es wird sich erweisen, ob wegen dieser Verknüpfung die strafrechtlich verfolgte Person Parteistellung im Verfahren gegen das Unternehmen erlangt. Wäre letzteres der Fall, würde das Verfahren gegen das Unternehmen erheblich kompliziert und wohl auch systematisch durch Einreden der strafrechtlich verfolgten Person verzögert, da diese mit solchen Einreden auf die Einstellung des gegen sie gerichteten Verfahrens wegen Verjährung hinarbeiten kann. Die Auslegung des Gesetzesartikel ergibt nämlich, dass auch das Ergebnis einer Beschwerde in Verwaltungssachen ans Bundesgericht abgewartet

⁴⁶ So Art. 247 StPO; Art. 244 StPO vs. Art. 48-49 VStrR.

werden muss. Umgekehrt müsste eine geständige natürliche Person, welche möglichst schnell Klarheit im Strafverfahren haben möchte, unter Umständen mehrere Jahre auf ihre erstinstanzliche Beurteilung warten, da diese erst erfolgen darf, wenn das (letztinstanzlichen) Urteil gegen das Unternehmen rechtskräftig ist.

Absatz 5 übernimmt durch Anpassung und gewisse Vereinfachungen Artikel 40 FINMAG.

In Bezug auf die Vereinfachungen erscheint die Präzisierung unnötig, dass die Informationen, welche die Wettbewerbsbehörde der Bundesanwaltschaft vorenthalten kann, nicht öffentlich sind. Der Begriff «von der Weitergabe absehen» ersetzt «die Herausgabe verweigern» insofern, als die letztgenannte Formulierung signalisieren würde, dass die Wettbewerbsbehörde nur von der Weitergabe der Informationen absehen könnte, wenn die Bundesanwaltschaft sie verlangt. Artikel 53b Absatz 4 setzt aber eine Zusammenarbeitspflicht fest, welche die spontane Zusammenarbeit einschliesst.

Es ist notwendig in Absatz 5 zu präzisieren, dass die Weitergabe von Informationen ein anderes Verfahren gefährden könnte, das sich gegen ein anderes Unternehmen richtet und nicht gegen das Unternehmen, bei dem die angezeigte Person Organ, Mitarbeiter oder Leiter im Sinne von Artikel 29 StGB ist. Die Nicht-Weitergabe beeinträchtigt die Waffengleichheit nicht, da die Bundesanwaltschaft ebenfalls nicht über die Information verfügt. Die Nicht-Weitergabe ist natürlich nur möglich, wenn die fragliche Information im Verfahren, das die Bundesanwaltschaft gegen die angezeigte Person eröffnet hat, nicht wesentlich ist und ihr „potenzieller Nutzen“ beschränkt ist. Weiter ist es der Wettbewerbsbehörde auch dann möglich, Informationen gegenüber der Bundesanwaltschaft zurückzuhalten, wenn deren Weitergabe die Funktionsfähigkeit der Bonusregelung gefährden würde. Zudem wird die Wettbewerbsbehörde gegenüber der Bundesanwaltschaft von der Weitergabe von Informationen absehen oder ihr Akten nicht übermitteln, wenn die Weitergabe Aussagen von Personen betrifft, die sich im Strafverfahren auf das Recht, zu schweigen und nicht zur eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, berufen können, soweit sich eine solche Person der Weitergabe widersetzt.

Schliesslich wurde in der französischen Fassung der Begriff «collaboration» («Zusammenarbeit») von Art. 40 FINMAG durch das Wort «communication» («Mitteilung/Weitergabe») ersetzt, da es präziser ist und gut zeigt, dass die Zusammenarbeit die Regel und die Nicht-Weitergabe (oder Nicht-Zusammenarbeit) die Ausnahme darstellt.

Absatz 6 sieht ein Verfahren zur Beilegung der Streitigkeiten zwischen den Behörden vor. Die Schlichtung wird aus zwei Gründen dem Bundesverwaltungsgericht übertragen: Einerseits muss dieses Gericht keine Einzelakten kennen; andererseits werden Fragen der Amtshilfe zwischen Behörden in der Regel dem Verwaltungsrecht zugeordnet.

Verfahrenseinstellung (Art. 53b Abs. 7)

Die Ausgestaltung als Strafnorm zwingt aus Gründen der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit zu einer Formulierung des Tatbestands im Fall der natürlichen Person, die

frei ist von Erwägungen bezüglich wirtschaftlicher Erheblichkeit einer Abrede oder Rechtfertigung der Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz. Denn nur das Unternehmen verfügt über die nötigen Informationen, um diese Gesichtspunkte einschätzen zu können. Damit eine Situation unterbleibt, in der das Unternehmen dank solchen Erwägungen frei von Sanktionen bleibt, der Mitarbeiter aufgrund der schärferen strafrechtlichen Norm aber verurteilt wird, sieht Abs. 7 als zusätzliches Sicherungsmittel (vgl. Art. 53a, *Allgemeines*) die Einstellung des strafrechtlichen Verfahrens für den Fall einer ausbleibenden Sanktionierung des Unternehmens vor. Kriterium für die Einstellung ist aus Praktikabilitätsgründen die ausbleibende Sanktionierung des Unternehmens. Es wird nicht geprüft, ob die Sanktionierung wegen Unerheblichkeit oder überwiegender wirtschaftlicher Effizienzvorteile der Abrede unterblieb. Die Anknüpfung an der ausbleibenden Sanktion und nicht an den Gründen für das Ausbleiben einer Sanktion hat allerdings zur Folge, dass das Verfahren gegen die Mitarbeiter auch eingestellt werden muss, wenn das Unternehmen aus andern Gründen als Unerheblichkeit oder überwiegender Effizienzvorteile der Abrede freikommt, z.B. weil es eine Selbstanzeige machte. Konkret heisst dies, dass im Fall der Selbstanzeige des Unternehmens der Mitarbeiter selbst dann nicht mehr der Strafverfolgung ausgesetzt ist, wenn er das Unternehmen durch Beteiligung an einer Abrede in Verletzung von Treuepflichten hintergangen hat. Dieser Nachteil wird weniger stark gewichtet als Wertungswidersprüche zwischen dem verwaltungsrechtlichen und dem strafrechtlichen Verfahren, obwohl solchen Wertungswidersprüchen auch andere Vorkehren vorbeugen, u.a. das Zustimmungserfordernis nach Artikel 53b Absatz 2.

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Die Verfolgung natürlicher Personen in Wirtschaftsdelikten ist mit einem hohen personellen und finanziellen Aufwand sowie langen Verfahrensdauern verbunden. Diese in verwandten Rechtsbereichen gemachten Erfahrungen decken sich auch mit denjenigen ausländischer Kartellbehörden für den Bereich der Sanktionierung natürlicher Personen. Der grosse Mehraufwand ergibt sich unter anderem aus der Suche nach den verantwortlichen Personen innerhalb der Unternehmen. Die Zurechnung einzelner Tathandlungen oder Kenntnisse zu einer bestimmten Person innerhalb des Unternehmens ist für die untersuchende Behörde sehr zeitraubend. Auch sind die damit verbundenen Abklärungen und Verteidigungsmassnahmen für die beteiligten Unternehmen und Personen sehr belastend. Dabei ist zu bedenken, dass bei horizontalen Abreden üblicherweise zahlreiche Unternehmen beteiligt sind. Pro Unternehmen ist jeweils von mehreren potenziell strafbaren natürlichen Personen auszugehen, was zu einer Vervielfachung der Zahl der am Verfahren beteiligten Parteien bzw. Angeschuldigten führt. Aus der Einführung verwaltungsrechtlicher Massnahmen oder strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen wird für den Bund folglich ein personeller Mehraufwand erwachsen, wobei der Verzicht auf die institutionelle Reform wie sie in der Vernehmlassungsvorlage vom 30. Juni 2010 vorgeschlagen wurde, daran nichts ändern würde. Dabei ist der Mehraufwand bei Strafsanktionen grösser als bei Verwaltungsmassnahmen⁴⁷.

Bei der Einführung strafrechtlicher Sanktionen gemäss der Variante B wird der Mehraufwand vor allem bei der Bundesanwaltschaft und beim Bundestrafgericht, aber auch bei der Wettbewerbsbehörde entstehen. Wohl soll der spezifische Tatbestand so konzipiert werden, dass die erforderlichen Nachweise möglichst einfach beizubringen sind. Da es aber nicht um Firmenvermögen, sondern die persönliche Freiheit und das Privatvermögen geht, wird - berechtigt oder unberechtigt - rascher wegen Verletzung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien geklagt werden, das Motiv, durch eine schlanke Konfliktbeilegung Reputationschäden für das Unternehmen aus der Verfahrensberichterstattung zu vermeiden, wird meist nicht vorhanden sein. Die Fallzahlen sind schwierig abzuschätzen, liegen aber im tiefen einstelligen Bereich pro Jahr. Die Bundesanwaltschaft verfügt heute weder über das nötige Fachwissen, noch die personellen Ressourcen für die Übernahme weiterer Kompetenzen im Bereich des KG; sie rechnet für den Aufbau einer kartellrechtlichen Equipe mit einem Stellenbedarf von 500 %. Hinzu kommt ein Personalbedarf beim Bundestrafgericht. Für die Wettbewerbsbehörde entsteht Aufwand bezüglich Beurteilung von durch die Bundesanwaltschaft vorgebrachten Fällen (zwecks Zustimmung/Ablehnung der Wettbewerbsbehörde für die Eröffnung eines Verfahrens durch die Bundesanwaltschaft), die Zusammenarbeit mit der Bundesanwaltschaft in konkreten Fällen sowie durch die steigende Anzahl Widerspruchsverfahren und Er-

⁴⁷ Zu denken ist etwa an ein Preiskartell, an welchem drei Unternehmen beteiligt sind. Je Unternehmen müsste dann gegen z.B. je fünf Personen ermittelt werden, die sich alle wechselseitig beschuldigen würden.

schwernissen bei Untersuchungshandlungen. So ist für die Wettbewerbsbehörde mit einem zusätzlichen Aufwand von 400 Stellenprozenten zu rechnen. Insgesamt ist bei Variante B von einem Bedarf von 10 Stellen auszugehen.

Demgegenüber wäre die Einführung rein verwaltungsrechtlicher Massnahmen gegen natürliche Personen (Einziehung und Berufsverbot) vermutlich mit einem geringeren Mehraufwand umsetzbar. Doch auch zur Abwicklung von Verfahren, die zu verwaltungsrechtlichen Massnahmen führen, sowie wegen der steigenden Anzahl Widerspruchsverfahren wird ein erheblicher personeller und finanzieller Zusatzbedarf nötig werden, zumal durch die Verteidigungsrechte der natürlichen Personen auch die Verfahren gegen die Unternehmen erschwert werden und dadurch andere Instruktionsmassnahmen notwendig werden (z.B. mehr Hausdurchsuchungen als Fragebogen). Dafür ist nicht unbedingt ein ganzes Team erforderlich, wie bei der strafrechtlichen Variante. Das EVD geht dennoch von einem Stellenbedarf von 500 % aus.

3.2 Auswirkungen auf die Kantone

Die Vorlage hat keine Auswirkungen auf die Kantone.

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

3.3.1 Notwendigkeit des staatlichen Handelns

Während National- und Ständerat die Motion in der vom Nationalrat beschlossenen Fassung annahmen, beantragte der Bundesrat die Ablehnung der vom Nationalrat abgeänderten Motion. In der Debatte wurde von den Befürwortern der Mo. Schwei-ger der hohe Stellenwert des Schutzes des Wettbewerbs angeführt, der zusätzliche Massnahmen rechtfertige. Es bestehe ein Missverhältnis zu andern Taten, wie der Bestechung. Unternehmensinterne Massnahmen könnten ihre volle abschreckende Wirkung in bestimmten Fällen erst in der Verbindung mit der Androhung strafrechtlicher Sanktionen erreichen; es sei an den Fall eines Mitarbeiters zu denken, der bereits die Bereitschaft hat, das Unternehmen zu verlassen.

Gegen das Vorhaben wurde angeführt, es sei der Versuch, die Unternehmen aus der Verantwortung zu nehmen, obwohl primär sie von der Kartellabsprache profitierten. Da absehbar nur bedingte Freiheits- oder Geldstrafen verhängt würden, sei eine präventive Wirkung fraglich und im Vergleich dazu seien die Zusatzkosten für solche Strafverfahren enorm. Auch aufwändig, aber in geringerem Mass, seien, wenn schon, Verwaltungsmassnahmen.

Ein Sanktionssystem muss in seiner Gesamtheit (Verwaltungs-, Straf- und Privat-recht) gesehen werden. Das Institut der Verwaltungsanktion gegen Unternehmen ist in der Schweiz noch nicht so weit ausgeschöpft worden, dass eine umfassende Verwaltungsanktionspraxis gegen Unternehmen besteht. So lehrt die Entwicklung in anderen Staaten, dass man sinnvollerweise erst einmal die Möglichkeiten des bestehenden Artikel 49a KG ausschöpfen sollte. Gegen die Einführung von individuellen Strafsanktionen spricht auch die mangelnde praktische Relevanz in den Mitgliedstaaten der EU. Aus rechtsvergleichender Sicht sollte diese Entwicklung

abgewartet werden, um den Nutzen besser einschätzen zu können. Im Ergebnis erscheint die Einführung von Strafsanktionen für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen daher zum jetzigen Zeitpunkt nicht ratsam.

Die Notwendigkeit des staatlichen Handelns bleibt somit für den Bundesrat fragwürdig.

3.3.2 Auswirkungen auf die einzelnen wirtschaftlichen Akteure

Eine Stärkung des Wettbewerbsrechts, wie sie die Erweiterung des Instrumentariums um Massnahmen gegen Mitarbeiter bringen soll, sollte sich in jenen Märkten günstig auswirken, in denen heute Kartelle bestehen und in denen künftig Kartelle entstehen könnten. Somit dürften die Konsumenten profitieren, aber auch Unternehmen auf Märkten, die dem kartellisierten Markt vor- und nachgelagert sind. Da horizontale Abreden auch den Handlungsspielraum von nicht an der Abrede beteiligten, aber im selben Markt tätigen Unternehmen negativ beeinträchtigen können (etwa durch Einschränkung von Vertriebsmöglichkeiten, die das Kartell Zulieferern auferlegt), können sich ebenso deren Marktchancen verbessern.

Den Unternehmen selber wird die Durchsetzung von Compliance-Programmen erleichtert. Im Fall von vermuteten Kartellverstössen werden die Unternehmen aber durch die weit umfangreicheren Abklärungen (als unter geltendem Recht) der Untersuchungsbehörden stärker in die Verfahren involviert werden, da die Untersuchungsbehörden die Verantwortlichkeiten der einzelnen Mitarbeiter am unzulässigen Verhalten eruieren müssen. Diese Störungen sind dann ein Problem, wenn sich eingeleitete Untersuchungen als nicht gerechtfertigt erweisen.

Die Untersuchungsbehörden werden es schwieriger haben, kartellrechtliche Untersuchungen durchzuführen. Im Fall verwaltungsrechtlicher Massnahmen bleibt es beim oben genannten Zusatzaufwand, die verantwortlichen Mitarbeiter und deren Verhalten im Unternehmen zu identifizieren und nachzuweisen sowie zu beurteilen, wieweit von ihnen auch in Zukunft eine Gefährdung des Wettbewerbs ausgehen könnte. Der Zusatzaufwand ist insbesondere von der Anzahl an der Kartellabsprache beteiligten Unternehmen und Mitarbeiter abhängig.

Im Fall strafrechtlicher Untersuchungen ist die Beeinträchtigung der Verfahren grösser. Zum einen erwächst mehreren Behörden ein beträchtlicher Aufwand (der wiederum abhängig ist von der Anzahl an der Kartellabsprache beteiligter Unternehmen und Mitarbeiter). Zum anderen droht das Verwaltungsverfahren gegen das Unternehmen durch das mit grösseren Unsicherheiten behaftete strafrechtliche Verfahren gegen die natürlichen Personen tangiert oder sogar gefährdet zu werden.

Zwar wird durch die Einführung getrennter Verfahren eine zentrale Vorkehrung getroffen, dass das Verfahren gegen die natürliche Person das Verfahren gegen das Unternehmen nicht zum Absturz bringt. Denn im strafrechtlichen Verfahren muss in einer strafrechtlichen Beweiskriterien genügenden Art die Beteiligung jedes Mitarbeiters einzeln von Mitarbeitern verschiedener Unternehmen am Verstoß eruiert werden.

Dennoch besteht die Gefahr, dass die beschuldigten Parteien versuchen werden, die beiden Verfahren (gegen Unternehmen und natürliche Personen) miteinander zu verknüpfen, zu verzögern und im schlimmsten Fall durch Geltendmachung von Verfahrensmängeln und ungenügenden Verschuldensnachweisen zu einer in der Sache nicht gerechtfertigten Einstellung zu bringen. Letztere Gefahr besteht – wenn auch in vermindertem Masse – ebenso für die Verwaltungsmassnahmen.

3.3.3 Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen

Verwaltungs- oder Strafsanktionen besitzen aus der Sicht der natürlichen Personen einen höheren Abschreckungseffekt als Unternehmenssanktionen. Zudem können sie das allgemeine Rechtsbewusstsein erhöhen und damit geeignet sein, die Rechtstreue zu verbessern. Somit könnte die effektive Durchsetzung des Wettbewerbsrechts verbessert und somit der Wettbewerbsdruck erhöht werden und positive gesamtwirtschaftliche Auswirkungen entstehen.

Diesen allenfalls positiven Auswirkungen stehen grosse Kosten und Aufwendungen sowohl auf Seiten der Behörden und Gerichte als auch auf Seiten der Unternehmen und natürlichen Personen gegenüber. Dass sich die Ausweitung des kartellrechtlichen Instrumentariums positiv auf den Schutz des Wettbewerbs auswirkt, ist nur zu erwarten, wenn zumindest folgende Bedingungen erfüllt sind:

Erstens darf die Ausweitung nicht dazu führen, dass sich die Verantwortlichkeit für Kartellverstösse von den Unternehmen auf ihre Mitarbeiter verlagert. Die Art der Kartelldelikte ist nicht so, dass sie sich zum Vorteil der Mitarbeiter auswirken; sie wirken sich – ausgewählte Fälle vorbehalten – unaufgedeckt zum wirtschaftlichen Vorteil der Organisation aus, der sie angehören. Die Aufdeckung muss deshalb weiterhin finanzielle Konsequenzen für das Unternehmen in einem Umfang haben, der Kartellverstösse nicht lohnend macht.

Zweitens darf die Ausweitung der kartellrechtlichen Verfahren auf die Mitarbeiter wie unter 3.3.2 dargelegt nicht dazu führen, dass der funktionierende und sich positiv auf den Wettbewerb der Schweiz auswirkende Vollzug des Kartellrechts gegen die Unternehmen ins Stocken gerät. Deshalb dürfen insbesondere die wirksamen Instrumente, die heute der Aufdeckung von Kartellen dienen, in ihrer Effektivität nicht beeinträchtigt werden. Dies gilt namentlich für die Bonusregelung: Rechtspolitischen Bedenken gegenüber Bonusregelungen könnte nicht Rechnung getragen werden, sollte die strafrechtliche gegenüber der verwaltungsrechtlichen Variante bevorzugt werden.

Drittens ist der Zusatzaufwand zu bedenken, der mit der Ausweitung des kartellrechtlichen Instrumentariums einhergeht. Die Ausweitung des Instrumentariums ohne zusätzliche Ressourcen für die Behörden würde auch eine Schwächung des Wettbewerbsrechts bedeuten, da weniger Fälle aufgegriffen werden könnten.

Viertens sind allfällige Implikationen auf das vom Bundesrat am 18. August 2010 verabschiedete Verhandlungsmandat für ein Kooperationsabkommen mit der EU im Bereich Wettbewerb zu bedenken. Kernelement des geplanten Abkommens

Schweiz-EU ist die Regelung des Austauschs von Informationen, einschliesslich vertraulicher Informationen. Obschon das Kooperationsabkommen keine materielle Harmonisierung der Gesetzgebungen anstrebt, sind ähnliche materielle und prozedurale Bestimmungen auf beiden Seiten Voraussetzung einer engeren Zusammenarbeit. Die Gleichwertigkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen beider Parteien steht heute im Wesentlichen fest. Mit der Einführung von Strafsanktionen bzw. Verwaltungsmassnahmen gegen natürliche Personen würde indes das schweizerische Kartellrecht vom EU-Wettbewerbsrecht abweichen, was die Verhandlungen erschweren bzw. zu entsprechenden Vorbehalten von Seiten der EU führen könnte.

Stellt man diese Punkte einer verbesserten präventiven Wirkung des KG gegenüber (direkte Konsequenzen spürt neben dem Unternehmen neu auch der Mitarbeiter, der ein Tätigkeitsverbot resp. bei der strafrechtlichen Variante zumindest einen Strafregistereintrag riskiert), ist das Verhältnis von Nutzen und Kosten/Risiken bei Verwaltungsmassnahmen besser als bei strafrechtlichen Massnahmen. Den Vergleich der Wirksamkeit des erweiterten Instrumentariums relativ zum geltenden Kartellrecht muss der Gesetzgeber in Würdigung der auch bei den verwaltungsrechtlichen Massnahmen verbleibenden Risiken und Kosten vornehmen. Werden die bestehenden gut funktionierenden kartellrechtlichen Instrumente⁴⁸ – insbesondere das Zusammenspiel von direkten Sanktionen gegen Unternehmen, der Bonusregel und den Hausdurchsuchungen – negativ beeinträchtigt, ist die Bilanz klar negativ.

3.3.4 Alternative Regelungen

Die Vernehmlassungsvorlage enthält zwei Varianten. Gemäss den Ausführungen unter 1.2.3 besteht bei den Verwaltungsmassnahmen zudem die Option, entweder dem Unternehmen Anstellungsverbote oder der Person Tätigkeitsverbote aufzuerlegen, wobei wegen der parallel vorgeschlagenen und parallel zu vollziehenden Massnahme der Einziehung von Vermögenswerten bei Kartellbeteiligten der Variante Tätigkeitsverbote der Vorzug gegeben wird. Im Rahmen der Abklärungen zuhanden des Ständerates in Sachen Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen im Kartellrecht wurden mit den zwei verwaltungsstrafrechtlichen Varianten „Verwaltung“ und „Wettbewerbsbehörde“ zudem zwei weitere alternative Regelungen zu den hier vorgeschlagenen Lösungen in die Diskussion eingebracht. Zum Punkt, warum sie hier nicht mehr figurieren, verweisen wir auf die Ausführungen oben zu Artikel 53b.

3.3.5 Vollzugstauglichkeit

Eine hohe Vollzugstauglichkeit stand bei der Konzipierung der Botschaft im Vordergrund. Anders als bei andern Wirtschaftsdelikten kommt es in den kartellrechtlichen Verfahren gegen Unternehmen heute regelmässig zu Verurteilungen. Dieser Vorteil soll gewahrt werden. Wenn es zur Ergänzung dieses Dispositivs kommen

⁴⁸ Vgl. dazu den Bericht des Bundesrates gestützt auf Artikel 59a Kartellgesetz über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen vom 25. März 2009 sowie den Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz.

soll, genießt für den Bundesrat deshalb die Einführung von Verwaltungsmassnahmen Priorität, denn hier kann auf eine Vollzugspraxis namentlich im Bereich der Finanzmarktgesetzgebung zurückgegriffen werden. Bei der strafrechtlichen Umsetzungsvariante dienen namentlich die folgenden Vorkehren der Vollzugstauglichkeit: Die Schaffung eines separaten Verfahrens, das die eingespielte Praxis bei der Verfolgung und Sanktionierung von Unternehmen nicht stört, die Einführung eines separaten Straftatbestandes für kartellrechtliche Verstösse von natürlichen Personen sowie die Einführung einer Bonusregelung für natürliche Personen.

3.4 Andere Auswirkungen

Es gibt keine anderen namhaften Auswirkungen (wie Auswirkungen auf die Aussenpolitik, die Umwelt und Landschaft, die Raumplanung, die Regionalpolitik, die Agglomerationen, die künftigen Generationen, die Gleichstellung von Frau und Mann, die Behinderten, den Datenschutz).

4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Das Revisionsvorhaben ist in der Legislaturplanung nicht angekündigt, da es auf eine überwiesene Motion des Parlaments zurückgeht.

Anhang

Parlamentarische Initiative Kaufmann (08.443) vom 13.6.2008: Existenzgefährdung infolge von Kartellbussen verhindern

Eingereichter Text

Gestützt auf Artikel 160 Absatz 1 der Bundesverfassung und Artikel 107 des Parlamentsgesetzes reiche ich folgende parlamentarische Initiative ein:

Die folgenden Artikel des Kartellgesetzes (KG) sind zu ändern:

Artikel 49a

...

Absatz 3

...

Bst. b bis

das Unternehmen nachweist, dass es ein seiner Geschäftstätigkeit und seiner Branche angemessenes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regeln eingeführt und nachhaltig betrieben hat;

...

Artikel 55a

Wer in Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Treuepflichten gegenüber dem Unternehmen vorsätzlich und durch aktive Handlungen an einer Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 von Unternehmen mit einem gemeinsamen Marktanteil im betroffenen Markt von mehr als 30 Prozent mitwirkt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafen bestraft.

Artikel 57

...

Absatz 3

Ist die gerichtliche Beurteilung verlangt worden oder hält die Wettbewerbskommission die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe für gegeben, so untersteht die strafbare Handlung der Bundesgerichtsbarkeit. In diesem Fall überweist die Wettbewerbskommission die Akten der Bundesanwaltschaft zuhanden des Bundesstrafgerichtes. Die Überweisung gilt als Anklage. Die Artikel 73 bis 83 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 gelten sinngemäss.

Begründung

Strafen gegen Verstösse von Unternehmen gegen das Kartellrecht können die Existenz von Unternehmen ruinieren und damit zum Verlust von Arbeitsplätzen Unbeteiligter führen. Deshalb sollen nicht die Unternehmen, sondern die effektiv schuldigen natürlichen Personen bestraft werden. Zweck der Ergänzung von Artikel 49a KG ist es, Gewähr dafür zu bieten, dass gegen Unternehmen, die ein angemessenes, hohen Ansprüchen genügendes Compliance-Programm eingeführt haben, keine Sanktionen verhängt werden können. Mit dem vorgeschlagenen neuen Artikel 55a KG soll die gesetzliche Grundlage für die unmittelbare Sanktionierung von natürlichen Personen geschaffen werden, wobei der Tatbestand voraussetzt, dass gesetzliche oder vertragliche Treuepflichten gegenüber dem Unternehmen verletzt werden. Dies ist dann der Fall, wenn trotz klaren unternehmensinternen Compliance-Vorgaben Kartellverstösse begangen werden. Die Verletzung von Treuepflichten muss dabei vorsätzlich erfolgen. Fahrlässigkeit genügt nicht. Die Ergänzung von Artikel 57 KG sieht vor, dass, sofern keine Freiheitsstrafe verhängt werden soll und die betroffene natürliche Person keine gerichtliche Beurteilung der Busse verlangt, ein Strafbefehl durch die Weko erfolgt. Die Schaffung einer Bundeszuständigkeit drängt sich auf, damit sich keine kantonale unterschiedliche Gerichtspraxis entwickelt.

Abkürzungsverzeichnis und Glossar

EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten („Europäische Menschenrechtskonvention“)
EU	Europäische Union
FINMAG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1)
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251)
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0)
SVKG	Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5)
VöB	Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11)
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021)
WAK-S	Wirtschafts- und Abgabenkommission des Ständerats
WEKO	Wettbewerbskommission

