

## Vernehmlassung II Revision KG

### I. Vorbemerkungen

Die Studienvereinigung Kartellrecht (Arbeitsgruppe Schweiz) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu Teil 2 des Entwurfs für die Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG). Dieser Teil 2 dient der Umsetzung der "Motion Schweiger (07.3856): Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht" und ist als Ergänzung der ersten, auf Ende November 2010 abgeschlossenen Vernehmlassung zu verstehen. Zu dieser hatte die Studienvereinigung Kartellrecht mit Schreiben vom 19. November 2010 Stellung genommen.

In der nachfolgenden Vernehmlassung geht die Studienvereinigung Kartellrecht auf die drei Revisionsschwerpunkte des zweiten Teils ein, würdigt diese kritisch und regt zum Bereich Compliance-Programme weitere Änderungen und Präzisierungen an.<sup>1</sup>

### II. Sanktionsminderung bei Unternehmen dank "Compliance"-Massnahmen

#### I. Compliance

Der Revisionsvorschlag des Bundesrates hinsichtlich Sanktionsminderung bei Compliance-Programmen ist in seiner Stossrichtung zu begrüessen. Zwar ist die Berücksichtigung von Compliance-Massnahmen bei der Sanktionszumessung bereits heute aufgrund des Verschuldensprinzips angezeigt. Eine gesetzliche Regelung kann hier jedoch für Klarheit sorgen und den Anreiz für entsprechende Massnahmen der Unternehmen zusätzlich verstärken. In einzelnen Punkten der Vernehmlassungsvorlage besteht nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht jedoch noch Verbesserungspotential.

<sup>1</sup> Diese Stellungnahme basiert auf einer internen Diskussion oder Gesetzesvorlage an einer Sitzung der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht und Entwürfen von Mitgliedern der Arbeitsgruppe zu einzelnen Kapiteln. Nur ein Teil der Mitglieder unserer Arbeitsgruppe hat sich an der internen Meinungsbildung aktiv beteiligt. Zu einzelnen Themen wurden teilweise abweichende Meinungen vertreten. Diese Vernehmlassung ist deshalb zwar repräsentativ, deckt aber nicht das ganze Meinungsspektrum unserer Mitglieder ab.

## A. Ausgangslage

Die Grundsätze der Sanktionsbemessung sind in der KG-Sanktionsverordnung (SVKG) relativ breit gefasst. Gemäss Art. 2 Abs. 1 SVKG bemisst sich die Sanktion nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist dabei gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG zu berücksichtigen. Schliesslich wird der Sanktionsbetrag bei Vorliegen von mildernden Umständen gemäss Art. 6 SVKG vermindert. Bereits aufgrund dieser Bestimmungen ist ersichtlich, dass Compliance-Massnahmen der Unternehmen zu berücksichtigen sind.

Gleiches gilt unter dem Gesichtspunkt von strafrechtlichen Prinzipien. Grundsätzlich ist für die Strafbarkeit Vorsatz oder Fahrlässigkeit erforderlich (vgl. Art. 333 i.V.m. Art. 12 und Art. 104 StGB). Gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB werden Unternehmen hinsichtlich einzelner Straftaten (z.B. Geldwäscherei) unabhängig von Straftaten von natürlichen Personen bestraft, wenn sie nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen haben, um eine solche Straftat zu verhindern. Aus strafrechtlicher Sicht ist somit Vorsatz, Fahrlässigkeit oder zumindest ein Organisationsmangel für eine Bestrafung erforderlich. Würden Unternehmen ohne Berücksichtigung dieser subjektiven Komponente zu Sanktionen verurteilt, würde dies zu rechtsstaatlich höchst problematischen Erfolgsstrafen führen.

Dies anerkennen im Grundsatz auch die Wettbewerbskommission (Weko) und das Bundesverwaltungsgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung, wonach Sanktionen gemäss Art. 49a KG nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden können. Die Weko prüft das Verschulden unter dem Begriff Vorwerfbarkeit, lässt sich dabei jedoch in aller Regel von einer (fragwürdigen) Vermutung leiten, wonach der Kartellrechtsverstoss darauf schliessen lasse, dass das Unternehmen nicht alle notwendigen Vorkehrungen zu dessen Verhinderung getroffen habe.

Trotz der schon bisher bestehenden Möglichkeit der Berücksichtigung von Compliance-Programmen als Sanktionsminderungsgrund wurde den Compliance-Massnahmen in der bisherigen Fallpraxis zu wenig Beachtung geschenkt. Daher ist die Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung in Art. 49a KG zu begrüessen, auch wenn von der bisherigen Gesetzgebungs-Systematik her die Regelung auf Stufe der Sanktionsverordnung erfolgen müsste.

## B. Beweislastumkehr

Eine Beweislastumkehr bei sanktionsbewehrten Straftatbeständen ist grundsätzlich mit der Unschuldsumutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK unvereinbar, die bis zum Beweis der Schuld gilt. Zulässig sind dagegen Beweisvermutungen i.S.v. tatsächlichen Schlüssen, wenn sich der Angeklagte dagegen wirksam verteidigen kann. Ein Beispiel dafür sind die in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG enthaltenen gesetzlichen Vermutungen in Bezug auf den objektiven Tatbestand. Der Revisionsentwurf sieht jedoch eine Beweislastumkehr in Bezug auf den Vorsatz zu Lasten der Unternehmen vor. Ein Compliance-Programm soll gemäss Entwurf nur

berücksichtigt werden können, wenn die Compliance-Massnahmen „und deren Wirksamkeit von den Unternehmen hinreichend dargetan werden“ (Art. 49a Abs. 1<sup>bis</sup> des Entwurfs). Einerseits verstösst diese Beweislastumkehr gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK. Andererseits kann der geforderte Beweis eines „wirksamen“ Compliance-Programms wohl kaum je erbracht werden, wenn ein Verstoss vorgefallen ist und die Wirksamkeit der Compliance-Massnahmen in Frage gestellt hat. Denn in der Vergangenheit hat die Weko aus einem Verstoss regelmässig auf eine mangelnde Wirksamkeit eines Compliance-Programmes geschlossen und dies wird vom Bundesrat auch explizit so dargelegt (Erläuternder Bericht, S. 7). Mit anderen Worten dürfte die Beweislastumkehr die Sanktionsminderung für Compliance-Programme verunmöglichen und die fragwürdige Praxis der Weko zementieren und so den Zweck der Revision vereiteln.

Schliesst man aus einem Kartellrechtsverstoss zudem auf die Nichtwirksamkeit eines Compliance-Programms, so liegt hier ein Zirkelschluss vor. Aus aussagenlogischer Sicht ergibt sich nämlich folgendes Ergebnis:

Eine Sanktionsminderung im Falle eines Kartellrechtsverstosses kommt nur im Falle eines „wirksamen“ Compliance-Programms in Betracht. Ein „wirksames“ Compliance-Programm liegt dann vor, wenn es keinen Kartellrechtsverstoss gibt. Folglich kommt eine Sanktionsminderung nur dann in Betracht, wenn kein Kartellrechtsverstoss vorliegt. Liegt aber gar kein Kartellrechtsverstoss vor, so braucht es auch keine Sanktionsminderung.

Ausserdem ist nicht nachvollziehbar, warum die Wettbewerbsbehörden von ihrer Pflicht der Ermittlung des gesamten Sachverhalts in Bezug auf Compliance-Programme entbunden werden sollten. Wie bei den Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG obliegt es den Wettbewerbsbehörden, auch entlastende Sachverhalte zu ermitteln. Warum die Wettbewerbsbehörden betreffend Compliance nicht nach entlastenden Indizien und Beweisen suchen sollen, ist nicht einleuchtend.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die vorgeschlagene gesetzliche Regelung infolge der Beweislastumkehr die aktuelle Rechtslage zu Lasten der Unternehmen verschlechtert. Dies kann nicht der Sinn der aktuellen Revisionsbestrebung sein. Daher sollte auf die vorgeschlagene Beweislastumkehr bzw. den Zusatz "wenn sie und deren Wirksamkeit von den Unternehmen hinreichend dargetan werden" verzichtet werden.

## **C. Angemessenheit**

Compliance-Programme müssen an die jeweilige Risikolage der Unternehmen angepasst sein. Unternehmen mit geringen Marktanteilen müssen beispielsweise keine Compliance hinsichtlich eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG bzw. Art. 102 AEUV gewährleisten. Grössere Unternehmen müssen möglicherweise anders fokussierte Compliance-Massnahmen vorsehen als ein kleines KMU. Angemessene Compliance-Massnahmen sind dynamisch an das Unternehmen und das Umfeld, in dem es operiert, laufend anzupassen. Die im Revisionsentwurf verwendeten Begriffe der Geschäftstätigkeit und der Branche verweisen lediglich auf zwei Aspekte, die für die

Beurteilung der Angemessenheit nicht allein massgebend sein können und ein unangemessenes Gewicht auf diese beiden Einzelaspekte der Angemessenheit legen und durch die abschliessende Aufzählung die Berücksichtigung andere Aspekte ausschliessen. Auf die Erwähnung der beiden Aspekte sollte daher verzichtet werden.

Zwar ist es denkbar, dass im Einzelfall die Branchenzugehörigkeit einen Einfluss auf die Compliance haben kann. Ein allgemeiner Grundsatz sollte daraus jedoch nicht abgeleitet werden. Entsprechende Richtlinien der Wettbewerbsbehörden könnten zu einer Stigmatisierung führen und wären aufgrund der sich schnell entwickelnden Wirtschaft kaum hilfreich. Die Konkretisierung des Begriffs der Angemessenheit sollte durch die Praxis erfolgen. Stellt man auf einzelne Kriterien wie die Zugehörigkeit zu einer Branche ab, werden andere massgebliche Aspekte vernachlässigt. Daher sollte lediglich die Angemessenheit in das Gesetz aufgenommen werden.

## **D. Sanktionsbemessung**

Die Motion Schweiger (07.3856), die den Anstoss zum aktuellen Revisionsvorschlag des Bundesrates gegeben hat, verlangt eine Reduzierung bzw. einen Verzicht auf eine Sanktion gemäss Art. 49a KG bei Vorliegen eines hohen Anforderungen genügenden Programmes zur Beachtung der kartellrechtlichen Gesetzgebung (Erläuternder Bericht, S. 6). Der Vorschlag des Bundesrates spricht dagegen nur von einer Sanktionsminderung. In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bei fehlendem Verschulden des Unternehmens keine Sanktionen verhängt werden können und dass ein hohen Anforderungen genügendes Compliance-Programm oft mit fehlendem Verschulden des Unternehmens einhergehen dürfte.

Wenn dagegen ein Verschulden nachgewiesen werden kann, ist die Compliance bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Versagt ein Compliance-Programm im Einzelfall, ist die angemessene und verhältnismässige Bestrafung des konkreten Unternehmens vorzunehmen. Falls ein Unternehmen ein an sich angemessenes Compliance-Programm umgesetzt hat, muss es regelmässig weniger hart bestraft werden als ein Unternehmen ohne jede Compliance-Massnahmen in kartellrechtlicher Hinsicht. Die gleiche Bestrafung beider Unternehmen würde dem Gleichbehandlungsgebot zuwiderlaufen und die Täterkomponente bei der Strafzumessung ausser Acht lassen.

Das entsprechende Ermessen der Behörde bzw. des Gerichts muss bei der Sanktionszumessung effektiv ausgeschöpft werden. Eine pauschale Handhabung, wonach Unternehmen mit funktionierenden Compliance-Programmen beispielsweise von einem "Bonus" von 10% oder 20% rechnen können, würde der Zielrichtung der Revision nicht gerecht. Vielmehr muss das Verschulden bzw. die "Vorwerfbarkeit" unter Berücksichtigung aller Umstände im Einzelfall abgeklärt werden.

## E. Vorgeschlagener Gesetzestext

Die Studienvereinigung Kartellrecht schlägt aufgrund der dargelegten verbesserungswürdigen Punkte folgende Formulierung für die Revision vor:

*Art. 49a Abs. 1<sup>bis</sup>*

*Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. **Angemessene organisatorische Vorkehrungen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen sind sanktionsmindernd zu berücksichtigen.** Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar.*

## II. Verwaltungsrechtliche Massnahmen (Variante A)

### 1. Überblick

Die Studienvereinigung Kartellrecht lehnt die Einführung so genannter Verwaltungsmassnahmen gegen natürliche Personen in der vorgeschlagenen Form ab.

Es ist zwar unbestritten, dass mit der Androhung von Massnahmen gegen die handelnden natürlichen Personen die Abschreckungswirkung der kartellrechtlichen Bestimmungen und damit die Prävention noch erhöht werden könnten. Diesem wünschbaren Effekt stehen aber derart gravierende Nachteile gegenüber, dass auf die Einführung von Verwaltungsmassnahmen zurzeit verzichtet werden sollte. Insbesondere folgende Punkte sprechen gegen die Einführung der zur Diskussion gestellten Verwaltungsmassnahmen:

- Die direkten Sanktionen gemäss Art. 49a KG und die damit verbundene Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG) sind mit der Revision 2003 eingeführt worden und entfalten nun seit rund sechs Jahren ihre Wirkung. Es sind bisher – soweit ersichtlich – keine gravierenden Mängel zutage getreten, die eine erneute Revision des Sanktionsregimes schon heute verlangen. Vielmehr sollten zunächst weitere Erfahrungen mit dem geltenden Recht gesammelt werden.
- Die Verwaltungsmassnahmen gefährden die Bonusregelung in ihrem Kern. Ein Unternehmen handelt immer durch natürliche Personen. Drohen diesen Personen gravierende Massnahmen – wozu die vorgeschlagenen Verwaltungsmassnahmen gehören – wird dem Unternehmen das Wissen dieser natürlichen Personen nicht mehr zur Verfügung stehen, um eine Selbstanzeige einzureichen oder während des Verfahrens zu kooperieren.
- Auch wenn die zur Diskussion stehenden Massnahmen terminologisch als Verwaltungsmassnahmen bezeichnet werden, handelt es sich bei genauer Betrachtung

um Strafen. Daher wären auch solche Verwaltungsmassnahmen in einem Verfahren zu erlassen, das den rechtsstaatlichen Anforderungen an ein Strafverfahren sowohl in Bezug auf die Behördenorganisation als auch auf das Verfahrensrecht (Anwendung der StPO) genügt.

## **2. Kein Revisionsbedarf ausgewiesen**

Die direkten Sanktionen wurden mit der Revision 2003 eingeführt und entfalten aufgrund der Übergangsfrist erst seit dem 1. April 2005 ihre Wirkung. Nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht zeichnet sich ab, dass der Gesetzgeber die mit der Einführung der direkten Sanktionen verfolgten Ziele weitgehend erreicht: Die präventive Wirkung der hohen Bussen ist im unternehmerischen Alltag offensichtlich. Die Anstrengungen der Unternehmen im Bereich der Kartellrechts-Compliance haben deutlich zugenommen und der grosse Teil der Unternehmen ist heute bestrebt, sich kartellrechtskonform zu verhalten. Auch die Bonusregelung hat sich – soweit dies heute bereits beurteilt werden kann – weitgehend bewährt. Zahlreiche der kürzlich abgeschlossenen und der zurzeit laufenden Verfahren sind gestützt auf Bonusmeldungen ausgelöst worden und/oder konnten dank Bonusmeldungen schneller abgeschlossen werden.

Eine grundlegende Revision des Sanktionsregimes, wie sie mit dem Vorschlag angestrebt wird, wäre nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht nur dann angezeigt, wenn sich in der Praxis gezeigt hätte, dass das geltende Regime gravierende Mängel aufweist. Solche Mängel sind aber nicht ersichtlich und werden im Erläuternden Bericht auch nicht erwähnt. Weder gibt es Anzeichen, dass die präventive Wirkung des geltenden Sanktionsregimes ungenügend ist, noch dass die Bonusregelung nicht die erhofften Effekte zeigt.

Ohne ausgewiesenen Revisionsbedarf eine Revision durchzuführen ist nicht angezeigt, zumal die damit verbundenen Nachteile – wie nachfolgend ausgeführt – schwerwiegend sind.

## **3. Gefährdung der Bonusregelung**

Dass Massnahmen, welche die handelnden natürlichen Personen treffen, eine zusätzliche präventive Wirkung haben würden, ist unbestritten. Müssen aber jene Personen, die den Kartellrechtsverstoss begangen haben, mit Sanktionen rechnen, so werden sie nicht mehr bereit sein, an der Aufdeckung und Beseitigung des Wettbewerbsverstosses mitzuwirken. Denn diese Personen laufen Gefahr, dass alle Informationen, die auf ihr fehlbares Verhalten hindeuten, auch im Verfahren gegen sie selbst verwendet werden.

Für das Unternehmen ergibt sich daraus die Schwierigkeit, dass es häufig darauf angewiesen ist, dass die „Kartellrechtstäter“ ihm die relevanten Informationen zur Verfügung stellen. Die Zeiten, dass über kartellistische Aktivitäten Buch geführt und alles detailliert dokumentiert wird, sind – von seltenen Ausnahmen abgesehen – vorbei. Will das

Unternehmen herausfinden, ob und wie es gegen das KG verstossen hat, so ist es in aller Regel auf die umfassende Kooperation der involvierten Mitarbeitenden angewiesen. Ohne deren Bereitschaft ist es in der Praxis kaum möglich, den tatsächlichen Sachverhalt zu erstellen. Drohen den Mitarbeitenden aber Sanktionen, so werden sie nicht mehr bereit sein, die relevanten Informationen dem Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Denn die Mitarbeitenden laufen Gefahr, dass das Unternehmen gestützt auf diese Informationen eine Selbstanzeige einreicht, die dann dazu führen kann, dass gegen die Mitarbeitenden Verwaltungsmassnahmen erlassen werden. Dass dieser Effekt in der Praxis besteht, zeigt sich regelmässig in internationalen Kartellverfahren, in die Jurisdiktionen involviert sind, die Strafen für natürliche Personen kennen. Spätestens ab dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung sind diese Personen für die Unternehmen faktisch nicht mehr ansprechbar. Dies macht es für die Unternehmen nicht nur schwierig, den Sachverhalt zu ermitteln, sondern es schränkt auch die Möglichkeit ein, mit den Wettbewerbsbehörden während des Verfahrens zu kooperieren. Kooperation setzt Wissen voraus.

Dieser Effekt ist bei den vorgeschlagenen Verwaltungsmassnahmen zu befürchten. Denn der betroffene Mitarbeiter läuft Gefahr, ein Tätigkeitsverbot auferlegt zu erhalten und/oder einen Teil seines Lohnes abgeben zu müssen.

Will man trotz dieser grundsätzlichen Bedenken an den vorgeschlagenen Verwaltungsmassnahmen festhalten, so ist eine zu Art. 49a Abs. 2 KG analoge Bonusregelung für die natürlichen Personen zwingend. Eine solche ist für die Strafsanktionen Art. 53a Abs. 3 E-KG vorgesehen, fehlt jedoch bei den Verwaltungsmassnahmen gemäss Art. 52a und 52b E-KG. Allein der Umstand, dass die beiden Tatbestände als „Kann-Vorschriften“ ausgestaltet sind, reicht nicht aus. Denn nur wenn den Mitarbeitenden klar gezeigt werden kann, dass sich volle Kooperation auszahlt, werden sie dazu bereit sein.

#### **4. Verwaltungsmassnahmen sind Strafen**

Die verwendete Terminologie der „Verwaltungsmassnahmen“ ändert nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht den Strafcharakter Art. 52a und 52b E-KG nicht.

In Art. 52a E-KG wird ein bis zu fünf Jahre dauerndes Tätigkeitsverbot vorgesehen. Auch wenn dieses auf jene Unternehmen beschränkt ist, die an der unzulässigen Abrede beteiligt waren, dürfte es für die betroffene Person faktisch zu einem Tätigkeitsverbot in der gesamten Branche führen. Denn ein gemäss Art. 5 Abs. 3 KG unzulässiger Tatbestand setzt voraus, dass ein Grossteil der Unternehmen dieser Branche daran beteiligt waren; anderenfalls wäre der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. Art. 5 Abs. 1 KG gar nicht erfüllt. Dies impliziert, dass es bei der Verhängung eines Tätigkeitsverbots gemäss Art. 52a E-KG häufig kaum noch Unternehmen in dieser Branche geben wird, bei denen die Person arbeiten könnte. Damit wird der Person verunmöglicht, ihr branchenspezifisches Wissen weiterhin zu nutzen. Ein Tätigkeitsverbot gemäss Art. 52a E-KG kann daher für die betroffene Person sehr einschneidende Wirkungen haben bis hin zu einem de facto umfassenden Berufsverbot, was den Strafcharakter unterstreicht. Der Hinweis im erläuternden Bericht, dass das Tätigkeitsverbot dem Schutz des Wettbewerbs diene und

daher als Verwaltungsmassnahme qualifiziert werden könne, vermag nicht zu überzeugen. Massgebend für die strafrechtliche Qualifikation ist die Wirkung für den Betroffenen. Ein mehrjähriges Tätigkeitsverbot, das faktisch häufig einem Berufsverbot in der bisherigen Branche entspricht, ist aus der Sicht des Betroffenen eine harte Strafe.

Ähnliches gilt für die vorgeschlagene Einziehung gemäss Art. 52b E-KG. Die betroffene Person hat einen Teil des bezogenen Lohnes dem Staat zu erstatten. Aus deren Sicht unterscheidet sich eine solche Einziehung nicht von einer Busse, hat doch die betroffene Person die Vermögenswerte gestützt auf einen arbeitsvertraglichen Anspruch erhalten. Eine solche Busse hat strafrechtlichen Charakter.

Weiter ist zu beachten, dass es in der Praxis kaum je möglich sein dürfte zu bestimmen, welchen Teil des Lohnes eine Person durch den Kartellrechtsverstoss erlangt hat. Selbst bei dem im erläuternden Bericht angesprochenen Beispiel, wonach eine Einziehung dann angezeigt sei, wenn der Mitarbeiter aufgrund besonders guter Geschäftszahlen einen Bonus erhalten habe, wird es kaum je gelingen zu ermitteln, welcher Teil des Geschäftserfolgs auf das Kartell und welcher Teil auf andere Ursachen zurückzuführen ist. Diese Schwierigkeit | Unmöglichkeit kann nicht mit der in Art. 52b Abs. 2 E-KG vorgeschlagenen Schätzung gelöst werden, da eine solche „geschätzte Strafe“ mit dem für Strafnormen geltenden Bestimmtheitsgrundsatz nicht zu vereinbaren ist.

## **5. Unklarer Tatbestand**

Sowohl in Art. 52a als auch in Art. 52b E-KG wird der Tatbestand als Verstoss nach Art. 49a in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 KG umschrieben. Damit wird der Tatbestand nicht genügend präzise umschrieben.

Zunächst ist die Formulierung „Verstösse nach Artikel 49a“ unklar, da Art. 49a KG nicht umschreibt, welche Verhaltensweisen zulässig oder unzulässig sind. Art. 49a KG legt lediglich fest, für welche Verstösse Bussen verhängt werden können. Daher kann es sprachlogisch keinen „Verstoss“ gegen Art. 49a KG geben.

Weiter ist unklar, ob die Verknüpfung „Verstösse nach Artikel 49a i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG“ so zu verstehen ist, dass eine Verwaltungsmassnahme nur dann ausgesprochen werden kann, wenn das Unternehmen, für welche die Person gehandelt hat, tatsächlich gebüsst worden ist. Entsprechend könnten jenen Personen keine Verwaltungsmassnahmen auferlegt werden, die bei dem Unternehmen tätig sind, dem infolge der Bonusregelung die Busse erlassen wurde. Die im Erläuternden Bericht (S. 30) aufgezählten Ausschlussgründe (mehr als fünf Jahre vor Untersuchungseröffnung abgeschlossen, Genehmigung durch Bundesrat) deuten darauf hin, dass Verwaltungsmassnahmen gegen natürliche Personen auch dann verhängt werden können, wenn das Unternehmen von der Bonusregelung profitiert und keine Busse erhält. Dies müsste – sofern es die Absicht des Gesetzgebers ist – klargestellt werden.



Vorzuziehen ist ein explizit formulierter Tatbestand, aus dem klar hervorgeht, welche Verhaltensweisen durch die Verwaltungsmassnahmen erfasst werden. Dabei wäre auch klarzustellen, ob in jenen Fällen eine Massnahme verhängt werden kann, in denen die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG zwar widerlegt werden kann, die Abrede aber als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert. Der Erläuternde Bericht geht davon aus und stützt sich dabei auf die mit dem Revisionsvorhaben I vorgeschlagene Neuformulierung von Art. 49a Abs. 1 E-KG. Auch wenn mit dieser Neuformulierung die umstrittene Frage für Unternehmenssanktionen geklärt werden soll, fordert das Bestimmtheitsgebot, dass dies für Massnahmen gegen natürliche Personen explizit festgehalten wird, sofern dies tatsächlich gewünscht sein sollte.

## **6. Zu unbestimmter Täterkreis**

Sowohl gemäss Art. 52a als auch nach Art. 52b E-KG umfasst der Täterkreis auch Personen, die entgegen einer Rechtspflicht den Verstoss nicht verhindert haben. Gemäss dem Erläuternden Bericht soll die Unterlassung dann geahndet werden können, wenn eine Person vertragliche (z.B. aus Arbeitsvertrag) oder gesetzliche Rechtspflichten nicht beachtet hat.

Damit ist der Täterkreis derart weit formuliert, dass es für viele Personen kaum abschätzbar ist, ob und wann sie davon erfasst sind. So nennt z.B. Art. 716a Ziff. 5 OR als eine der unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats die Oberaufsicht über die Befolgung der Gesetze. Bedeutet dies nun, dass bei einem KG-Verstoss durch das Unternehmen alle Verwaltungsräte mit Verwaltungsmassnahmen rechnen müssen, da sie diese Rechtspflicht nicht oder nicht ausreichend erfüllt haben? Oder sollen gerade jene Personen, die im Unternehmen mit Compliance-Massnahmen beauftragt werden, mit Verwaltungsmassnahmen belastet werden können, wenn sie einen Verstoss nicht oder nicht rechtzeitig entdeckt haben?

Soll an den Verwaltungsmassnahmen festgehalten werden, so ist der Täterkreis auf den Anstifter und den Durchführer zu beschränken.

## **7. Geltung des Verschuldensprinzips**

Während Art. 53a Abs. 1 E-KG explizit nur die vorsätzliche Begehung unter Strafe stellt, fehlen in Art. 52a und b Hinweise auf die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen. Daraus entsteht der Eindruck, dass die individuelle Vorwerfbarkeit bei Verwaltungsmassnahmen ohne Bedeutung sei.

Selbst wenn man den Verwaltungsmassnahmen ihren strafrechtlichen Charakter zu Unrecht absprechen würde, ist die Berücksichtigung der individuellen Situation des Täters zwingend. Nur wenn dem Täter die Tatbegehung persönlich vorgeworfen werden kann, kann er dafür mit einer Verwaltungsmassnahme zur Verantwortung gezogen werden. Dies verlangt das Verschuldensprinzip. Daher ist auch Art. 52a und b klarzustellen, dass nur die vorsätzliche Begehung zu Verwaltungsmassnahmen führen kann.

## 8. Verfahren

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei den als Verwaltungsmassnahmen bezeichneten Sanktionen bei genauer Betrachtung um Strafen. Dies bedeutet, dass diese in einem Verfahren gemäss StPO zu erlassen sind, wie es für Strafen gemäss Art. 53a E-KG vorgesehen ist. Auf die damit verbundenen Probleme wird nachfolgend eingegangen.

Rechtsstaatlich und auch aufgrund der EMRK kaum haltbar ist die im Vorschlag vorgesehene Lösung, dass die Verwaltungsmassnahmen in einem „einfachen Verwaltungsverfahren“ erlassen werden sollen. Dies würde für die Wettbewerbsbehörde die Verfahrensführung zwar vereinfachen, würde aber in Bezug auf die den natürlichen Personen zustehenden Verteidigungsrechte zu kaum lösbaren Konflikten führen.

Als Minimalforderung setzt die Einführung von Verwaltungsmassnahmen in jedem Fall die mit der Revision I vorgeschlagene institutionelle Trennung zwischen untersuchender und entscheidender Behörde voraus. Sollte sich für die institutionelle Neuorganisation (Schaffung eines Bundeswettbewerbsgerichts) im politischen Prozess keine Mehrheit finden, so muss auf die Verwaltungsmassnahmen zwingend verzichtet werden. Denn dass die untersuchende Behörde gleich auch noch schwerwiegende Verwaltungsmassnahmen (Strafen) gegen natürliche Personen verfügt, ist mit der EMRK nicht zu vereinbaren.

## III. Strafrechtliche Sanktionen (Variante B)

### 1. Vorbemerkungen

Die Studienvereinigung Kartellrecht lehnt die Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen in der vorgeschlagenen Form entschieden ab. Die Gründe dafür sind zum Teil mit den bei den Verwaltungsmassnahmen genannten identisch (kein Revisionsbedarf und Gefährdung der Bonusregelung) und sollen an dieser Stelle nicht wiederholt werden (siehe vorne unter III.1 – III.3).

Bei den geplanten Strafsanktionen ist darüber hinaus absehbar, dass ein Nebeneinander zweier parallel geführter Verfahren vor unterschiedlichen Behörden und Gerichten zu einer unabsehbaren Verkomplizierung und längeren Dauer der Verfahren führen wird. Hinzu kommen noch schwerwiegende rechtsstaatliche Bedenken, wenn das Strafverfahren gegen natürliche Personen akzessorisch und nachrangig zum Verwaltungsverfahren gegen Unternehmen sein soll. Es wäre für die betroffenen natürlichen Personen unzumutbar, jahrelang auf den Abschluss ihres Strafverfahrens warten zu müssen. Würde aber auf die Akzessorietät und Nachrangigkeit des Strafverfahrens verzichtet, würde es an der zwingend erforderlichen Verfahrenskoordination fehlen. In diesem Fall wäre es nämlich möglich, dass natürliche Personen im Strafverfahren wegen Verhaltensweisen rechtskräftig verurteilt werden, welche sich später im Verwaltungsverfahren als rechtmässig erweisen.

## 2. Eingrenzung der Strafbarkeit und des Täterkreises

Die Vernehmlassungsvorlage beschränkt die Strafbarkeit auf sogenannte harte horizontale Kartellabreden und nimmt unzulässige vertikale Abreden oder Fälle von Marktmachtmissbrauch davon aus. Bestraft soll danach werden, 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 Wettbewerbern mitwirkt.

Ferner soll der Täterkreis bei den Strafbarkeitsvoraussetzungen beschränkt werden. Es sei auf die Tathandlung abzustellen. Demnach soll strafbar sein, wer vorsätzlich an der genannten Abrede zwischen Wettbewerbern mitwirkt. Als Beispiel wird in dem Erläuternden Bericht angeführt, dass die Abgabe einer Stützofferte in einem Ausschreibungsverfahren auch zur Bestrafung derjenigen Person führe, welche die Stützofferte aufgrund einer Vereinbarung mit dem Anstifter der Submissionsabsprache eingereicht hat.

Schon ein Blick in die Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln zeigt, dass die gewünschte Eingrenzung des Täterkreises und der Tathandlung misslungen ist. Zutreffend wird festgehalten, dass sich das Kartellgesetz an Unternehmen richtet (Art. 2 Abs. 1 KG). Nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen kommt deshalb für die Strafbarkeit natürlicher Personen Art. 29 StGB zur Anwendung (Sonderdelikt). Die besondere Pflicht, deren Verletzung die Strafbarkeit begründet, wird einer natürlichen Person unter anderem zugerechnet, wenn diese als Organ oder als Mitglied eines Organs einer juristischen Person, als Gesellschafter oder als Mitarbeiter mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in seinem Tätigkeitsbereich gehandelt hat. Für andere Beteiligte wie zum Beispiel Mitarbeiter aus dem mittleren oder unteren Management ist Art. 26 StGB (Teilnahme am Sonderdelikt) zu beachten. Das hat zur Folge, dass diese Personen nur als Gehilfen (Art. 25 StGB) strafrechtlich haften und ihre Strafe obligatorisch zu mildern ist (Art. 26 StGB). Eine Begrenzung des Täterkreises ist indessen im Begriff "Mitwirkung" nicht zu erkennen. Ganz im Gegenteil ist mit schwierigen Zurechnungs- und Strafzumessungsfragen zu rechnen.

Entscheidend ist jedoch, dass nach dem Erläuternden Bericht die strafrechtliche Erfassung der "aktiven" Beteiligung an Kartellabsprachen eine Strafbarkeit wegen gravierenden pflichtwidrigen Unterlassens gerade nicht ausschliesst. Unter den Voraussetzungen des Art. 11 StGB sind folglich auch Leitungspersonen strafbar, die Kartellverstösse von Untergebenen nicht verhindern. Gravierende Fälle der Nichtverhinderung von Kartellverstössen sind danach wertungsmässig dem aktiven Tun gleichgestellt. Rechtlich in die Pflicht genommen werden ausdrücklich alle Personen mit substantiellen Führungsaufgaben. Neben den in Art. 29 StGB genannten Personen wird strafrechtlich auch der zuständige Compliance-Officer zur Verantwortung gezogen. Mit dieser Strafbarkeit auch bei pflichtwidrigem Unterlassen wird jedoch der Täterkreis beinahe uferlos weit gezogen und die angebliche Beschränkung auf aktive Tathandlungen gleichzeitig aufgehoben. Eine solche Regelung kann nur zur allgemeinen Verunsicherung führen, bei der fast kein Unternehmensvertreter mit (begrenzten) Entscheidungsbefugnissen sicher sein kann, nicht zum potentiellen Täterkreis zu gehören. Wenn Vorgesetzte zudem für Untergebene haften sollen, führt das darüber

hinaus zu einer unabsehbaren Kette von Verantwortlichkeiten, bei der unklar ist, wer an welcher Stelle der Kette nun strafbar sein soll. Unter Umständen gilt das sogar für alle zusammen bis hin zum Unternehmensinhaber oder dem zuständigen Organ.

### 3. Schaffung eines speziellen Kartellstraftatbestands

Bei den Strafbarkeitsvoraussetzungen sieht die Vernehmlassungsunterlage vor, einen speziellen Kartellstraftatbestand zu schaffen, der gegenüber der Anknüpfung an die für die Unternehmenssanktionierung konzipierten kartellrechtlichen Tatbestände vorzugswürdig sei. So liessen sich Schwierigkeiten vermeiden, wie sie bisweilen im Zusammenhang mit Wirtschaftsstrafverfahren auftraten, wenn stark auf ökonomische Kriterien und die Beurteilung von wirtschaftlich "richtigem" bzw. sinnvollem Verhalten abgestellt wird. Eine spezielle Regelung für die Bestrafung natürlicher Personen erlaube es besser, einen klar auf natürliche Personen zugeschnittenen Tatbestand zu definieren, der den strafrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm genügt.

Zu dieser Begründung ist vorab festzuhalten, dass danach im Umkehrschluss die geltende Sanktionsnorm des Art. 5 Abs. 3 KG dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht genügt. Ob die Unterscheidung zwischen Kriminalstrafen und hohen Geldbussen als sachliche Rechtfertigung unter dem Blickwinkel von Art. 7 Abs. 1 EMRK (bzw. Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 1 und Art. 333 StGB) ausreicht, ist zweifelhaft.

Weiter wird ausgeführt, dass Unternehmen verpflichtet und in der Lage seien, sich mit der Widerlegung der Vermutung, der wirtschaftlichen Erheblichkeit oder der Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz auseinander zu setzen. Andererseits sollen solche Überlegungen natürlichen Personen aber nicht zuzumuten sein. Hier ist die Frage zu stellen, warum ein abstraktes Gebilde wie eine juristische Person deutlich verschärften Anforderungen unterliegen kann. Denn auch dort müssen zwangsläufig natürliche Personen entsprechende Überlegungen anstellen und Entscheidungen treffen. Ebenso wie einem für eine Kartellabsprache verantwortlichen Mitarbeiter kann den verantwortlichen Unternehmensverantwortlichen bereits der Zugang zu den erforderlichen Marktdaten fehlen.

In der Praxis völlig nutzlos ist der Hinweis auf das Widerspruchsverfahren, mit dem das Unternehmen seine rechtlichen Unsicherheiten im Gegensatz zu Mitarbeitern einschränken können soll. In der derzeitigen Handhabung durch die Behörden- und Gerichtspraxis wie auch in der revidierten Fassung gemäss der Vorlage von 2010 kann das Widerspruchsverfahren seinen Zweck gerade nicht erfüllen. Die Studienvereinigung Kartellrecht verweist insoweit auf ihre Stellungnahme vom 19. November 2010.

Die genannte Argumentation im Zusammenhang mit der Komplexität der Anforderungen bei der Beurteilung einer bestimmten Verhaltensweise wird dazu führen, dass im Zweifel der handelnde Mitarbeiter sich entlasten, der Vorgesetzte oder das verantwortliche Organ hingegen stärker ins Recht gefasst werden kann. Gerade wenn die Strafbarkeit auch durch pflichtwidriges Unterlassen begründet wird, sind sehr aufwendige und komplizierte Wissens- und Zurechnungsfragen zu erwarten. Die Folgen für die Gestaltung und Dauer der

entsprechenden Untersuchungs- und Strafverfahren lassen sich kaum abschätzen. Es ist dann jeweils zu klären, wer was wann gewusst hat oder hätte wissen können bzw. müssen.

Hinzu kommt, dass sich selbst die Beurteilung horizontaler Wettbewerbsabreden im Einzelfall als schwierig erweisen kann. Der Erläuternde Bericht räumt das ausdrücklich ein. So könne etwa eine Nicht-Bearbeitung eines geografischen Teilmarktes eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise sein, aber auch dem Transportkostenkalkül der Unternehmen entspringen. Insofern könne das Nicht-Abgeben einer Offerte für sich zur Anwendung der Bestimmung noch nicht ausreichen, sondern es müssten Kontakte zwischen den potentiellen Offertstellern nachgewiesen sein. Allein dieses Beispiel zeigt, dass auch der gewählte Kartellstraftatbestand immer noch zu unbestimmt ist. Daran die Strafdrohung einer mehrjährigen Freiheitsstrafe anknüpfen zu wollen, ist aus rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Gründen verfehlt.

#### **4. Gestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt**

Die Vernehmlassungsvorlage sieht zum Schutz des Rechtsguts Wettbewerb vor, den Kartellstraftatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt auszugestalten. Das bedeutet, dass schon die bloße Vornahme bestimmter Handlungen strafbar sein soll, ohne dass der Täter dadurch das geschützte Rechtsgut verletzt haben müsste. Es reicht für eine Strafbarkeit aus, wenn eine Vereinbarung abgeschlossen wird, die ein Hardcore-Kartell bezwecke. Auf einen Schaden komme es nicht an. Die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch diese Ausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt lasse es zu, auf die Strafbarkeit des Versuchs zu verzichten (Art. 53 a Abs. 2 E-KG). Zuletzt soll eine natürliche Person nur dann bestraft werden, wenn sie vorsätzlich gehandelt habe.

Auch zu dieser Problematik finden sich warnende Hinweise bereits im Erläuternden Bericht. Danach hat die gewählte Deliktsfigur zur Folge, dass bei natürlichen Personen vom Missbrauchstatbestand Abschied genommen werden müsse, weil der abstrakte Gefährdungstatbestand die Einführung eines per se-Verbots für natürliche Personen bedeute. Eine Alternative hierzu bestehe nicht. Dieser Einwand lässt ausser Acht, dass die Missbrauchsaufsicht gegenüber den Unternehmen schon jetzt faktisch wie ein abstraktes Gefährdungsdelikt gehandhabt wird.

Bei der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in Art. 5 Abs. 3 KG wird im Bericht sogar ausdrücklich eingeräumt, dass darin ein Verstoss gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz "in dubio pro reo" zu sehen ist, der nach schweizerischem Verständnis bei Verhängung von Kriminalstrafen nicht hingenommen werden könne. Dazu ist kritisch anzumerken, dass der gleiche Grundsatz auch bei Verhängung von hohen Bussgeldern gegenüber Unternehmen gelten muss.

Entscheidend ist aber, dass die per se-Strafbarkeit in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts die Gefahr einer Überkriminalisierung im Einzelfall birgt. Das wird im Erläuternden Bericht sogar ausdrücklich eingeräumt, doch soll der Gefahr einer überbordenden Strafbarkeit vorgebeugt werden. Erstens werde nur auf wirtschaftsgefährliche

Zustände abgestellt. Wie bereits gezeigt, ist der Kartellstraftatbestand jedoch alles andere als eindeutig bestimmt oder einfach zu handhaben. Zweitens stehe es den Unternehmen offen, den Wettbewerbsbehörden geplante horizontale Abreden im Wege des Widerspruchsverfahrens zu melden und dadurch Gewissheit zu erlangen. Die Untauglichkeit dieser Abhilfemöglichkeit wurde bereits erörtert. Drittens bestünde eine gewisse Akzessorietät des Verfahrens gegen natürliche Personen, weil die Eröffnung einer strafrechtlichen Untersuchung nur im Einvernehmen mit dem verwaltungsrechtlichen Untersuchungsorgan erfolgen könne. Diese Akzessorietät wirft eine Fülle ungeklärter Probleme auf, die nachstehend unter Ziff. 7 noch näher zu behandeln sein werden.

An dieser Stelle ist nur darauf hinzuweisen, dass es rechtstechnisch verfehlt ist, die materielle Strafbarkeit zu unbestimmt zu regeln und das daraus resultierende Dilemma verfahrensrechtlich lösen zu wollen. Letzteres wird nicht gelingen, allenfalls unter eklatanter Verletzung elementarer Beschuldigtenrechte, die durch die EMRK und die BV garantiert sind. Die Ausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt ist deshalb verfehlt. Das Rechtsgut Wettbewerb ist viel zu diffus und unbestimmt, um es in abstrakter Weise schützen zu wollen. Auf die Strafbarkeit des Versuchs grosszügig verzichten zu wollen, mutet schon beinahe zynisch an, weil mit einem abstrakten Gefährdungsdelikt die Strafbarkeit bereits weit vor jedem Versuchsbeginn einsetzt. Versuch heisst, unmittelbar zur Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale anzusetzen. Bei einer Abrede über eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung in der Zukunft, deren Wirkung ungewiss oder sogar unmöglich ist, soll die blossе Absicht bestraft werden. Das mag bei Kapitalverbrechen gerechtfertigt sein, nicht aber beim Schutz des "Wettbewerbs", dessen genaue Merkmale und Eigenschaften im Einzelnen umstritten sind.

## **5. Androhung von Freiheitsstrafen als wirksamere Abschreckung**

Bei der Höhe des Strafrahmens folgt die Vernehmlassungsunterlage der Parlamentarischen Initiative Kaufmann (08.443), die explizit die Einführung von Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren oder Geldstrafen fordert, während die Motion Schweiger sich dazu nicht äussert. Im Vergleich mit dem Strafrahmen bei anderen Delikten der Wirtschaftskriminalität sei dieser Strafrahmen angemessen. Die Androhung von Freiheitsentzug scheine notwendig, damit von der neuen Strafbarkeitsbestimmung überhaupt eine spürbare Abschreckungswirkung zu erwarten ist.

Es ist unbestritten, dass ein drohender Freiheitsentzug das wirksamste Mittel sein dürfte, um die in dem Unternehmen verantwortlichen und handelnden Personen von verbotenen, horizontalen Wettbewerbsabreden abzuhalten. Bei einer möglichen Gefängnisstrafe werden sie dem Thema Wettbewerbsrecht grösste Aufmerksamkeit zukommen lassen und ihm erste Priorität einräumen. Solange nur das Unternehmen mit möglichen Bussgeldern sanktioniert wird und die handelnden Personen nicht mit direkten persönlichen Konsequenzen rechnen müssen (von arbeitsrechtlichen Folgen bis hin zur Entlassung einmal abgesehen), hat das nicht die gleiche Abschreckungswirkung, wie wenn man höchst persönlich mit der Strafjustiz konfrontiert werden und am Ende gar im Gefängnis landen kann.

Der Erläuternde Bericht merkt in dieser Hinsicht jedoch an, dass aufgrund der strafrechtlichen Praxis in der Schweiz zu erwarten sei, dass für kartellrechtliche Erstverstösse von den Gerichten – wenn überhaupt – vermutlich "nur" bedingte Freiheitsstrafen ausgesprochen würden. Unbedingte Geldstrafen hingegen könnten in der Praxis von den Unternehmen bezahlt werden. Das könnte die individuelle Abschreckung abschwächen. Nach dem Erläutern des Bericht ist letztlich entscheidend, dass die Androhung von Freiheitsstrafen eine generelle Schärfung des Unrechtsbewusstseins im Hinblick auf kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen bewirke (abschreckende Wirkung eines möglichen Strafregistereintrags).

Bei nüchterner Betrachtung stellt sich allerdings die Frage, ob der gravierende Aufwand und die erheblichen Nachteile, die mit der Einführung von Strafsanktionen verbunden sind, den im Ergebnis geringen Ertrag einer höheren Abschreckungswirkung rechtfertigt. Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht ist das eindeutig nicht der Fall. Wenn der grössere Abschreckungseffekt individueller Strafsanktionen tatsächlich ausschlaggebend sein soll, so müsste dieser Erkenntnis auch gebührend Rechnung getragen werden. Die in der Vernehmlassung vorgeschlagene Regelung erweist sich hingegen als halbherzig und inkonsequent. Strafsanktionen sollen zwar eingeführt werden, doch nur nachrangig und akzessorisch gegenüber dem nach wie vor im Zentrum stehenden Verwaltungsverfahren.

Zu einer wirklich konsequenten Wende des Wettbewerbsschutzes durch Kriminalisierung nach dem Vorbild der USA konnte sich der Bundesrat nicht durchringen. Dagegen sprechen nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht auch zu viele Gründe. Das vorrangige Abstellen auf Kriminalstrafen beim Wettbewerbsschutz wäre in der Schweiz ein dramatischer Kurswechsel und bräche mit der bisherigen Rechtstradition, die das Wettbewerbsrecht als unternehmensbezogen versteht (Art. 2 KG) und deshalb die Unternehmen selbst in die Pflicht nimmt. Die Schweiz befindet sich insofern im Einklang mit der weit überwiegenden Mehrzahl kontinentaleuropäischer Staaten.

## **6. Verfahrensrechtliche Sackgasse**

Bei der verfahrensrechtlichen Umsetzung der strafrechtlichen Sanktionierung natürlicher Personen sieht die Vernehmlassungsunterlage vor, dass das Verfahren gegen das Unternehmen weiterhin die Hauptrolle spielt und möglichst in den eingespielten Bahnen ablaufen soll. Die strafrechtliche Verfolgung natürlicher Personen trete nur bei einer bestimmten Kategorie von Abreden als zusätzliches Verfahren hinzu. Dessen Ausgang soll das Verfahren gegen das Unternehmen nicht tangieren. Für die Unternehmen und natürlichen Personen soll je ein eigenes Verfahren mit je einer anderen zuständigen Behörde geschaffen werden.

Während für die Unternehmen wie bisher die Wettbewerbskommission (bzw. künftig die Wettbewerbsbehörde und das Bundeswettbewerbsgericht) zuständig ist, soll die Bundesanwaltschaft gegen möglicherweise strafbare natürliche Personen im Einvernehmen mit der Wettbewerbsbehörde ein eigenes Verfahren nach den Regeln der Strafprozessordnung eröffnen (Art. 53 b E-KG) und fallweise Anklage beim Bundesstrafgericht erheben. Grundsätzlich sollen die beiden Verfahren parallel und unabhängig voneinander laufen. Aus

Praktikabilitäts- und Effizienzüberlegungen sieht der Erläuternde Bericht jedoch eine "gewisse Koordination" zwischen den beiden Untersuchungsbehörden vor, deren skizzenhafte Erläuterung beinahe sieben Seiten in Anspruch nimmt. Die Fülle der dadurch aufgeworfenen Probleme lässt sich kaum absehen.

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen schwierigen Abgrenzungsproblemen hält die Studienvereinigung Kartellrecht für entbehrlich, da sie die vorgeschlagene Neuregelung insgesamt ablehnt. Lediglich beispielhaft soll an einigen wenigen Schnittstellen verdeutlicht werden, wie gravierend die zu lösenden Wertungswidersprüche sind:

#### *Beweisverwertungsverbot bei Anwendung von Zwangsmassnahmen*

Ein schwer zu lösendes Problem spricht der Erläuternde Bericht selbst an. Die StPO räumt der verfolgten Person bei der Anwendung von Zwangsmassnahmen umfassende Rechte ein. Die Anwendung solcher Massnahmen in einem Verfahren gegen das Unternehmen, das diese Person beschäftigt, darf dann nicht die Wirkung haben, die Schutzgarantien der StPO zu umgehen. Das hätte zur Folge, dass die aufgrund der Zwangsmassnahmen gewonnenen Informationen im Verfahren gegen die natürliche Person unverwertbar wären.

Besondere Schwierigkeiten wirft dabei die Umsetzung des Rechts auf Aussageverweigerung auf, das jeder beschuldigten Person im Strafverfahren zusteht, im Verwaltungsverfahren jedoch – zu Unrecht – nicht den gleichen Stellenwert besitzt. Selbstbelastende Aussagen, die im Rahmen des Verfahrens gegen das Unternehmen gemacht werden, können deshalb nur berücksichtigt werden, wenn die in diesem Verfahren gewährten Garantien mit denen gleichwertig sind, die im Strafverfahren gelten. Wird diese Bedingung nicht eingehalten, müssen die Aussagen nach einem vorgängigen Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht erneut erhoben werden (Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO).

Unabhängig davon, wie die Umsetzung unterschiedlicher, verfahrensrechtlicher Schutzrechte in der Praxis gelingen wird, können sich daraus unweigerlich Folgen ergeben, die für die beschuldigte natürliche Person besonders nachteilig sind. Es ist nämlich zu befürchten, dass einmal erhobene Beweise trotz ihrer Unverwertbarkeit im Strafverfahren faktisch die Wirkung haben könnten, den rechtstatsächlich zu beobachtenden Verfolgungseifer der Wettbewerbsbehörden wie der Bundesanwaltschaft zu bestärken. Psychologisch durchaus verständlich wird eine einmal gewonnene Kenntnis bestimmter Tatsachen die Einstellung und das Verhalten während des weiteren Verfahrens prägen.

#### *Sachfremde Unterordnung der Bundesanwaltschaft*

Durch die vorgesehene Zustimmung der Wettbewerbsbehörde zur Untersuchungseröffnung der Bundesanwaltschaft nach Art. 53 b Abs. 2 E-KG soll die notwendige Einheit der Kartellrechtspolitik garantiert werden. Hintergrund dieses Zustimmungserfordernisses, das die Bundesanwaltschaft sachfremd der Bundeswettbewerbsbehörde unterordnet, ist die Tatsache, dass Art. 53 a E-KG als per se-Verbot konzipiert ist und damit weiter reicht als Art. 5 KG betreffend das Unternehmen. Deshalb soll die Bundesanwaltschaft bei der



Verfahrenseröffnung generell die Praxis der Kartellbehörden mitberücksichtigen und die Bestimmung von Art. 53 a E-KG nicht exzessiv zur Anwendung bringen.

### *Schwierige Koordination der unabhängigen Verfahren*

Nach dem Erläuternden Bericht ist die Koordination der im Rahmen beider Verfahren vollzogenen Zwangsmassnahmen besonders wichtig und besonders heikel. Die Koordination müsse dabei schon von Anfang an sichergestellt sein. Je nach zeitlicher Abfolge der Verfahrenseröffnung stellen sich unterschiedliche Probleme bei der Koordination und den Individualrechtsgarantien der natürlichen Person.

Bei Vorziehen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens besteht die Gefahr einer Umgehung verfahrensrechtlicher Garantien und die drohende Unverwertbarkeit erhobener Beweismittel. Wenn festgehalten wird, dass die Lösung im Ergebnis meist darin bestehen müsse, beide Verfahren zeitgleich zu eröffnen, so ist eine solche Forderung leichter ausgesprochen als befolgt. Häufig werden im Zeitpunkt einer Verfahrenseröffnung gegen ein Unternehmen die handelnden Mitarbeiter gar nicht bekannt sein. Es besteht daher grundsätzlich die Gefahr, dass zunächst Beweise auf der Grundlage des VStrR erhoben werden (Art. 42 Abs. 2 KG), die später bei Anwendung der StPO nicht verwertbar sein werden.

Hinzu kommen noch die ungeklärten Fragen als Folge der sehr wahrscheinlichen Parteistellung der strafrechtlich verfolgten Person im Verfahren gegen das Unternehmen. Letzteres wird dadurch erheblich kompliziert. Zusätzlich droht die Gefahr, dass es systematisch durch Einreden der strafrechtlich verfolgten Person verzögert werden könnte, da diese mit solchen prozessualen Mitteln auf die Einstellung des gegen sie gerichteten Verfahrens wegen Verjährung hinarbeiten könnte.

### *Rechtsstaatlich unerträgliche Folgen der Akzessorietät des Strafverfahrens*

Rechtsstaatlich unerträgliche Folgen hat die vorgesehene Akzessorietät in Art. 53 b Abs. 3 E-KG, wenn mit einer Verurteilung der beschuldigten Person so lange gewartet werden soll, bis klar ist, ob im Verfahren gegen das Unternehmen eine Sanktionierung wegen Unerheblichkeit der Abrede oder deren Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausbleibt. Das kann Jahre dauern und ist für eine angeklagte Person schlechthin unzumutbar. Doch auch die nachteiligen Folgen für das Unternehmen sind nicht zu unterschätzen, wenn wegen laufender Untersuchungen zur potentiellen Strafbarkeit bestimmter Mitarbeiter einer Abteilung das operative Geschäft über einen langen Zeitraum stark beeinträchtigt wird.

Art. 53 b Abs. 7 E-KG schliesslich, wonach das Strafverfahren eingestellt wird, wenn im Verwaltungsverfahren keine administrative Sanktion nach Art. 49 a KG ausgesprochen wird, führt die Unhaltbarkeit der vorgeschlagenen Regelung anschaulich vor Augen. Nach dem Erläuternden Bericht zwingt die Ausgestaltung als Strafnorm aus Gründen der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit zu einer Formulierung des Tatbestands im Fall der natürlichen Personen, die frei ist von Erwägungen zur wirtschaftlichen Erheblichkeit einer Abrede oder deren

Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz. Denn nur das Unternehmen verfüge über die nötigen Informationen, um diese Aspekte einschätzen zu können.

Diese Bestimmung unterstreicht erneut die Halbherzigkeit bei der Einführung strafrechtlicher Sanktionen. Denn entweder liegt die Tatbestandsverwirklichung auf der Hand und das Strafverfahren kann zügig durchgeführt werden, oder aber sie ist unklar und von schwierigen Wertungsfragen abhängig. Im letzteren Fall darf dann aber aus rechtsstaatlichen Gründen (Stichwort Bestimmtheitsgrundsatz und Vorhersehbarkeit) ohnehin keine Freiheitsstrafe verhängt werden. Im Ergebnis bedeutet deshalb diese Akzessorietät, dass für eine Verurteilung ein doppelter Tatbestand erfüllt sein muss (Art. 53 a Abs. 1 E-KG sowie Art. 5 Abs. 3 KG). Kann das Unternehmen im Verwaltungsverfahren nachweisen, dass die angeblich strafwürdige Abrede entweder wirtschaftlich unerheblich oder aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist, darf folgerichtig in diesem Fall auch keine strafrechtliche Verurteilung der handelnden Personen erfolgen.

Unter diesen Prämissen sollte aber die Einführung strafrechtlicher Sanktionen für natürliche Personen besser ganz unterbleiben. Denn es droht nicht nur die Gefahr, dass handelnde Personen für kaum voraussehbare Folgen ihres Handelns eine Freiheitsstrafe erleiden können – wenn der Nachweis wirtschaftlicher Effizienz nämlich misslingen sollte –, sondern es ist auch der Fall denkbar, dass gegenüber Unternehmen überhaupt kein Verfahren eröffnet wird, die akzessorischen Schutzregeln deshalb ins Leere laufen und natürliche Personen wegen wirtschaftlich unerheblicher horizontaler Abreden bestraft werden können. Die einzige Sicherheitsvorkehrung gegen eine solche Fallkonstellation ist das Zustimmungserfordernis der Wettbewerbsbehörde für die Eröffnung einer Untersuchung nach der StPO durch die Bundesanwaltschaft (Art. 53 Abs. b E-KG). Keinesfalls aber ist sichergestellt, dass es zu der genannten, unhaltbaren Fallkonstellation überhaupt nicht kommen kann, zumal es im Augenblick einer Untersuchungseröffnung häufig noch nicht absehbar ist, ob eine bestimmte Abrede wirtschaftlich erheblich ist oder nicht.