

Herr Johann N. Schneider-Ammann  
Bundesrat  
EVD Eidgenössisches  
Volkswirtschaftsdepartement  
Bundeshaus Ost  
3003 Bern

6. Juli 2011

## **Vernehmlassung Kartellrechtsrevision II – Umsetzung der Motion Schweiger**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 30. März 2011 haben Sie uns eingeladen, uns zum zweiten Teil der Revision des Kartellrechts zu äussern, mit dem die Motion Schweiger (07.3856) umgesetzt werden soll. Gestützt auf unsere interne Konsultation und die eingehenden Diskussionen im Rahmen unserer Kommission für Wettbewerbsfragen sowie unseres Vorstandsausschusses nehmen wir dazu gerne Stellung.

### **Zusammenfassung**

**Für economisesuisse ist eine wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts mit einer klaren Orientierung am Verschuldensprinzip, einer starken präventiven Wirkung und einer ordnungspolitisch sachgerechten Sanktionierung wichtig. Entsprechend unterstützt economisesuisse im Sinne des Verschuldensprinzips die Berücksichtigung von präventiven internen Massnahmen der Unternehmen gegen Kartellverstösse („Compliance-Defence“). Dafür genügt gemäss den Ausführungen in den Vernehmlassungsunterlagen bereits die heutige Rechtslage, wobei eine Verdeutlichung in den Rechtsgrundlagen für die Rechtssicherheit notwendig wäre. Der entsprechende Vorschlag des Bundesrats genügt jedoch nicht und muss in wichtigen Aspekten korrigiert werden (kein Nachweis der Wirksamkeit, sondern Darlegung von gezielten, nachhaltigen Massnahmen).**

**economisesuisse unterstreicht die persönliche Verantwortung der für ein Unternehmen handelnden natürlichen Personen und unterstützt damit verbundene Sanktionen gegen diese, lehnt aber beide aktuellen Vorschläge für eine Sanktionierung auf administrativem Weg (Variante A) oder mit Strafrecht (Variante B) wegen zu vielen offenen Fragen, mangelnder Praktikabilität und ungenügender Fokussierung ab. Zu prüfen sind Sanktionen gegen die verantwortlichen natürlichen Personen mit einem klar eingeschränkten Tatbestand. Der erste Teil der Kartellrechtsrevision ist anzugehen, ohne die notwendigen weiteren vertiefenden Abklärungen von Sanktionen gegen natürliche Personen abzuwarten.**

## 1 Ausgangslage und generelle Bemerkungen

Unabhängig vom ersten Teil der Revision des Kartellgesetzes (Vernehmlassung 2010, insbesondere zu institutionellen Fragen, Verbesserungen beim Meldeverfahren, Anpassungen bei vertikalen Absprachen und Anpassungen der Fusionskontrolle an das europäische Recht) hat das Parlament Ende 2010 die Motion Schweiger aus dem Jahre 2007 überwiesen. Diese sieht vor, dass Compliance-Programme bei der Sanktionsbemessung zu einer Sanktionsminderung führen sollen. Zudem sollen Manager und Mitarbeiter, welche gegen Unternehmensweisungen horizontale Absprachen treffen, persönlich strafrechtlich verfolgt werden können.

Eine wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ist für eine glaubwürdige Ordnungspolitik notwendig. Dazu hat sich *economiesuisse* in der eigenen Evaluation des Kartellgesetzes („Unternehmen im Wettbewerb“, Zürich 2009<sup>1</sup>) wie in den darin enthaltenen „Wettbewerbspolitischen Leitsätzen“ bekannt. Dazu gehören konsequenterweise neben repressiven und kurativen vor allem auch präventive Elemente. Letztere können nur mit dem Verschuldensprinzip wirklich aufgenommen werden, da nur dieses das künftige Verhalten angemessen beeinflussen kann. Bei Unternehmen steht dabei vor allem das Organisationsverschulden im Vordergrund. Entsprechend muss den präventiven Vorkehrungen der Unternehmen gewichtig Rechnung getragen werden. Eine Überbetonung rein repressiver Elemente führt zu überschüssenden Eingriffen und zu übervorsichtigem Verhalten der Unternehmen mit negativen ökonomischen Wirkungen („business chilling“). In den USA werden mit den „sentencing guidelines“ auch Compliance-Bemühungen seit langem erheblich berücksichtigt. Compliance-Bemühungen werden im Ausland sonst kaum sanktionsmindernd, allenfalls gar verschärfend (EU, Deutschland) berücksichtigt.

Die heutige Durchsetzung des Wettbewerbsrechts krankt an einer Vermischung von präventiv wie repressiv wirkenden Sanktionen und einer kurativ wirkenden Einziehung von Kartellrenten. Die Anwendung schematischer Berechnungen (in der Regel Orientierung an 10 Prozent eines Drei-Jahres-Umsatzes auf Konzernstufe) führt zu sehr hohen Beträgen. Auch wenn in der Schweiz entsprechenden Entscheide noch nicht rechtskräftig sind (bzw. in einem wichtigen Fall aufgehoben wurden), zeigt sich eine gleiche Tendenz wie in Europa. Das Verschuldenselement wird in der Praxis nicht (in Europa; trotz anderslautendem Wortlaut) oder kaum (in der Schweiz) angewendet. Die Kartellrente wird schematisch statt ökonomisch berechnet und nicht an die betroffenen Märkte zurückerstattet (doppelte Belastung, besonders störend wenn sie sich gegen Staatsunternehmen richten und der Staat auch Empfänger der Sanktion ist). Ein effektiver Rückerstattungsprozess müsste erst ausgearbeitet werden. Personen, welche durch ihr Verhalten einem Unternehmen durch einen Einbezug in ein Sanktionsverfahren in gravierendem Masse schaden, werden heute allenfalls teilweise arbeitsrechtlich, nicht oder nur in verschwindend geringem Masse jedoch haftungsrechtlich und/oder strafrechtlich belangt.

Im Ausland ist die Belangung natürlicher Personen vor allem in den USA bekannt, verbunden mit einer starken zivilrechtlichen Durchsetzung. Letztere wird durch das Sammelklagensystem noch verstärkt. In Europa ist die Sanktionierung natürlicher Personen in verschiedenen Ländern möglich, spielt aber in der Praxis (noch) eine untergeordnete Rolle. Auf EU-Ebene fehlt eine strafrechtliche Kompetenz der EU-Kommission grundsätzlich. Festzustellen ist, dass bei Bestehen von paralleler Sanktionierung gegen Unternehmen und natürliche Personen in anderen Rechtsgebieten (z.B. Korruptionsstrafrecht) oft gerade Unternehmensmitarbeiter, welche für präventive Aufgaben zuständig sind (Compliance-Officer, interner Rechtsdienst), auf problematische Weise in die Strafverfolgung mit einbezogen werden (so z.B. Entscheide in D). Dem ist bei der Umsetzung entsprechender Regeln in der Schweiz Rechnung zu tragen. Im Rechtsvergleich würde die Schweiz mit den vorgeschlagenen Änderungen in

<sup>1</sup> [http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/studie\\_evaluation-kartellgesetz\\_20090316.pdf](http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/studie_evaluation-kartellgesetz_20090316.pdf), besucht am 1. Juli 2011.

Europa eine Vorreiterrolle einnehmen. Bei der Einführung von Sanktionen gegen Unternehmen hinkte die Schweiz noch der internationalen Entwicklung nach.

Der Motion Schweiger kommt das Verdienst zu, mit der Fragestellung auf diese wunden Punkte hinzuweisen. economiesuisse hat entsprechend die Ausarbeitung einer solchen Diskussionsgrundlage begrüsst, das abschliessende Urteil jedoch von der konkreten Umsetzung abhängig gemacht. Diese liegt nun mit einem ausformulierten Vorschlag und auch unterstützt von entsprechenden Gutachten vor.

## 2 „Compliance-Defence“

Für economiesuisse haben Compliance-Programme von Unternehmen eine hohe präventive Wirkung in allen Rechtsgebieten, insbesondere im Wettbewerbsrecht. Diese Bemühungen sind klar zu unterstützen. Angemessene Vorbeugungsmassnahmen gegen Gesetzesverstösse sind auch zivilrechtlich (Art. 716a OR: Oberaufsicht des Verwaltungsrates namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze) wie strafrechtlich gefordert (Art. 102 StGB: Organisationspflicht des Unternehmens). Die Kernelemente eines entsprechenden Compliance-Systems hat economiesuisse im Dossierpolitik 7/2010 zusammengefasst<sup>2</sup>. Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat fest, dass eine Sanktionsminderung als Folge der Berücksichtigung von Compliance-Massnahmen bereits nach geltendem Recht möglich sei und bestätigt damit vorgängige Aussagen der WEKO. Auch das Gutachten Heine/Roth unterstützt die „Compliance-Defence“ klar. In der Sanktionsverordnung fehlen jedoch entsprechende ausdrückliche Kriterien und in der Rechtspraxis fand dieses Argument bislang noch keinen Niederschlag. Im Sinne der Rechtssicherheit sollen diese Ausführungen in den Rechtsgrundlagen (Sanktionsverordnung und/oder Bekanntmachung) unabhängig von einer formellen Revision verankert werden. Andernfalls bestünde das Risiko, dass bis zu einem Inkrafttreten einer Gesetzesrevision mit einer expliziten Klausel der Tatbestand gegenüber heute gar verschlechtert würde.

Im Sinne der Rechtssicherheit wird teilweise von Fachkreisen verlangt, die genauen Bedingungen für ein Compliance-Programm müssten in einer Verordnung oder in Bekanntmachungen genau umschrieben werden (analog etwa zu den Arbeitssicherheitsvorschriften). Nachdem Compliance-Programme aber auf die konkrete Unternehmenssituation abgestimmt sein müssen, ist dies nur im Sinne von Kernelementen (analog dem Dossierpolitik von economiesuisse), nicht aber im Detail möglich. Dies wäre auch ein ordnungspolitisch verfehler Eingriff in die Unternehmensorganisation und würde zu einer Überregulierung führen. Ein Compliance-System muss auf die Grösse und Struktur der Unternehmen, die Art der Geschäfte und die damit verbundenen Risiken abgestimmt sein. Es muss auch in die betriebswirtschaftliche Organisation eingebunden sein. In aller Regel wird es sich auch nicht auf die Aspekte des Wettbewerbsrechts beschränken, sondern weitere für das Unternehmen relevante Gebiete miteinbeziehen. Daraus folgt, dass keine detaillierten generellen Angaben für ein Compliance-System aufgestellt werden können (und sollen). Bei der Umschreibung der Kernelemente muss auch die effektive Führungsstruktur berücksichtigt werden. Bei aller Oberverantwortung und Aufsicht sind effektive organisatorische Autonomien im Sinne einer liberalen Ausgestaltung zu beachten. Bei einem dezentral geführten Konzern kommt auch einer Tochtergesellschaft eine höhere Verantwortung für die Ausgestaltung des Compliance-Systems zu und der Holding verbleibt (nur, aber immerhin) eine generelle Überwachungspflicht. Andernfalls würde auch ein ineffizientes und bürokratisches „box ticking“ gefördert. Dies bedeutet jedoch auch, dass die Wettbewerbsbehörden ein Compliance-System nicht abstrakt beurteilen können. Entsprechend sind keine „proaktiven“ aufwendigen Beratungen und Anfragen für „Persilscheine“ zu befürchten. Andererseits folgert aus dieser differenzierten

<sup>2</sup> [http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/d\\_dp7\\_compliance.pdf](http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/d_dp7_compliance.pdf), besucht am 1. Juni 2011; auch die WEKO verweist in ihrer Eingabe auf dieses Dossierpolitik im Sinne eines „Benchmarks“

Ausgestaltung auch, dass Compliance-Systeme keinen „unakzeptablen Aufwand gerade für KMU“ bringen. Der Aufwand für Compliance-Systeme steht in direktem Verhältnis zur Geschäftstätigkeit. Ein „übermässiger Aufwand“ würde allerdings dann entstehen, wenn eine übermässige bürokratische Dokumentation verlangt oder allzu spezifische Detailvorgaben für die Ausgestaltung gemacht würden.

Der Vernehmlassungsvorschlag des Bundesrats ist von Misstrauen in Compliance-Bemühungen geprägt und der Befürchtung von Verfahrenerschwernissen. Entsprechend wird verlangt, dass zur Berücksichtigung solcher Bemühungen bei einer Sanktionsermässigung „die Wirksamkeit eines Compliance-Programmes“ nachgewiesen werden müsse. Das ist unrealistisch und würde zu einer verfehlten Beweislastumkehr führen. Die Wirksamkeit lässt sich nicht abstrakt und generell nachweisen. Vielmehr wäre zu befürchten, dass bei einem Wettbewerbsverfahren gerade dieses als „Beweis“ für die Unwirksamkeit gewertet würde. Verlangt werden soll von den Unternehmen in einem Sanktionsverfahren hingegen eine Darlegungsobliegenheit. Dargelegt werden muss, welche Vorkehren im Unternehmen konkret bestehen, kontrolliert und durchgesetzt werden, die bestimmt sind, Wettbewerbsverletzungen in der im entsprechenden Verfahren in Frage stehenden Art zu vermeiden. Damit wird ein Anreiz geschaffen, sich präventiv über die konkreten wettbewerbsrechtlichen Risiken Rechenschaft zu geben, was bereits zu einer Verringerung der Gefahr von Verstössen beiträgt.

**Compliance-Programme sind im Sinne des Verschuldensprinzips (Organisationsverschulden) explizit als Faktoren für Sanktionsminderungen zu berücksichtigen. Dies soll in Art. 49 des Kartellgesetzes festgehalten werden. Dies steht einer Einziehung des erzielten Gewinnes (Abschöpfen der Kartellrente) nicht entgegen. Falls eine Gesetzesrevision verschoben oder aus anderen Gründen auf eine solche verzichtet werden sollte, müsste die Sanktionsverordnung im entsprechenden Sinne geändert werden (zwingende Berücksichtigung von dargelegten Compliance-Bemühungen, welche konkret auf die fraglichen Wettbewerbsrisiken ausgerichtet sind). Offensichtlich besteht dafür gemäss übereinstimmenden Ausführungen von Bundesrat, WEKO und Gutachtern bereits die notwendige gesetzliche Rechtsgrundlage. Von den Unternehmen ist eine auf den konkreten Fall bezogene Darlegung der getroffenen Massnahmen zu verlangen, nicht aber unrealistisch und überschliessend ein Nachweis der Wirksamkeit eines Systems.**

### **3 Sanktionierung natürlicher Personen**

#### 3.1 Im Allgemeinen

Das Kartellrecht richtet sich primär an die Unternehmen (Art. 2 KG). Daher ist nachvollziehbar, dass diese primär im Fokus der Durchsetzung stehen. Unternehmen handeln jedoch durch sie vertretende natürliche Personen. Gerade in grösseren Organisationen wird auch intern die Durchsetzung einer klar wettbewerbsorientierten Geschäftspolitik erleichtert, wenn die persönliche Verantwortung der handelnden natürlichen Personen auch mit persönlichen Sanktionen unterstrichen wird. Dabei kann es nicht um „ein Abschieben von Verantwortung auf Mitarbeiter“ gehen, sondern um eine Berücksichtigung der effektiven Verhältnisse. Gerade in komplexen Organisationen müssen Kompetenzen delegiert werden, entsprechend müssen auch diese Personen in die eigene Verantwortung gefasst werden.

Verschiedene unserer Mitgliederorganisationen haben eine deutlich zurückhaltendere Beurteilung und lehnen die Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen entschieden ab. Wir verweisen diesbezüglich auf die Ihnen direkt zugegangenen entsprechenden Eingaben.

**economiesuisse unterstreicht die persönliche Verantwortung der für ein Unternehmen handelnden natürlichen Personen und unterstützt grundsätzlich damit verbundene verhältnismässige Sanktionen gegen diese.**

Die Sanktionierung natürlicher Personen muss unabhängig von der Einführung der „Compliance-Defence“ beurteilt werden. Sonst würde geradezu unterstellt, dass die „Compliance-Defence“ die Wirksamkeit der Kartelldurchsetzung unterminiert. Die Sanktionierung natürlicher Personen ist ein eigenständiger Mechanismus einerseits zum Schutze der Unternehmensintegrität und – mit der dadurch verstärkten Wirksamkeit und Implementierung einer mit dem Wettbewerbsrecht kohärenten Geschäftspolitik – auch zum Schutze des Wettbewerbs an sich. Wie die „Compliance-Defence“ lässt sich auch die Sanktionierung natürlicher Personen auf die Forderung der Berücksichtigung des Verschuldensprinzips zurückführen. Dies entspricht auch den anerkannten strafrechtlichen Prinzipien und ist angesichts des in der Schweiz auch gerichtlich anerkannten strafrechtlichen Charakters wettbewerblicher Sanktionen geboten. Sanktionen gegen natürliche Personen sind daher im Sinne einer wirksameren Durchsetzung grundsätzlich unterstützenswert. Die Ausgestaltung wirft allerdings verschiedene komplexe Fragen auf, denen Rechnung zu tragen ist. Das Gutachten Heine/Roth analysiert sehr breit und tief die mit einem solchen Vorgehen verbundenen Fragestellungen. Seinen Schlussfolgerungen wird in der Vernehmlassungsvorlage nicht vollständig Rechnung getragen. Besonders zu beachten sind auch die Auswirkungen auf die Verfahren sowie die Verhältnisse in den Unternehmen generell.

**Beide Umsetzungsvorschläge des Bundesrats (Variante A administrative Massnahmen, Variante B strafrechtliche Massnahmen) gehen über die Motion hinaus und werfen zu viele offene Fragen auf. Beide Varianten werden daher von economiesuisse abgelehnt.**

### 3.1.1 Tatbestand

Wettbewerb ist ein Entdeckungsverfahren. Entsprechend ist es sehr schwierig eine abschliessende klare Umschreibung vorzunehmen, wie es für Sanktionen gegen natürliche Personen im Sinne von „nulla poena sine lege certa“ (keine Strafe ohne klares Gesetz) unabdingbar ist. Das Gutachten Heine/Roth zeigt dies klar auf. Besonders kritisch wird es, wenn Freiheitsstrafen im Raume stehen oder wenn etwa zu Beginn eines Verfahrens Untersuchungshaft angeordnet wird, was wegen der Vertuschungsgefahr durchaus ermittlungstechnisch angezeigt sein kann. Gerade Untersuchungshaft könnte oft auch Personen betreffen, die nachher aus unterschiedlichen Gründen nicht sanktioniert werden. Sie hätte aber für diese äusserst einschneidende Folgen und könnte auch die betreffenden Unternehmen durch den „Wegfall“ von entscheidenden Führungskleuten empfindlich treffen. De facto würde die Unschuldsvermutung oft ausgehebelt und es könnte ein ungerechtfertigter Druck auf „einvernehmliche“ Lösungen aufgebaut werden.

Bereits bei Sanktionen gegen Unternehmen ist die Abschätzbarkeit betreffend möglicher wettbewerblicher Sanktionen als Folge eines Sachverhaltes sehr schwer. Die Meldemöglichkeiten nach Art. 49a sind unbefriedigend und echte Verbesserungen liegen noch nicht vor. Hier ist die mit dem ersten Teil der Kartellgesetzrevision angegangene Änderung überfällig. Heine/Roth akzeptieren in ihrem Gutachten die Nachteile für Unternehmen – aus unserer Sicht in einer gar zu weit gehenden und nicht akzeptablen Art. Sie stellen aber klar, dass bei Sanktionen gegen natürliche Personen wesentlich strengere Anforderungen zu stellen sind.

Aus diesen Gründen muss der Tatbestand noch enger und präziser umschrieben werden. Der Bundesrat hat dies in einer generellen Art versucht und formuliert für die Bestrafung ein Verbot für die Beteiligung an horizontalen Kartellen (gemäss eigenen Angaben geht er damit über den Wortlaut der

geltenden Verfassungsgrundlage hinaus, welche immer noch auf dem Missbrauchsprinzip beruht) . Die entstehende überschüssende Wirkung soll durch Anknüpfung an den Ausgang des Verfahrens gegen das Unternehmen quasi kompensiert werden. So werden die Rechtfertigungsgründe wieder einbezogen, jedoch erst am Ende und nicht zu Beginn des Verfahrens. Auch wird ein Einverständnis der Wettbewerbsbehörden vorausgesetzt, ohne jedoch dieses an klare Vorgaben zu knüpfen. Abgesehen davon, dass dadurch die Verfahren gegen die natürlichen Personen wohl in ungebührlichem Masse verzögert würden, werden auch damit nicht alle Abgrenzungsprobleme gelöst. So fallen unter horizontale Preisabsprachen etwa nicht nur bilaterale Preisvereinbarungen, wie sie etwa von Verantwortlichen der beteiligten Unternehmen getroffen werden können und die wohl der Regelung als Modell dienen. Als Preisvereinbarungen werden etwa auch komplexe Geschäftsmodelle wie etwa „Interchange-Fees“ in mehrseitigen Märkten qualifiziert, welche wiederum durch Effizienzgründen (o.ä.) gerechtfertigt sein können. Wettbewerbsstatbestände müssen notwendigerweise einen Ermessensspielraum beinhalten, sollen sie nicht überschüssend wirken. Es ist daher zu prüfen, ob anstatt einer sehr detaillierten Umschreibung von zu erfassenden (bzw. auszuschliessenden) Wettbewerbs-Tatbeständen an anderen Sachverhalten angeknüpft werden soll. In Frage käme etwa die Anknüpfung an die vorsätzliche Missachtung von unternehmensinternen Weisungen zur Durchsetzung eines wettbewerbskonformen Verhaltens.

### 3.1.2 Täterkreis

Der Bundesrat geht von einem breiten Täterkreis aus. Er will nicht nur die direkt aktiv handelnden Personen sondern – in Übereinstimmung mit Art. 11 und Art. 29 StGB – auch die „aktive Unterlassung“ miteinfassen. Damit stehen nicht nur beispielsweise „Absprachen treffende Regionaldirektoren“ sondern insbesondere auch Compliance-Mitarbeiter und vor allem Führungsorgane im Fokus. Strafsanktionen bedingen eine genaue Bestimmtheit der entsprechenden Tatbestände („keine Strafe ohne klares Gesetz“) und setzen Vorsatz voraus. Es ist daher sehr problematisch, wenn der Bundesrat auch Unterlassungsdelikte (wie zum Beispiel das Nichteinschreiten eines Compliance-Verantwortlichen) miteinfassen will. Hier fehlt es in aller Regel am Vorsatz. Ein derart breiter Täterkreis und ein nicht absehbarer Tatbestand sind nicht akzeptabel. Genau abzuklären sind ferner die Anwendbarkeit und die Auswirkungen anderer allgemeiner Bestimmungen des Strafgesetzbuches (diese gelten, unabhängig vom Regelungsort von Sanktionsbestimmungen). Dazu zählen insbesondere die Anstiftung, der Versuch, die Mittäter- und Gehilfenschaft oder das Handeln als Organ.

### 3.1.3 Verfahren

Jede Sanktionierung natürlicher Personen in Wettbewerbsverfahren führt unweigerlich zu parallelen Verfahren mit zusätzlichem Aufwand (zeitlich und kostenmässig) für alle Betroffenen wie auch für die Behörden. Eine genaue Abwägung von Kosten (zusätzlicher Aufwand in den Verfahren) und Nutzen (erhöhte präventive Wirkung und wirksamere Durchsetzung des Kartellrechtes) ist notwendig. In der Schweiz liegen erst wenige Erfahrungen mit den Wirkungen direkter Sanktionen vor. Entsprechend müsste hier wohl noch stärker (und quantifizierter) auf ausländische Erfahrungen abgestellt werden. Diese Analysen stehen noch aus.

Gerade zu Beginn eines Verfahrens werden viele Personen miteinbezogen, da dann über den Sachverhalt noch keine Klarheit besteht. Dies betrifft vor allem die weitgehenden Ermittlungsmassnahmen wie Hausdurchsuchungen bei Privaten oder Untersuchungshaft. Besonderes Gewicht kommt daher der strikten Beachtung aller Verfahrensrechte zu (Recht zur Aussageverweigerung, Trennung von Untersuchung und Entscheidung, Einsichtsrechte etc.). Angesichts der Bedeutung der Aufdeckung von Kartellverstössen durch „Insider“ (Bonussmeldungen, Whistleblower) wird weiter ein sehr weitreichender Schutz von verantwortlichen Insidern notwendig. Das widerspricht jedoch dem berechtigten Schutzinteresse der Unternehmen. Besonderes Augenmerk ist auf die Auswirkung auf

das Betriebsklima und die internen Abläufe bereits im Vorfeld allfälliger Verfahren zu legen (Delegation von Entscheiden „nach oben“, Klima des Misstrauens, „Kultur des Schweigens“ etc.).

#### 3.1.4 Kein Ausschlussgrund

Diese generellen Aspekte müssen beachtet werden, ungeachtet ob strafrechtliche Sanktionen oder administrative Sanktionen gewählt werden. Wirksame administrative Sanktionen haben ebenfalls Strafcharakter und bedingen eine gleich eingehende Analyse und Abwägung wie formelle strafrechtliche Sanktionen.

Die angeführten Aspekte sollen jedoch die Sanktionierung natürlicher Personen nicht ausschliessen. Wie angeführt kann eine solche gerade bei komplexeren Organisationen die Rechtsdurchsetzung wirkungsvoll unterstützen. Dies kann auch einen erhöhten Aufwand insgesamt rechtfertigen. Allerdings müssen diese Punkte in den Konsequenzen genau abgeklärt werden, um überschüssende oder kontraproduktive Wirkungen zu vermeiden. Dafür ist die notwendige Zeit zu nehmen. In der Zwischenzeit werden auch mehr Erfahrungen mit den neu eingeführten Sanktionen in der Schweiz vorliegen und die Entwicklungen in anderen vergleichbaren Ländern besser abschätzbar sein.

#### 3.2 Administrative Sanktionen

Die Motion Schweiger verlangt klar strafrechtliche Sanktionen. Daher erfüllen administrative Sanktionen gegen natürliche Personen die Motion nicht voll. Sie wurden wohl vorgeschlagen, weil mit den strafrechtlichen Massnahmen zu grosse Probleme erwartet werden. Dieses Vorgehen ist täuschend und nicht zielführend.

Berufsverbote sind an sich nur in Situationen mit einer Bewilligungspflicht oder einer generellen Aufsicht gebräuchlich und umsetzbar. Beides ist im Wettbewerb nicht generell gegeben. Es wäre völlig verfehlt, eine generelle Wettbewerbsaufsicht über alle individuellen Akteure zu stipulieren. In diesem Sinne ist die Situation beispielsweise nicht mit jener der FINMA zu vergleichen. Das unklare Opportunitätsprinzip (die Wettbewerbsbehörde „kann“ aber muss nicht eine Administrativsanktion verhängen) führt zu einem willkürlichen Vorgehen und eröffnet – gerade bezüglich der Auskunft- und Mitwirkungspflichten – Missbrauchsmöglichkeiten ohne externe Kontrollmöglichkeiten.

Sollen Administrativmassnahmen wirken, müssen sie spürbar sein. Sonst verkommen sie zu einer Alibifunktion. Der Bundesrat hat bei seinem Vorschlag in der Variante A dem Rechnung getragen und schlägt recht erhebliche Eingriffe, nicht nur symbolische Akte vor.

Administrativsanktionen sind nur scheinbar unproblematischer als Strafsanktionen. In der Praxis könnten sie sich für die Betroffenen gar einschneidender auswirken als strafrechtliche Massnahmen etwa in Form bedingter Geldbussen. Angesichts der weitreichenden Konsequenzen sind Administrativmassnahmen in der Wirkung Strafsanktionen gleich zu setzen und entsprechende Regeln müssen beachtet werden (Trennung von Untersuchung und Entscheid, Unabhängigkeit des Gerichts, Verfahrensrechte, Bestimmtheitsgebot etc.). Die Variante A trägt dem nur bedingt Rechnung. Auch müssen die Bonusregeln bei Administrativmassnahmen gleich verbindlich festgelegt werden wie bei strafrechtlichen Sanktionen. Im bundesrätlichen Vorschlag wird hier voll auf den Ermessensspielraum der Wettbewerbsbehörde abgestellt. Damit wird ein unakzeptables Druckpotential eröffnet.

Die vorgeschlagenen Administrativsanktionen gehen einerseits zu weit und sind andererseits kaum umsetzbar. So ist die Dauer des Berufsverbots mit fünf Jahren in der heutigen Zeit sehr lang und kann zu einer generellen Berufsunfähigkeit der Betroffenen führen. Andererseits ist die Geltung für „die an der Absprache beteiligten Unternehmen“ zu vage: was gilt bei einvernehmlichen Lösungen, was bei späteren Übernahmen eines Unternehmens? Auch die Einziehung eines „Vermögensvorteils aus einer

Abprache“ dürfte schwierig umsetzbar sein, werden doch etwa Boni kaum nach einzelnen Geschäften aufgeteilt (und schon gar nicht entsprechend dokumentiert). Denkbar wäre hier allenfalls ein verstärktes Rückforderungsrecht des Unternehmens wegen missbräuchlich bezogenen Vergütungen. Dazu müsste allerdings das Arbeitsrecht bzw. die heute diesbezüglich sehr starre Praxis geändert werden.

**Die vorgeschlagenen Administrativsanktionen werfen die analogen grundsätzlichen Fragen auf wie die strafrechtlichen Massnahmen. Sie sind entweder kaum umsetzbar oder hätten bloss symbolischen Charakter. Die Variante A wird abgelehnt und wäre auch nicht als „das kleinere Übel“ akzeptabel.**

### 3.3 Strafsanktionen

Die Einführung von Strafsanktionen entspricht dem Wortlaut der Motion Schweiger. Sie setzt wie im Erläuternden Bericht festgehalten, die strikte Beachtung aller strafrechtlichen Grundsätze voraus. Rechtsstaatlich gehört dazu auch, dass die Bonusregelung nicht nur auf Verordnungsstufe, sondern im Gesetz genauer umschrieben wird. Strafrechtliche Sanktionen können nicht einem breiten Ermessensspielraum der Behörden überlassen werden. Die Abhängigkeit der Sanktionierbarkeit vom Verfahren gegen das Unternehmen birgt auch das Problem einer mangelnden Vorhersehbarkeit und Bestimmtheit. Die Sistierung des Verfahrens gegen die natürliche Person bis zum Abschluss des Verfahrens gegen das Unternehmen dürfte mit dem Beschleunigungsgebot kaum vereinbar sein. Dieses Kriterium öffnet zudem die Frage der Parteirechte möglicherweise betroffener Personen in den Verfahren gegen das Unternehmen. Ihnen müsste ein eigenständiges Einsichts-, Äusserungs- und Einspracherecht gewährt werden, insbesondere wenn der Ausgang „ihres“ Verfahrens vom Verfahren gegen das Unternehmen abhängt. Besonders zu regeln ist etwa auch, ob (jede einzelne?) betroffene natürliche Person ein Einspracherecht gegen eine einvernehmliche Regelung hat, wie sie in vielen Wettbewerbsverfahren getroffen wird. Auch müsste allenfalls eine Mitwirkung in einem Meldeverfahren nach Art. 49a geprüft werden. Eine Komplizierung und Verlängerung der Verfahren ist unvermeidlich. Sie steht im Widerspruch mit der an sich anvisierten Verkürzung von Wettbewerbsverfahren. Kann der präventive Nutzen hoch genug bewertet werden, ist diese Konsequenz immerhin in Kauf zu nehmen.

Auf den Aspekt der Umschreibung des Tatbestandes wurde oben hingewiesen. Der Bundesrat hat sich für eine spezielle Strafnorm im Kartellgesetz, nicht im Strafgesetzbuch entschieden. Grundsätzlich scheint dieser Weg vertretbar, auch wenn sich das Kartellgesetz nur an Unternehmen, nicht an Individuen richtet (Art. 2 KG). Wie im Erläuternden Bericht ausgeführt, wird dadurch der Täterkreis auf Leitungsorgane eines Unternehmens in Anwendung von Art. 29 StGB eingeschränkt, was kaum die Absicht der Motion war. Mit dem Einbezug der „pflichtwidrigen“ Unterlassung wird der Täterkreis mit Anwendung von Art. 11 StGB sehr weit und mit kontraproduktiven Wirkungen ausgedehnt, explizit auch auf Compliance-Verantwortliche, welche die – allenfalls theoretische – Möglichkeit einer Intervention gehabt hätten. Dies kann sich geradezu kontraproduktiv auswirken, indem Unternehmen ohne Compliance-Programme oder mit einer unklaren Zuordnung der Verantwortung bezüglich der Strafbarkeit natürlicher Personen besser gestellt würden als korrekt organisierte. Compliance-Verantwortliche wären in einem dauernden Interessenkonflikt. Sie könnten ihre eigentliche Aufgabe gar nicht mehr wahrnehmen. Als Täter sollen nur Personen in Frage kommen, denen eine Absicht zu einer aktiven direkten Beteiligung an einer Wettbewerbsabsprache nachgewiesen werden kann, das heisst solche, welche die Absprache direkt oder über Mittelspersonen selbst getroffen haben.

Unabhängig ob der Straftatbestand im Kartellgesetz oder im Strafgesetzbuch festgeschrieben wird, muss beachtet werden, dass in der Praxis und nach dem revidierten Strafrecht Freiheitsstrafen oft nur bedingt und/oder in Form von Tagessätzen ausgesprochen werden, was die präventive Wirkung



allenfalls reduziert. Aufgrund der Bestimmungen über das Nebenstrafrecht gelten diese Regeln auch bei einer Festlegung von Strafsanktionen im Kartellrecht.

**Die Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen gemäss Variante B wird abgelehnt, da der Tatbestand zu weit und der Täterkreis mit der Erfassung von Unterlassungsdelikten zu breit gefasst ist. Bei einer Weiterverfolgung von Kriminalstrafen aufgrund eines speziellen Artikels im Kartellgesetz muss eine fundamentale Überarbeitung erfolgen.**

#### 3.4 Alternative Möglichkeiten

Die Anliegen der Motion Schweiger sind im Grundsatz nachvollziehbar und angesichts der dahinter stehenden Interessen grundsätzlich zu unterstützen. Daher ist auch zu prüfen, welche alternativen Möglichkeiten für ein direktes Vorgehen gegen fehlbare verantwortliche natürliche Personen bestehen. Dazu zählen – nicht abschliessend – etwa folgende Möglichkeiten:

##### 3.4.1 Zivilrecht

Bereits heute bestehen arbeitsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten, indem solches Verhalten als Verletzung der Treuepflichten gegenüber dem Unternehmen betrachtet werden (Missachtung von Weisungen) und zur (allenfalls fristlosen) Entlassung führen kann. Allerdings muss nach heutiger Praxis eine fristlose Entlassung innert sehr kurzer Frist ausgesprochen werden.

Eine Rückforderung von aufgrund von illegalen Wettbewerbsabsprachen ausbezahlten Vergütungen ist nach heutiger Gerichtspraxis erschwert. Entsprechend müsste hier die Praxis oder das Recht angepasst werden.

Zivilrechtlich dürfte die Geltendmachung von Schadenersatz bereits nach heutigem Recht möglich sein, wenn ein Verantwortlicher gegen klare Weisungen verstossen hat. In der Praxis wird dieser Weg kaum begangen, weil Beweisschwierigkeiten bestehen und die tatsächlichen Erfolgchancen - angesichts der in aller Regel bei der natürlichen Person beschränkt vorhandenen Mittel - als zu gering eingeschätzt werden.

##### 3.4.2 Allgemeines Strafrecht

Anstelle eines neuen speziellen Straftatbestandes im Kartellrecht, ist auch eine Anpassung der geltenden Bestimmungen im allgemeinen Strafrecht zu prüfen, welche dem Schutz von Vermögen, Unternehmen oder der öffentlichen Ordnung dienen. Anstatt einer Verbindung mit einem – offen formulierten - Wettbewerbsstatbestand und den damit verbundenen Problemen könnte etwa an die vorsätzliche Verletzung von Weisungen des Unternehmens mit einer damit verbundenen Schädigung des Unternehmens (etwa dadurch, dass dieses aufgrund des Fehlverhaltens in ein Verfahren einbezogen wurde) angeknüpft werden. Dieser Tatbestand liesse sich eventuell einfacher mit der strafrechtlich notwendigen Präzision abgrenzen. Sachlich richtig wäre es, hier ein Antragsrecht des Unternehmens einzuführen. Dies würde sicherstellen, dass nicht Strafbehörden von sich aus überschliessend in das Verhältnis zwischen Unternehmen und verantwortlichen natürlichen Personen eingreifen.

#### **4 Regelung für KMU**

Die Motion Schweiger ist von der Situation in grösseren Unternehmen mit komplexer Organisation geprägt. Dennoch wäre es verfehlt, eine schematische Ausnahme für KMU vorzusehen. Diese Frage ist vielmehr über die Ausgestaltung sowohl der „Compliance-Defence“ wie die Umschreibung des Tatbestandes für Sanktionen gegen natürliche Personen zu lösen. In die entsprechenden Ausformulierungen sind die Wirtschaftskreise einzubeziehen, um sicherzustellen, dass nur die anvisierten Bereiche erfasst werden.

#### **5 Weiteres Vorgehen**

Der Bundesrat will die Vorlage zur Umsetzung der Motion Schweiger zusammen mit dem ersten Teil der Kartellgesetzrevision umsetzen. Angesichts der zahlreichen offenen Fragen betreffend Sanktionierung natürlicher Personen und der notwendigen vertieften Abklärungen ist dies verfehlt. Der erste Teil der Kartellgesetzrevision ist vielmehr im Sinne unserer seinerzeitigen Vernehmlassung rasch umzusetzen. Die „Compliance-Defence“ ist im Sinne der Äusserungen im Rahmen der Vernehmlassung mindestens durch eine Anpassung der Sanktionsverordnung oder eine Bekanntmachung im Sinne der Rechtssicherheit auch dann verbindlich festzulegen, wenn auf eine Revision des Kartellgesetzes (vorläufig) verzichtet würde. Die Sanktionierung natürlicher Personen ist vor weiteren Schritten unter Berücksichtigung obiger Erwägungen, alternativer Massnahmen und abgestimmt auf die internationale Entwicklung vertiefter abzuklären.

economiesuisse ist gerne bereit mit den Experten der Wirtschaft an den notwendigen Abklärungen mitzuwirken und zur Ausarbeitung gezielter verhältnismässiger Sanktionen gegen natürliche Personen im Sinne der Verstärkung deren persönlicher Verantwortung mitzuwirken.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse  
economiesuisse

Dr. Pascal Gentinetta  
Vorsitzender der Geschäftsleitung

Thomas Pletscher  
Mitglied der Geschäftsleitung