

## **Rechtsgutachten**

**zur Sanktionierung natürlicher Personen / Unternehmen im Zuge der Schweizer Kartellrechtsrevision (Stand 13. Oktober 2010, teilweise aktualisiert zum 25. März 2011)**

## **Expertise juridique**

**sur les sanctions applicables aux personnes physiques et aux entreprises dans le cadre de la révision du droit des cartels, 13 octobre 2010, mise à jour partiellement le 25 mars 2011**

**im Auftrag**

**des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO)**



## Übersicht

- I. **Introduction générale ; la situation actuelle (R. Roth)**
  1. **Histoire et enjeux principaux**
  2. **Systematique**
  3. **Statut des sanctions administratives**
- II. **Neuregelungen**
  1. **Sanktionierung von Unternehmen (G. Heine)**
    - a. **Vorbemerkung**
      - aa. **Strukturelle Besonderheiten des Kartellrechts: selbständiges Regelsystem**
      - bb. **Möglichkeit von Absichtungen in strafrechtlichen Regelkreisen**
    - b. **Firmierung: Ungereimtheiten**
    - c. **Strukturen der Verantwortlichkeit**
      - aa. **BVGer, WEKO und grosse Teile der Lehre: strikt objektive Verantwortlichkeit**
      - bb. **Analogie zu Art. 102 StGB?**
      - cc. **Perspektiven: tendenzielle Individualisierung**
      - dd. **Sanktionsreduzierung bei Vorliegen eines Compliance-Programms**
        - aaa. **Internationale Aspekte der Compliance-Diskussion**
          - α. **USA: Sentencing Guidelines**
          - β **Grossbritannien: Competition Act Guidelines Enforcement (OFT 407)**
          - γ **Australien: Standard on Compliance Programs (AS 3806 – 1998)**
        - bbb. **Voraussetzungen und Konsequenzen**
        - ccc. **Gesetzesvorschlag und weitere Bedingungen**
          - α. **Gesetzesvorschlag**
          - β **Pflicht zur Meldung?**
        - ddd. **Hinweise für eine bereichs- und aufgabenspezifische Unternehmensorganisation**
          - α. **Muster für ein Compliance-System gegen Wirtschaftskriminalität**
          - β **Compliance-Risiko-Audit im Management-Kreislauf**
  2. **Sanktionierung natürlicher Personen (G. Heine)**
    - a. **Allgemein**

- b. **Beschränkung auf horizontale Hard-Core-Kartelle**
  - c. **Täterschaft – Beteiligte – Unterlassen: Geschäftsherrenhaftung**
  - d. **ne bis in idem**
    - aa. **Allgemein**
    - bb. **Grundsätze von EuGH und EGMR**
      - aaa. **EuGH**
      - bbb. **EGMR**
      - ccc. **Schlussfolgerungen**
  - e. **Vorsatz/Fahrlässigkeit**
  - f. **Strafen**
    - aa. **Allgemein**
    - bb. **Variante: individuelle finanzielle Verwaltungssanktionen?**
    - cc. **Geldstrafen oder Freiheitsstrafen?**
  - g. **Umsetzung Motion Schweiger in concreto**
3. **Alternative Sanktionen (G. Heine)**
- a. **Allgemein: Verwaltungsrecht oder Strafrecht?**
  - b. **Neue Verwaltungssanktion: Einschränkung der Tätigkeit**
  - c. **Vorteilsentzug – speziell Pflicht zur Rückzahlung von Boni**
    - aa. **Allgemein**
    - bb. **Strafrechtliche Variante: Art. 70 StGB**
    - cc. **Verwaltungsrechtliche Variante: Neu Einziehung**
4. **Organisation de la poursuite et compétence de juger (R. Roth)**
- a. **Présentation générale du modèle**
  - b. **La poursuite**
  - c. **Le jugement**
    - aa. **Les sanctions contre les entreprises**
    - bb. **Les sanctions contre les personnes physiques**
      - aaa. **Exclusion du TC**
      - bbb. **Quelle autorité pénale ?**
  - d. **Coordination avec une infraction ordinaire et détermination de l'autorité compétente**
  - e. **Sanctions visant les entreprises et poursuite des personnes physiques : quelle séquence ?**
    - aa. **Le monopole de dénonciation**
    - bb. **Principe d'opportunité et protection judiciaire**

5. **Les garanties procédurales (R. Roth)**
    - a. **L'entreprise et l'individu. Des droits différenciés - des intérêts potentiellement divergents**
      - aa. **Des droits différenciés**
      - bb. **Droit au silence et conflits d'intérêts**
        - aaa. **Titularité du droit au silence**
        - bbb. **Conflits d'intérêts**
    - b. **L'entraide entre autorités**
      - aa. **Extension de l'obligation d'entraide ?**
      - bb. **Restrictions à une obligation d'entraide « extérieure » ?**
    - c. **Les règles sur l'inutilisabilité des déclarations auto-incriminantes**
      - aa. **Dans le cadre de l'imposition de sanctions administratives**
      - bb. **En cas de poursuite dirigée contre une personne physique**
  6. **Bonus-/Kronzeugenregelung (G. Heine)**
    - a. **Unternehmen**
    - b. **Natürliche Personen**
    - c. **Grundprobleme und Lösungsansatz: pro Bonusregelung**
    - d. **Einzelfragen**
    - e. **Vorschläge für gesetzliche Änderungen**
  7. **Spezielle Fragen (G. Heine)**
    - a. **Sanktionierung von Einzelfirmen**
    - b. **Compliance-Programme und Strafmilderung**
    - c. **Parallelverantwortung von Unternehmen und natürlichen Personen**
    - d. **Verfahrensrechte – Grundlinien**
- III. Recommandations des experts (Roth/Heine)**

## I. Introduction générale; la situation actuelle

### 1. Histoire et enjeux principaux

Un double régime de sanctions pénales et administratives existe depuis la révision de la LCart de **1995**, qui instaurait des sanctions indirectes (sanctionnant la « désobéissance » au sens large), administratives pour les entreprises et pénales pour les personnes physiques ; ces sanctions pouvaient être cumulées.

La révision de **2003** a introduit des sanctions administratives **directes** avec l'art. 49a LCart. Selon le Conseil fédéral, ces sanctions « ne présupposent pas de faute », assertion que la jurisprudence nuancera fortement par la suite. En effet, une « responsabilité pénale objective » de la personne morale (ou de l'entreprise) est exclue, au motif qu'elle « entretrait en conflit avec la présomption d'innocence » (ATF 135 II 86 c. 4.2). Certes, cette affirmation concerne une amende fiscale, mais, en raison du caractère d'accusation en matière pénale des procédures menées en application des art. 49a-52 LCart (cf. ci-après I. 3), le raisonnement est identique (voir en droit des cartels, *Reinert*, Die Sanktionsregelung gemäss revidierten Kartellgesetz, in: Zäch (éd.), Das revidierte Kartellgesetz, Zurich 2007, 151 ; *Kobel*, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, PJA 2004, 1159 ; *Borer*, KG, Art. 49a N 12). La jurisprudence de la Cour de justice européenne adopte le même point de vue, en s'appuyant sur l'art. 23 al. 2 du règlement 1/2003 (JO L 1 du 4 janvier 2003 p. 1), qui rend punissables les actes commis « de propos délibéré ou par négligence » (cf. conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* précitée (C-280/06) pt 71, pour laquelle « le caractère punitif des mesures prises par les autorités de la concurrence pour sanctionner des ententes – les amendes notamment – indique qu'il s'agit d'une matière au moins quasi pénale. C'est pourquoi l'imputation d'ententes se fait à l'aune du principe de la responsabilité personnelle, qui trouve lui-même sa source dans le principe de l'État de droit et le principe de la faute » ; le principe de la faute est admis depuis fort longtemps par la jurisprudence de la Cour de justice, cf. CJCE, arrêt du 7.07.1983, aff. 100/80 à 103/80, Rec. 1983, p.1825). Dès lors, il est inutile de se cacher derrière une distinction entre un « reproche subjectif », dont la Comco dit se contenter, et une faute (dans ce sens d'ailleurs, Com. recours conc. DPC 2002/2, p. 386 *Rhone-Poulenc SA, Merck & Co*, c. 3.3.1-3.3.2, curieusement négligés par la Comco) et admettre que les sanctions des art. 49a-57 LCart **doivent** reposer sur **une faute**.

La **révision en cours** a pour objet d'améliorer les conditions de la répression des entreprises dans le cadre de sanctions directes et d'envisager la répression de personnes physiques, suivant en cela de nombreux exemples européens (cf. *Baudenbacher*, Evaluation Kartellgesetz, 2009, 129 ss). Les propositions dans ce sens reposent sur des motifs en partie contradictoires : il s'agit à la fois d'être **plus incisif**, en particulier en faisant appel aux sanctions qui ne peuvent s'appliquer qu'aux individus, privation de liberté, voire travail d'intérêt général (art. 36 CP) ; de parvenir à une meilleure **personnalisation** de la sanction, lorsque la faute d'une ou de plusieurs personnes déterminées est prédominante ; mais aussi de **diminuer la pression** sur les entreprises, liée au poids économique des amendes telles qu'elles sont devenues courantes, en Suisse comme à l'étranger. Or, il est évident que la peine pécuniaire adaptée à la « situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement » (art. 34 al. 2 CP) sera(it) sans commune mesure avec ces amendes, si la sanction était infligée à une ou plusieurs personnes physiques en lieu et place de l'entreprise.. On se trouve face à ce que nous avons appelé ailleurs le « di-

lemme des sanctions » (*Roth*, L'entreprise, nouvel acteur pénal in: Berthoud (éd.), Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui, Lausanne 2002, 101 ss) : comment être efficace sans l'être trop ?

## 2. Systématique

Il faut saluer la nouvelle systématique prévue dans le cadre de la révision de la LCart: un chapitre autonome « sanctions », divisé en sanctions administratives et sanctions pénales. Cette systématique est bien meilleure que celle de la loi actuelle, qui a rattaché les sanctions administratives au chapitre 4 (« Dispositions de procédure administrative »). Le législateur de 2003 n'avait pas tiré les conséquences, du point de vue de la systématique, du pas qu'il a pourtant franchi en instaurant des sanctions (administratives) directes en cas de violation des art. 5 al. 3 et 4 et 7 LCart. Ce sera demain chose faite.

## 3. Statut des sanctions administratives

Le statut exact des sanctions administratives, directes ou indirectes, fait régulièrement l'objet d'explorations doctrinales plus ou moins approfondies. Tel a été le cas dans les années qui ont suivi l'élaboration et l'adoption de la loi sur le droit pénal administratif, dont l'insertion dans l'ordre juridique posait des problèmes de **délimitation** (cf. les rapports de *Gauthier* et *Pfund* à la Société suisse des juristes en 1971, et *Roth*, Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif, RDAF 1981, 285 ss et 381 ss). La question connaît un net *regain d'intérêt* actuellement (cf. avant tout *Häner/Waldmann* (éds), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, Zurich 2010 ; *Niggli/Riedo* BSK-KG Vor 6. Abschnitt, N 32-43) ; ce regain est en rapport étroit avec les révisions envisagées dans le droit sanctionnel des cartels.

Il n'y a plus guère de doute depuis les années soixante-dix (dans la doctrine, puis dans la jurisprudence), i) que le droit administratif comprend des sanctions qui ont un **caractère répressif prédominant**; ii) que les poursuites conduisant à l'imposition de ces sanctions sont des « **accusations en matière pénale** » au sens de l'art. 6 CEDH et que, par conséquent les garanties attachées à cet article s'appliquent aux justiciables qui font l'objet de telles poursuites (cf. *Roth*, « Les sanctions administratives : un nouveau droit (pénal) sanctionnateur ? », in *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg 1985, 125 ss et les références; la question de la spécificité des droits reconnus à l'entreprise en tant que justiciable seront examinées plus bas sous ch. II. 4. 1).

Il est en revanche essentiel de ne pas confondre la question de la qualification juridique des sanctions sous l'angle conventionnel (ou plus largement, celui de la protection des droits du justiciable) et celle de la **classification** dans l'ordre juridique national (ou communautaire, dans le droit de l'Union européenne). Comme cela sera rappelé ci-après, la qualification en tant qu'accusation en matière pénale (ou en tant que « peine » au sens de l'art. 7 CEDH) ne détermine aucunement le type de loi de procédure applicable (loi de procédure pénale ou administrative selon la classification nationale) ou l'attribution de la compétence de prononcer ces sanctions (tribunal « pénal » ou tribunal « administratif »). La Cour européenne des droits de l'homme a de manière constante exprimé son souci de laisser au législateur national le pouvoir d'organiser son ordre juridique comme il l'entend• (cf. *infra* II. 3. c. aa).

---

\* Nos remerciements vont à M. Antoine Reinhard, assistant à la Faculté de droit de Genève, pour ses recherches et ses lumières sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

## II. Neuregelungen

Bei den materiell-rechtlichen Fragestellungen geht es vor allem darum, zunächst die Grundlagen bei der Sanktionierung von Unternehmen und natürlichen Personen im Hinblick auf Besonderheiten im Kartellrecht zu erarbeiten, vorfindbare Lösungsansätze zu testen und Vorschläge zu unterbreiten. Markante verfahrensrechtliche Konsequenzen sind aufzuzeigen. Detaillierter werden diese in den verfahrensrechtlichen Partien (R. Roth) behandelt. Insgesamt wird sich zeigen, dass angesichts zahlreicher Besonderheiten und Eigenarten des Kartellrechts sich ein selbständiges Regelsystem im Zuge der Entwicklung des Rechts herausgebildet hat, das in diesem Rechtsgutachten konzeptionell-systematisch zu konturieren und ggfalls fortzuentwickeln sein wird.

### 1. Sanktionierung von Unternehmen

#### a. Vorbemerkung

##### aa. Strukturelle Besonderheiten des Kartellrechts

Dass der **Schutz des Wettbewerbs** überhaupt mittels Formen des Strafrechts gewährleistet werden kann (oder sogar muss), steht mittlerweile ausser Frage. Problematisch ist für das Strafrecht aber, dass der Gesetzgeber im Kartellrecht ein Wettbewerbsverständnis vertritt, das in „enger Anlehnung an die moderne Markt- und Wettbewerbstheorie keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist“ (Botschaft 1994, BBl. 1995 I 512). Wettbewerb ist folglich als grundlegendes Koordinationsprinzip der schweizerischen Marktwirtschaft nicht ein leicht fassbares, statisches Phänomen, sondern ein **komplexer, dynamischer Prozess** (s. BVGer RPW 2008/2, 368, *Zimmerli*, Zur Dogmatik des Sanktionssystems usw., 2007, 165 ff., *Baudenbacher*, Gutachten zur Evaluation usw., 2008, 100 f). Daher lässt sich dem Kartellgesetz im Hinblick auf den intendierten Schutz des „wirksamen Wettbewerbs“ (Art. 5 Abs. 1, 3 KG) schwerlich ein operationalisierbarer Massstab entnehmen, um „wettbewerbliche“ von „wettbewerbswidrigen“ Marktprozessen zu unterscheiden (vgl. auch BVGer, Ur. v. 24.2.2010, B-2050/2007, S. 68 f., Erw. 4.5 zu Art. 7 KG).

Diese **offen formulierte Wettbewerbspolitik** hat zur Folge, dass die Wettbewerbsbehörde bei der Beantwortung der Frage, ob eine „Beseitigung wirksamen Wettbewerbs“ vorliegt, ein **Maximum an Fakten** zusammenzutragen hat, um die Relevanz des Verhaltens des Wirtschaftsteilnehmers rechtlich zu bewerten. Dabei stösst dieses Zusammentragen von Fakten auf besondere Schwierigkeiten, ist Kennzeichen eines Kartellverstosses doch dessen **Heimlichkeit** und **Opferlosigkeit** (s. näher *Zimmerli* aaO 628 ff. m. weit. Nachw.). Hinzukommt ein weiteres Strukturmerkmal des Kartellrechts, nämlich ganz besondere Schwierigkeiten bei der Feststellung eines **Schadens** und eines **Gewinns (Kartellrendite)**.

Dies bedeutet, dass der Wettbewerbsbehörde und dem zuständigen Gericht in bestimmtem Masse die Aufgabe zukommt, das Recht (erst noch) zu finden und zu gestalten. Solcher Art Rechtsschöpfung wirft zudem die weitere Frage auf, wie die einschlägigen Tatsachen zu ermitteln sind. Im Gegensatz dazu wendet das Gericht in traditionellen Bezügen des Strafrechts das Recht lediglich an, und zwar auf der Grundlage vorfindbarer Tatsachen oder solcher, die in traditioneller Weise zur Verfügung gestellt werden (Zeugen, Sachverständige usw.). Diese **neue Funktion der Rechtsfindung und –Gestaltung** kann auch zur Folge haben, dass erst dann, wenn wettbewerbsrelevantes Verhalten praktiziert wird, post festum bewertet werden kann, ob eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vorgelegen hat (vgl. auch *Tagmann/Zirlick*, BSK-KG Art. 49a, N 230). Und es

kann bedeuten, dass sich verfahrensrechtlich neuartige Anreizmechanismen als notwendig erweisen, um strukturellen Informationsdefiziten der Behörden angemessen Rechnung zu tragen (s. u. 6.).

Diese Befunde erscheinen auf den ersten Blick für das **Strafrecht skandalös**: Das Strafrecht versteht sich bekanntlich ab ovo als Instrument zur Verhaltensleitung, um Rechtsgüter zu schützen. Folglich sollte ex ante einigermassen verlässlich **bestimmbar** sein, wo die Grenze des rechtmässigen Verhaltens liegt (vgl. Hassemer/Dallmeyer, Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbussen und das Grundgesetz, 2010, 21 ff.). Und im Strafverfahrensrecht erscheinen Mechanismen zur Förderung der Entdeckungswahrscheinlichkeit im Hinblick auf das verfahrensrechtliche Legalitätsprinzip stets als Fremdkörper.

### **bb. Möglichkeit von Abschichtungen in strafrechtlichen Regelkreisen**

Freilich sind Gesetzgeber und Rspr. im In- und Ausland im Hinblick auf jenes materielle Legalitätsprinzip bei der Gestaltung bestimmter gesellschaftlicher Bereiche grosszügig: Soweit Unbestimmtheit in der Natur der Sache liegt, kann vom Gesetzgeber nichts Unmögliches verlangt werden. Denn der Bestimmtheitsgrundsatz versteht sich nicht als eine einseitige Präzisierungspflicht, sondern als Optimierungsgebot im Hinblick auf das betreffende gesetzgeberische Programm und dessen gesellschaftliche Realität (vgl. Hassemer/Dallmeyer aaO, 21 f.). Die Rechtsordnung setzt daher von Marktteilnehmern, korrespondierend mit ihrer Potenz, entsprechendes voraus, um rechtstreu zu agieren (vgl. zB deutsches BVerfGE 75, 329, *Heine/Meinberg*, Gutachten zum 57. Deutschen Juristentag, 1988, 54 f., zum Kartellrecht rechtsvergl., *Dannecker/Körtek*, in Dannecker/Jansen, Competition Law Sanctioning in the European Union, 2004, 78 f.).

Dies entspricht der Sicht des **europäischen Rechts**. Nach EGMR sind **ausserhalb eines Kernbereichs** des Strafrechts die **strafrechtlichen Fundamentalgarantien** unter bestimmten Voraussetzungen (!) **nicht mit derselben Strenge anzuwenden**:

„There are clearly „criminal charges“ of different weight ... The criminal-law guarantees will not necessarily apply with their full stringency“ (EGMR, Urteil 73053/01 v. 23.11.2006, *Jussila v. Finnland*, RN 43).

Ausdrücklich als Beispiel für Tatbestände, “not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law”, ist das “competition law” im genannten Urteil erwähnt.

Die Kritik von *Hirsbrunner/Werner* (Jusletter v. 20.9.2010, 2 f.) geht an der Sache vorbei. Es geht nicht um ein „Strafrecht zweiter Klasse“, sondern um spezifische Funktionsbedingungen (näher *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, 23, 29 f., 174 ff., 183 ff.), wozu etwa starke präventive Ausrichtung, Verzicht auf Freiheitsstrafen und vieles mehr gehören.

Deshalb bemessen sich etwa **Bestimmtheitserfordernisse** und **schuldstrafrechtliche Anforderungen** auch nach Art des Rechtsgebiets, der Zahl und dem (rechtlichen) Status des Adressaten. Je nach den Umständen erwartet die Rechtsordnung dabei von den Betroffenen **besondere Sorgfalt** (EGMR, Urteil 17862/91 v. 15.11.1996, *Cantoni v. Frankreich*, RN 35). Diese Modifikationen betreffen je nach Rechtsgebiet usw. auch das Verfahrensrecht sowie institutionelle Strukturen, soweit es um strafrechtsähnliche Sanktionen geht.

Wegen der vermerkten Besonderheiten im Kartellrecht ist deshalb bei der Haftung von Unternehmen ein Gleichlauf mit Art. 102 StGB nicht zwingend. Vielmehr kann für das Kar-



tellrecht ein **quasi-strafrechtliches Haftungssystem** herausgebildet werden. Gleiches gilt für das Verfahrensrecht. Strafverfahrensrechtliche Garantien des traditionellen Strafrechts sind nicht eins zu eins auf Unternehmen und das Spezialgebiet des Kartellrechts zu übertragen, strukturelle Besonderheiten können Abweichungen bedingen. Gleichwohl sind vom nationalen Gesetzgeber bestmögliche Anstrengungen zu verlangen (vgl. auch Gutachten *Rhinow/Gurovits*, RPW 2001, 592, 616 f.). Zu betonen ist auf der anderen Seite, dass, soweit es um *gravierende Eingriffe in die persönliche Freiheit* von natürlichen Personen, um unvertretbare Sanktionen, geht, die herkömmlichen Garantien umfassend zu gewährleisten sind. Besondere materiell- und verfahrensrechtliche Herausforderungen entstehen dann, wenn zwei unterschiedliche Rechtssubjekte (Unternehmen/natürliche Personen) Thema sind, denen für Kartellstösse nach je für sie passenden Kriterien Verantwortlichkeit/Verantwortung mit unterschiedlichen Rechtsfolgen zugeschrieben wird.

Deshalb ist es allgemein zu begrüßen, dass der Gesetzgeber im neuen Kartellrecht für ein **Mehr an Bestimmtheit** Sorge trägt. Dies betrifft etwa die **Verbesserungen beim Widerspruchsverfahren** (s. Erl. Bericht KG v. 23. Mai 2010 1.2.3, S. 18 ff.): Eine „grosse Lösung“, nämlich dass für den Fall der Meldung durchwegs eine direkte Sanktionierung ausscheide (vgl. die Kritik von *Niggli/Riedo*, BSK-KG, N 72 ff. vor 6. Abschnitt), verbietet sich angesichts von Missbrauchsgefahren. Denn dies eröffnet die Möglichkeit, eine geplante Wettbewerbsbeschränkung zu melden und ein etwaiges Verbot durch alle Instanzen anzufechten. Mithin würde eine Tür geöffnet, um risikolos über Jahre hinweg von der Kartellabrede profitieren zu können (s. Erl. Bericht KG 1.2.3., S. 20). Deshalb verdient die neue **Fristverlängerung** ebenso Unterstützung wie insbesondere das Abstellen auf die **Eröffnung einer formellen Untersuchung** (anstelle einer informellen Vorabklärung) als entscheidendes rechtliches Datum. Das Unternehmen hat bis zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, eine Sanktion zu verhindern, eben durch Änderung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens. Nach BVGer soll sogar genügen, dass die Betroffenen aufgrund des Meldeverfahrens Anhaltspunkte erhalten, welche für das Vorliegen einer unzulässigen und sanktionierbaren Verhaltensweise sprechen (BVGer v. 24.2.2010, B-2050/2007, Terminierungspreise Mobilfunk, S. 70 ff., Erw. 4.6, vgl. auch BGE 135 II 60 Erw. 3.2.3).

Zu begrüßen ist weiter die **gesetzliche Entscheidung der Streitfrage**, ob Verantwortlichkeit des Unternehmens die Folge ist, wenn keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorliegt, sondern nur dessen **erhebliche Beeinträchtigung** (s. Art. 49a Abs. 1 lit. a E-KG; zum Streit s. *Niggli/Riedo* BSK-KG, N 102 ff. vor 6. Abschnitt, *Zimmerli*, Dogmatik, 481 ff.). Damit wird mit der Rechtslage in der EU gleichgezogen.

In den Motiven sollte aber klargestellt werden, dass es teilweise um die (strafrechtliche) Erfassung von potentiellen Gefährdungen geht – was im Übrigen nicht hindert, im Einzelfall aufgrund belegter Ungefährlichkeit Verantwortlichkeit auszuschliessen – diese Vorverlagerung der Verantwortlichkeit also im Einzelfall zu revidieren. Dann liessen sich auch die **Vermutungstatbestände** des KG (Art. 5 Abs. 3 KG), strafrechtlich betrachtet, besser erklären. Denn an und für sich sind Vermutungsregeln im Strafrecht ein **Fremdkörper** – einfach deshalb, weil eine Verurteilung auf der Grundlage materieller Wahrheit erfolgt und Fiktionen stets mit der Unschuldsvermutung und dem Grundsatz „in dubio“ in Konflikt geraten können. Anderes gilt, wenn die Strafwürdigkeit von Gefährdungen des Rechtsguts generell feststeht und das Gesetz im Einzelfall besonderen Umständen strafentlastend

Rechnung trägt (näher *Heine* in Schönke/Schröder, StGB, 28. A. 2010, 3a ff. vor § 306, vgl. *Heinemann*, FS-Roland von Büren, 2009, 615).

Natürlich stellt sich die Frage, ob diese Sicht mit der Missbrauchskonzeption des schweizerischen KG vereinbar ist. Erstens ist diese Missbrauchskonzeption angesichts von gesetzlichen Vermutungen und Rechtfertigungen in Reinkultur nie verwirklicht worden. Zweitens ermöglicht das potentielle Gefährdungsdelikt gleichsam einen Brückenschlag zwischen abstrakten Gefährdungen und Erfolgsdelikten.

#### **b. Firmierung: Ungereimtheiten**

Anders als der Entwurf vom März 2010 spricht der Entwurf vom 26.5.2010 wiederum wie das geltende KG im 6. Kapitel 1. Abschnitt von „Verwaltungssanktionen“, wozu neben der „Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen“ (Art. 49 nF) auch Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen usw. (Art. 50 nF), Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 51 nF) sowie andere Verstösse (Art. 52 nF) gehören.

Mehreres erscheint **stossend**:

Zunächst geht auch der Erl. Bericht (1.1.6, S. 9) davon aus, dass jedenfalls bei direkten Sanktionen deren Strafcharakter „mittlerweile eindeutig geklärt ist“. In der Tat handelt es sich bei Art. 49a KG im Hinblick auf die Höhe der Sanktion und deren auch repressive Funktion nach h.M. zu Recht um eine Rechtsfolge „**strafrechtlicher Natur**“ (s. eingehend *Niggli/Riedo* N 25 ff. vor 6. Abschnitt BSK-KG mit zahlr. Nachw. [N 43], BVGer v. 24.2.2010, B-2050/2007, S. 61 ff., Erw. 4.2 ff., Urteil v. 27.4.2010, B 2977/2007, S. 75, Erw. 8.1.1.1, 8.2.2.2, je m. weit. Nachw.). Gleiches gilt wohl vorherrschend für Art. 50, 51 u. 52 (vgl. nur *Reinert*, HK-KG Art. 50 N 9, 52 N 11). Wenn dem so ist und wenn der Gesetzgeber identische Strukturen der „Belastung von Unternehmen“ zugrunde legen will, so irritiert aus systematischem Blickwinkel, weshalb bei Art. 49a KG von „Sanktion“, im Übrigen von „Verstoss“ die Rede ist. Diese begriffliche Unterscheidung macht nur Sinn, wenn bei letzteren eine andere Art von Haftung zugelassen wird, beispielsweise eine stärker objektivierbare Haftung, weil es um die mehr oder weniger vorbehaltlose Garantie staatlicher Anordnung zur Regulierung des Wettbewerbs geht (s. *Heine*, ZStrR 2007, 124) – im Gegensatz zu Art. 49a KG, wo die Aktivierung unternehmerischer Selbstverantwortung (direkte Sanktion) im Vordergrund steht. Andernfalls ist für eine identische Firmierung zu sorgen.

Dass eine Rechtsfolge **strafrechtlicher Natur** ist, hat freilich nicht zur Folge, dass die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit und die Verfahrensrechte über einen einzigen Leisten zu schlagen wären. Wie in der Vorbemerkung ausgeführt, ist strukturellen Besonderheiten des Rechtsgutsgebiets Kartellrecht und der Normadressaten (Unternehmen) Rechnung zu tragen. Bspw. entscheidet „das“ strafrechtliche Schuldprinzip nicht per se den Inhalt unternehmerischer Verantwortlichkeit auf einem Spezialgebiet (s. unten c.), ebenso wenig wie etwa die Voraussetzungen der Selbstbelastungsfreiheit stets identisch zu bestimmen sind.

Dass die Art. 49a bis Art. 52 KG unter dem Dach von „**Verwaltungssanktionen**“ firmieren, irritiert nach dem Gesagten. Es liegt zudem ein Widerspruch zwischen dem Erl. Bericht, 1.1.6, S. 9 und dem E-Gesetzestext vor. Diese Firmierung erklärt sich wohl damit, dass an der früheren Klassifizierung festgehalten werden soll – obgleich seitdem wohl geklärt ist, dass es sich bei den Art. 49a-52 KG um quasi-strafrechtliche Sanktionen han-

delt. Diese Firmung kann sich auch damit erklären, dass neu Berufsverbot (Art. 52a n.F. KG) und Einziehung (Art. 52b n.F. KG) gegenüber natürlichen Personen erwogen werden, die im Zusammenhang mit einer „Belastung“ des Unternehmens nach Art. 49a oder Art. 50 zur Anwendung kommen sollen. Berufsverbot und Einziehung verstehen sich als Verwaltungssanktionen, auch um auf diese Weise eine strengere Anwendung als nach StGB sicherzustellen (Erl. Bericht April 2010 2.7.1, S. 52). Welche Fragen dabei auftauchen, wird unter 2 f. dd. aaa. besprochen.

Zu überlegen ist, ob das 6. Kapitel KG neutraler mit „**Rechtsfolgen**“ zu betiteln ist und der 1. Abschnitt sich mit „Sanktionen“ befasst, während der 2. Abschnitt wie vorgesehen unter „Strafsanktionen“ firmiert. Denkbar wäre auch der Titel „Kartellsanktionen“. Beides hätte den Vorteil, dass es der Entwicklung des Rechts überlassen wird, ob bald stärker verwaltungsrechtliche Kategorien, bald mehr strafrechtliche Massstäbe zur Anwendung gelangen. Die Kehrseite ist freilich, dass sich eine Praxis erst Schritt für Schritt herausbilden muss. In jedem Fall ist zu beachten, dass es sich bei der „Belastung“ von Unternehmen um eine Rechtsfolge auch repressiver „strafrechtlicher Natur“ handelt, während sich die neuen Verwaltungsmassnahmen gerade durch ihre rein präventive Wirkung kennzeichnen sollen. Die vorgeschlagene Systematik unterminiert den Charakter der Verwaltungsmassnahmen.

### c. Strukturen der Verantwortlichkeit

Unbefriedigend ist, dass gesetzlich unklar bleibt, an welchen Zurechnungskriterien sich die „**Belastung**“ des Unternehmens orientiert. Immerhin wird im Erl. Bericht April 2010 (1.2.8, S. 27 f.) zum Ausdruck gebracht, dass eine Konzeption, die eine Verantwortlichkeit von Unternehmen nur bei nachweisbaren Organisationsmängeln ins Recht fasst, „angesichts der wirtschaftlichen Interessenlage zur Erreichung der Zielsetzung des KG“ als ungeeignet erscheint. Eine Orientierung an Art. 102 StGB „wäre im internationalen Vergleich singular und würde die allseits anerkannte Präventivwirkung des Gesetzes in Frage stellen“.

Die zugrunde zu legende **Konzeption** ist im Hinblick auf die Reformziele der Beschleunigung und der erwarteten hohen Präventivwirkung von grosser Bedeutung, geht es doch auch darum, welche Sachverhalte dem Unternehmen **nachgewiesen** werden müssen, um eine „Belastung mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes“ (Art. 49a, 50 KG) zu legitimieren. Möglicherweise gebietet aber „das Schuldprinzip“ bestimmte Restriktionen. Ferner können sich je nach Konzeption Spannungen mit ne bis in idem im Hinblick auf die neu einzuführenden Strafbestimmungen für natürliche Personen ergeben (dazu näher u. 2. d.). Und schliesslich ist von Bedeutung, ob und wie sich eine mögliche sanktionsmindernde Relevanz von angemessenen Compliance-Massnahmen (Art. 49a Abs. 1<sup>bis</sup> Satz 3 E-KG) in ein Konzept einfügt (u. c. dd.).

#### aa. BVGer, WEKO und grosse Teile der Lehre: strikt objektive Verantwortlichkeit

Das BVGer (RPW 2007/4, S. 653 ff., Urt. v. 27.4.2010, B 2977/2007, Erw. 8.2.2), die WEKO und grosse Teile des wettbewerbsrechtlichen Schrifttums (Nachw. b. *Tagmann/Zirlick* BSK-KG Art. 49a N 10, u. bei Niggli/Riedo, BSK-KG, N 121, 140, 148 vor 6. Abschnitt, die ihrerseits diesem Ansatz kritisch gegenüber stehen) vertreten den **umfassendsten Haftungsansatz**. Weil es sich bei der „belastenden“ Sanktion eben nicht bloss um eine Verwaltungssanktion, sondern um eine Rechtsfolge mit Strafcharakter

handle (s.o. b), gehe es zwar um „Vorwerfbarkeit“ (z.B. BVGer Urteil v. 27.4.2010, B 2977/2007, Erw. 8.2.2.1, WEKO RPW 2006/1, 169 ff., 2006/4, 660 ff.). Dabei genüge jedoch eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung, also der **objektive Verstoss gegen Kartellrecht**. Denn das Unternehmen habe ja nicht „alles Mögliche und Notwendige“ unternommen, um den eingetretenen Kartellrechtsverstoss zu unterbinden (vgl. BVGer Urteil v. 27.4.2010 aaO; WEKO, RPW 2006/4, 661 N 231; dazu *Heine* ZStrR 2007, 123, *Niggli/Riedo* aaO N 140 vor 6. Abschnitt).

Zum gleichen Ergebnis gelangt, wer im Gleichklang mit der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu Art. 55 OR den Kartellverstoss ohne weiteres dem Unternehmen zurechnet, weil das Unternehmen einer nichtigen Absprache unternehmensintern Rechtsbindungswirkung mit Aussenwirkung verliehen habe, und es um deren Nichtigkeit habe wissen müssen (*Lüscher*, Jusletter v. 15.3.2010, S. 12 f., 15).

Auf der Grundlage dieser **schweizerischen Spielart von strict liability** lässt sich Verantwortlichkeit von Unternehmen in **breiterem Umfang** festlegen als über Art. 102 StGB, Art. 7 VStrR und Folgenormen im Steuerstrafrecht (s. z.B. Art. 39 BStG). Diese strikte Variante findet sich im Rechtsvergleich beispielsweise in Griechenland, Italien und den Niederlanden (s. *Dannecker/Jansen* [eds.], *Competition Law Sanctioning in the EU*, 2004, 547, 650 f., 739). Und der jüngste UN-Strafrechtskongress in Salvador de Bahia/Brasilien, 12.-19. April 2010, stützt diese Sicht im Zusammenhang mit Umweltstraftaten.

Aus **praktischer Sicht** erscheint diese Variante auch als effizient, garantiert sie doch „kurzen Prozess“, weil mit dem Nachweis eines objektiven Verstosses gegen KG die Verantwortlichkeit des Unternehmens gegeben ist.

Weiter lässt sich dieser Ansatz dogmatisch sogar mit einer spezifischen Art von „**Organisationsverschulden**“ des Unternehmens in Verbindung bringen. Im Hintergrund steht die **besondere Pflicht des Unternehmens** im Kartellrecht, „sich so zu organisieren, dass rechtsverbindliche Pflichten von ihnen (ohne weiteres) erfüllt werden“ (Botschaft Bundesrat BBl. 1995 I 468 f.). Diese besondere Pflicht resultierte aus den Besonderheiten des Kartellrechts (s.o. Vorbem.), der Bedeutung eines funktionierenden Wettbewerbs für den Marktplatz Schweiz und dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Einstandspflicht. Die Garantie dieser Pflicht ist gleichsam das Pendant zur Eröffnung eines freien Marktes und der Teilnahme am Wettbewerb. Im Sinne einer Neuformulierung des Kant'schen Imperativs hat sich jedes Unternehmen als Wettbewerber so zu verhalten, dass keine Beeinträchtigungen des wirksamen Wettbewerbs eintreten – wie dies zu geschehen hat, bleibt seiner Eigenverantwortung und seinen Bemühungen um eine effektive Organisation überlassen (s. *Heine*, in Schulte [Hrsg.], *Technische Innovation*, 1997, 64 ff.).

Gleichwohl bestehen **Bedenken**. Diese gründen auf einer **Gesamtschau** von *Rechtsfolge* und deren *Voraussetzung* sowie der Frage nach deren Berechenbarkeit (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 v. 22.3.2001, *Streletz, Kessler, Krenz v. Deutschland*, RN 50). Zwar liegt eine Einbusse an traditioneller Berechenbarkeit von korrektem/inkorrektem wettbewerblichen Verhalten und damit korrespondierendem Rechtsnachteil in der Natur der Materie selbst begründet (s. Vorbem.). Und Absenkungen der „schuldstrafrechtlichen“ Anforderungen sind, wie gesehen, prinzipiell zulässig. Auch sind effektive andere Rechtsinstrumente – sub specie Verhältnismässigkeit - trotz vorgesehener Aufwertung des Zivilrechts nicht in Sicht. Gleichwohl wird **behördlicher und gerichtlicher Definitionsmacht** ein **ungebührlich dominanter Spielraum** eingeräumt: Eine strikte Einstandspflicht des Unternehmens für Kartellverstösse von beliebigen Mitarbeitern des Unternehmens, wobei die materiell-

rechtlichen Vorschriften des KG offen formuliert und nur teilweise durch Fallpraxis konkretisiert sind, gekoppelt mit eingriffstiefen finanziellen Sanktionen, die nicht begrenzt sind durch den Umfang eines „verschuldeten“ Kartellrechtsverstosses und zudem gewinnabschöpfenden Charakter haben, wobei Schätzungen ausschlaggebend sein dürfen: Diese **Kumulation** strapaziert auch bei quasi-strafrechtlichen Tatbeständen die einschlägigen Zurechnungsgrundsätze arg.

Zwar mag **jedes einzelne Element** der Zurechnung für sich isoliert betrachtet wohl den rechtsstaatlichen Anforderungen unter Berücksichtigung des Rechtsgebiets und der Adressaten sowie der Reform beim Meldeverfahren (s. Vorbem.) zu genügen. So hat etwa das BVGer (Urteil v. 24.2.2010, B-2050/2007, S. 68 f., E 4.5.1) die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG nur, aber gerade im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 KG als untrennbare Einheit unter Bestimmtheitsaspekten akzeptiert (krit. *Heinemann*, Jusletter v. 22.6.2010, RZ 24). Und im Hinblick auf die Rechtsfolgeseite genügt nach EGMR (Urteil 68066/01 v. 22.7.2003, *Gabbari Moreno v. Spanien*, RN 33, vgl. auch Urteil 10249/03 v. 17.9.2009, *Scoppola v. Italien*, RN 95) im Prinzip, dass Strafmaxima gesetzlich vorgesehen sind (krit. *Achenbach*, in *Achenbach/Ransiek* [Hrsg.], *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. 2006, III. 5. N 47 m.w.N.). Daraus wird abgeleitet, dass Art. 7 I EMRK nicht verlange, dass das genaue Mass der Strafe oder ein abschliessender Katalog von Strafvarianten gesetzlich festgelegt sein müssen (*van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl. 2006, 656). Daran ausgerichtet bejaht das BVGer die Voraussehbarkeit der Rechtsfolge des Art. 49a Abs. 1 KG (BVGer, Urteil v. 27.4.2010, B-2977/2007, *Publigroupe*, S. 89 ff., Erw. 8.1.7, S. 95 ff. Erw. 8.3). Zwar seien die Sanktionsfolgen nicht „klar“ berechenbar, u.a. weil die Kriterien für eine Sanktionserhöhung über den (zudem schwer ermittelbaren) Gewinn hinaus unklar seien. Jedoch widerspreche eine klar berechenbare Sanktionshöhe den Zielen des Gesetzgebers, weil sich diese leicht in der Geschäftspolitik des Unternehmens berücksichtigen liesse (BVGer aaO, S. 90 Erw. 8.1.7.2). Und Art. 7 EMRK sei „kaum“ verletzt, zumal eine abschreckend wirkende Sanktionsobergrenze und Bemessungsregeln im Verordnungsrecht (SVKG) festgelegt worden seien (krit. *Niggli/Riedo*, BSK-KG, N 70 ff., 83 ff. vor 6. Abschnitt, *Hassemer/Dallmeyer* aaO 51 ff.). Jedenfalls bei Individualisierung (s. unten cc) und Verzicht auf Schematisierung sei auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip Genüge getan (BVGer aaO, S. 97 f. Erw. 8.3.4).

Ob das einzelne Unternehmen die **Grenzen seiner Freiheit vor Nicht-Belastung** durch quasi-strafrechtliche Sanktionen insgesamt hätte erkennen können (vgl. EGMR, Urteil 20166/92 v. 22.11.1995, *S.W. und C.R. v. Vereinigtes Königreich*, RN 35), erscheint **fraglich** (s. auch unten 2. f. dd. bbb.).

#### **bb. Analogie zu Art. 102 StGB?**

Auch aus diesen Gründen verlangen Autoren insbesondere mit strafrechtlichem Hintergrund **schärfere Voraussetzungen** für diese „Belastung“ des Unternehmens. Unter Hinweis auf Art. 333 StGB und in analoger Anwendung von Art. 102 StGB hat die Verfolgungsbehörde zu **beweisen**, dass bei **ordnungsgemässer Organisation** des Unternehmens der Kartellverstoss **verhindert** worden wäre (*Niggli/Riedo* BSK-KG 141 vor 6. Abschnitt, vgl. vorsichtiger *Ackermann/Borer* NZZ v. 1.12.2009). Massgebend ist nicht, wie nach vorherrschender Meinung, dass das Unternehmen alles Mögliche und Notwendige unternommen hat, sondern alles **„Mögliche und Zumutbare“** (vgl. *Dannecker*, GA 2001, 119). Es geht also um eine stärkere Individualisierung des Verstosses und insbesondere

um den autoritativen Nachweis, dass bei rechtstreuem organisatorischem Verhalten der Kartellverstoss mit hinreichender Sicherheit ausgeblieben wäre (**Vermeidbarkeit**). Für die Praxis ist dabei entscheidend, dass danach der behördliche Hinweis nicht genügt, die bisherigen organisatorischen Vorkehrungen seien nicht ausreichend gewesen. Vielmehr ist positiv zu belegen, welche Vorkehrungen vonnöten gewesen wären.

Gewechselt wird zudem die **Perspektive**: Es geht bei der Verantwortlichkeit des Unternehmens nicht mehr massgeblich um „verschuldetes Unrecht“ wegen des Kartellverstosses. Vielmehr begründen Organisationsmängel die massgebende Zuständigkeit des Unternehmens (*Niggli/Riedo* aaO N 132 f. vor 6. Abschnitt), es wird bestraft wegen fehlerhafter Organisation (mit dem Kartellverstoss als Anlasstat).

**Prozessual** wäre die Konsequenz, dass Verfahren gegen Unternehmen nicht mehr nach dem VwVG geführt werden, sondern nach StPO. Eine wichtige Folge wäre dann, dass Unternehmen keiner Herausgabepflicht unterliegen, wenn sie sich andernfalls selbst belasten würden (Art. 265 II lit.c neue schweiz. StPO; anders noch Art. 139a Berner Strafverfahren).

### cc. Perspektiven: tendenzielle Individualisierung

Diese beiden Ansätze unterscheiden sich erheblich: Auf der einen Seite steht eine Konzeption einer schweizerischen Spielart von strict liability für Kartellverstösse, auf der anderen Seite eine Verantwortlichkeit primär für ein Organisationsverschulden mit dem Erfordernis des Nachweises der Vermeidbarkeit des Kartellverstosses. Letzteres wird von der Praxis mit kartellrechtlichem Hintergrund kategorisch abgelehnt (Nachw. b. *Tagmann/Zirlick* BSK-KG Art. 49a N 10, ferner zB WEKO RPW 2006/1, 169 f., N 197 ff., RPW 2007/2, 232 ff., N. 306 ff).

Festzuhalten ist zunächst, dass ein **Gleichlauf** der Haftungsgrundlagen für Unternehmen nach StGB und Kartellrecht als **nicht zwingend** erscheint. Zwar wäre es gewiss wünschenswert, sämtliche Risiken, die sich bei unternehmerischer Betätigung ergeben, über einen Leisten zu schlagen – die Rechtssicherheit spricht dafür (*Wiprächtiger/Zimmerlin* aaO 209). Dies ist indes schon im Individualstrafrecht nicht der Fall, wie etwa Sonderdelikte, die eine besondere Pflichtigkeit einfordern, belegen. Und auch das VStrR kennt mannigfache Abweichungen (s. zB Art. 6). Schliesslich haben schweizweit für Unternehmen abweichende Haftungsgrundlagen längst Fuss gefasst, s. etwa Art. 125 ZG, Art. 100 MWStG, Art. 39 BStG, Art. 7 VStrR. Dies hat seinen guten Grund: Denn je nach Besonderheiten des Rechtsgebietes können sich Unterschiede bei den Grundlagen der Verantwortlichkeit des Unternehmens ergeben. Solche Besonderheiten liegen im Kartellrecht vor (s. Vorbem. a. aa.).

Eine analoge Anwendung von **Art. 102 StGB** ist entgegen *Niggli/Riedo* (BSK-KG, N 45 105, vor 6. Abschnitt) auch **nicht rechtlich zwingend geboten**. Zwar gelten nach Art. 333 StGB die allgemeinen Bestimmungen des StGB, wozu auch Art. 102 StGB gehört, auch für Taten, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind – freilich nur soweit diese anderen Gesetze nicht selbst Bestimmungen aufstellen. Auch wenn der Gesetzgeber seinerzeit bei der Einführung von direkten „Verwaltungssanktionen“ nicht ganz auf der Höhe des Diskussionsstandes war (vgl. Botschaft 1994, 619, Botschaft 2001, 2034, näher Heine ZStrR 2007, 116), so ist im Lichte der Rechtsentwicklung und der vorherrschend akzeptierten Metamorphose der Verwaltungssanktionen zu Quasi-Strafrecht davon auszugehen, dass das KG von StGB, insbesondere von Art. 102 StGB, abweichen-

de eigene Regeln aufstellt (vgl. i. Ergebnis *Ducrey*, in Homburger aaO, N 18 vor Art. 50 ff., *Koumbarakis*, Die Kronzeugenregelung im schweizerischen Strafprozess, 2007, N 114, *Dähler/Krauskopf*, in Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 2004, 139). Zu diesen **abweichenden Regeln** gehört, dass nach dem Gesamtbild des KG samt Sanktionsverordnungen der Schwerpunkt der Verantwortlichkeit nicht auf dem Organisationsversagen, sondern auf dem **Kartellverstoss** liegt – die gesamten Rahmenbedingungen inklusive Sanktionsverordnung sind hierauf zugeschnitten, sie verbieten die Einstufung des Kartellverstosses als blosse Ahndungsbedingung wie bei Art. 102 StGB.

Anderes gebietet auch nicht „das“ **Schuldprinzip**. Denn seine Ausprägungen sind schon im Vergleich natürliche Person/juristische Person nicht identisch. Und ebenso wenig besteht Identität bei den schuldstrafrechtlichen Implikationen von StGB und Nebenstrafrecht, insbesondere VStrR – eben weil es im Grunde um unterschiedliche öffentliche Interessen geht. Entsprechend sind auch unter EMRK-Gesichtspunkten Absenkungen des Schuldprinzips unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (s. Vorbem.). Sogar strict-liability offences sind unter engen Konditionen im Einklang mit dem europäischen Recht (s. EuGH v. 10. Juli 1990 – Rs. 326/88, Slg. 1990, 2934 N 12, 16 f.; EGMR, Rs. *Salabiaku*, ÖJZ 1989, 349, *Kindhäuser*, in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 2007, Art. 81 N 105, *Heine* ÖJZ 1996, 215, ders., Verantwortlichkeit von Unternehmen, 298 ff.), sofern es um die Garantie besonders wichtiger, staatlicher präzise vorgegebener Interessen geht. Sie sollten gleichwohl erstens kein Vorbild für die Schweiz sein und zweitens fehlt es bei Art. 49a f. KG an strikten, staatlich konkretisierten Vorgaben.

Um nicht missverstanden zu werden: Es soll hier nicht ein Grabgesang auf „das“ Schuldprinzip angestimmt werden. Vielmehr geht es darum, den vielfältigen gesellschaftlichen Problemfeldern, öffentlichen Interessen und modifizierten Verantwortungsstrukturen gerecht zu werden – auch um einem Schuldprinzip die angemessene Bedeutung zu sichern und im Kernbereich, speziell bei Freiheitsstrafe gegen natürliche Personen, hohe Garantien zu ermöglichen.

In der Tat geht es im Kartellrecht um eine **spezifische Einstandspflicht** im Spannungsfeld von **Haftung als Störer** gewichtiger öffentlicher Interessen (Funktionsbedingungen des Marktplatzes Schweiz), **zivilrechtlicher Kausalhaftung** bei schwer konkretisierbarem Schaden und Gewinn (und deshalb eingeschränkter Möglichkeit und Bereitschaft von potentiell Betroffenen, Klage einzureichen) und **quasi-strafrechtlicher Verantwortlichkeit**. Im Rechtsvergleich haben viele Länder die Einstandspflicht für Unternehmen im Kartellrecht verschärft (Baudenbacher Gutachten aaO, 106 ff.). Aus vielerlei Gründen sind Interventionen mittels öffentlichen Rechts oder Zivilrechts (trotz Reformbestrebungen) in der Schweiz begrenzt. Keine Frage ist daher, dass jene spezifische Einstandspflicht ein **effizientes Interventionsinstrument** darstellen muss.

Auf der anderen Seite sind Spezifika jener Bauelemente der Einstandspflicht (Störerhaftung, zivilrechtliche Kausalhaftung, quasi-strafrechtliche Verantwortlichkeit) relativierend in Rechnung zu stellen. Wegen des quasi-strafrechtlichen Charakters ist eine **stärkere Individualisierung** als nach vorherrschender Praxis **unabdingbar**. Dazu gehört etwa die Berücksichtigung von

- Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen, so etwa ausnahmsweise bei unmittelbarer, schwerwiegender und unverschuldeter Existenzbedrohung, die nicht anders abwendbar war (s. EuGH, Urteil v. 18.3.1980, Rs. 154/78, *Valsabbia I*, Slg. 1980, 9079,

- Irrtum bei „berechtigtem Vertrauen“, bei behördlicher Duldung (s. WEKO RPW 2006/4, 170 ff.) oder
- kollektivem Vorsatz oder kollektiver Fahrlässigkeit des individuellen Unternehmens (näher *Heine* ZStrR 2007, 121 ff. und in Emmenegger (Hrsg.), *Cross-Border Banking*, 2009, 183 ff., zust. Niggli/Riedo, BSK-KG, 126 ff. vor 6. Abschnitt; and. noch Niggli/Gfeller, BSK StGB, Art. 102 N 60).

Diese stärkere Individualisierung ist bereits deshalb geboten, um KMU gerecht zu werden (vgl. auch in diesem Sinne bei den Rechtsfolgen BVGer Urteil v. 27.4. 2010, Publiegruppe, aaO, S. 97f.) Ihr geringeres Potential an Rechts- und Tatsachenkenntnis sowie an Kapazitäten zur Vermeidung von Verstössen bedeutet, dass KMU Gefahr laufen, Opfer eines streng objektiven Massstabes mit strict liability zu werden. Diese stärkere Individualisierung ergibt sich zudem nolens volens, wenn Compliance-Programme in Zukunft stärkere rechtliche Bedeutung als bislang erlangen (s. sogleich dd.).

Deshalb sollte als **gut schweizerischer Kompromiss** die „Vorwerfbarkeit“ des Kartellverstosses in Zusammenhang gebracht werden mit **unerlaubter kollektiver Risikoschaffung** durch das **Unternehmen**. Im Kartellverstoss durch einen Angehörigen des Unternehmens müssen Organisationsdefizite oder eine fehlerhafte Unternehmensphilosophie zum Ausdruck kommen. Nach quasi-strafrechtlichen Grundsätzen haftet das Unternehmen nicht strikt bei jedem Kartellverstoss, sondern dann, wenn ausreichende normative Anhaltspunkte bestehen für eine Risikoerhöhung infolge unzureichender Organisation oder defizitärer Unternehmensphilosophie (vgl. *Dannecker* GA 2001, 117, *Heine* ZStrR 2007, 124 f.). Gemessen daran haben etwa bloss Scheinmassnahmen im Unternehmen ebenso ausser Betracht zu bleiben wie die Frage, ob bei gehöriger Organisation der Kartellverstoss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte verhindert werden können (vgl. *Achenbach* aaO I. 3. N 62 f.).

Klar ist im Übrigen, dass **Exzesstaten** von einzelnen Mitarbeitern oder Organen dem Verantwortlichkeitsbereich des Unternehmens ent schlagen sind (näher *Heine*, ZStrR 121 (2003), 34f. m. weit. Nachw. zu dieser mittlerweile h.M.)

Die quasi-strafrechtliche Verantwortlichkeit in der hier verfochtenen Ausprägung hat auch **verfahrensrechtliche Konsequenzen**. Das VwVG genügt (selbst modifizierten) quasi-strafrechtlichen Anforderungen schwerlich, ist es doch auf die Erledigung anderer Art von Konflikten angelegt. Eine Aufrüstung mit ausreichenden rechtsstaatlichen Garantien (s. Minima-Standards aus europäischer Sicht bei *Gless/Zeitler*, in *Gless/Grote/Heine* (Hrsg.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, Bd. 1, 533ff., *Gless* aaO, 646ff., *Grote*, in *Gless/Grote/Heine* aaO, Bd.2, 2001, 559ff.; *Delmas-Marty / Vervaele* (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. I 2000, 80ff.) erscheint denkbar. So stellt sich etwa speziell die Frage von Auskunftspflichten (s. Art.13 I lit. c VwVG iVm Art. 40 KG) und der Verwertbarkeit der so erlangten Tatsachen für Ahndungszwecke (wobei die Wertentscheidungen von Art. 265 II lit.c Schweiz. StPO zu diskutieren sind), ebenso wie allgemein die Frage adäquater Rechtsgrundlagen für ein **Minimum an „fair trial“ im Quasi-Strafrecht** des Kartellrechts. Will der Gesetzgeber seine Reform europäisch wasserdicht gestalten, so liegt es nahe, einen Schritt weiter zu gehen und das **VStrR** grundsätzlich zur Anwendung zu bringen – wobei aber auch hier die Frage der Informationsbeschaffung und Verwendung zur Debatte steht, mit umgekehrten Vorzeichen als im VwVG. Denn wie in den Vorbem. angetönt, geht es bei diesem Problem um eine Kernfrage des Kartellrechts und dessen Funktionieren. Bei der Frage etwa einer **Aus-**



**kunftpflicht** gesteht der EuGH dem Unternehmen bekanntlich nur ein Geständnisverweigerungsrecht zu (EuGH, Urteil v. 28.10.1989 – Rs. C 374/87 „Orkem“, Slg. 1989, 3350 RN 29, näher *Heine* FS-Riklin, 2007, 418; sogar generell ablehnend BVerfG, NJW 1997, 1843 f.). Auch wenn *nemo tenetur* gegenüber bestimmten Unternehmen und bestimmten Gebieten nicht in identischer Masse wie gegenüber natürlichen Personen zu gewährleisten ist (s. bereits *Heine*, JZ 1995, 651 ff., vgl. *Hassemer/Dallmeyer* aaO, 60 f.), so ist bei der Suche nach einer fairen Antwort stets auch die Bonus-Regelung und damit die Effizienz anderer Mechanismen zur Informationserlangung in Rechnung zu stellen.

#### **dd. Sanktionsreduzierung bei Vorliegen eines Compliance-Programms**

Wie gesehen, lassen sich alle Ansätze, die als Legitimationsbasis für die „Belastung“ eines Unternehmens nach Art. 49a KG herangezogen werden, mit einem „Organisationsverschulden“ in Einklang bringen. Gemeinsam ist diesen Ansätzen, dass das Unternehmen die Pflicht trifft, organisatorische Vorkehrungen zur Verhinderung von Kartellverstössen zu treffen. Stets stellt sich die Frage, welche Bedeutung **Compliance-Programme** erlangen. Es geht dabei um unternehmerische Massnahmen, welche die Einhaltung von Gesetzen, Verordnungen usw. ermöglichen – kurz: das Unternehmen zur Rechtstreue anhalten sollen. Das Risiko von Kartellverstössen ist mittels organisatorischer Vorkehrungen zu minimieren.

Weil Compliance-Programme, deren Voraussetzungen, Inhalte und Konsequenzen, für die Schweiz noch ein eher neues Thema sind, werden zunächst internationale Aspekte der Compliance-Diskussion vorgestellt (unten aaa). Im Anschluss wird die innerschweizerische Diskussion im Kartellrecht unter Berücksichtigung der EU-Ebene aufgenommen, wobei Voraussetzungen und Konsequenzen der Praktizierung eines Compliance-Programms, das hohen Anforderungen entspricht, zu klären sind (unten bbb). Auf dieser Grundlage wird ein Gesetzesvorschlag unterbreitet (unten ccc). Abschliessend wird ein Raster unterbreitet, das einerseits den Behörden dienlich sein soll, die Wirksamkeit eines Compliance-Programms zu beurteilen, andererseits den Unternehmen Orientierung bietet und schliesslich als Grundlage einer Verordnung/Richtlinie in Betracht zu ziehen ist (unten ddd).

#### **aaa. Internationale Aspekte der Compliance-Diskussion**

##### **α. USA: Sentencing Guidelines**

Compliance-Programme wurden in den USA in den Zeiten des „kalten Krieges“ herausgebildet, um es der Wirtschaft zu ermöglichen, mit der abrupt wechselnden US-Exportkontrollgesetzgebung und deren Lieferbeschränkungen in die damaligen Ostblockstaaten Schritt zu halten. Compliance-Programme fanden bald Niederschlag in den United States Sentencing Guidelines Manual (USSG). Er ordnet jeder Straftat eine Zahl zu, den sogenannten Base Offence Level: Diese Zahl dient als Grundlage für die Berechnung des konkreten Strafmasses. Je nach Umständen der konkreten Tat wird der Base Offence Level anschliessend je nach Vorliegen von strafschärfenden oder strafmindernden Faktoren erhöht oder verringert. Auch für Unternehmen wird die Base Fine nach demselben Prinzip errechnet. Die Geldstrafen reichen von 5'000 Dollar bis zu 72.5 Mio. Dollar. Diese Höchststrafe gilt für 38 oder mehr Punkte, die Untergrenze repräsentieren sechs oder weniger Punkte. Im Zusammenhang mit Compliance ist bedeutsam, dass der Offence Level um drei Punkte herabgesetzt wird, wenn das Unternehmen ein „effective program to pre-

vent and detect violation of law“ (§ 8 D 1.1 USSG) vorweisen kann (näher *Hopson/Graham Koehler*, CCZ 2008, 208).

Der „Guidelines Manual“ zu den USSG legt fest, was unter einem effektiven Compliance-Programm zu verstehen ist: Es muss vor allem „reasonable designed, implemented and enforced“ sein, um kriminelle Verhaltensweisen aufzudecken und zu verhindern. Bezugspunkt ist, dass das Unternehmen die notwendige Sorgfalt (due diligence) aufgewandt hat. Bemerkenswert im Hinblick auf die europäische und schweizerische Diskussion ist folgendes:

Der Umstand, dass eine Straftat eingetreten ist „does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct“ (§ 8 B 2.1a [2] federal sentencing guidelines 2007).

Als Indikatoren für jenes *Minimum an organisatorischer Sorgfalt* (Voraussetzung für ein effektives Compliance-Programm und damit Strafmilderung) werden sieben Kriterien aufgeführt. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen (vgl. Hauschka, in Hauschka [Hrsg.], *Corporate Compliance* 2. Aufl. 2010 § 1 N 42 ff.):

- Es existieren im Unternehmen *etablierte Compliance-Standards* und *Compliance-Verfahrensweisen*. Diese erscheinen nach Massstäben von Sachgerechtigkeit und Vernunft geeignet (reasonably capable), die Gefahr kriminellen Verhaltens zu reduzieren.
- Innerhalb des *oberen Managements* ist *Personen* die *Gesamtverantwortung* für die Einhaltung dieser Standards und Verfahren übertragen worden.
- Es muss organisatorisch angemessene Sorgfalt darauf verwandt werden, dass *nicht* solchen Personen wesentliche Ermessungsverantwortung übertragen wird, von denen zumindest bekannt sein müsste, dass sie zu Gesetzesverstößen tendieren könnten.
- Allen Mitarbeitern werden die Standards und Verfahrensweisen wirksam *vermittelt*, so etwa durch die Verpflichtung, an Trainingsprogrammen teilzunehmen, oder durch die Verbreitung von innerbetrieblichen Informationen.
- Das Unternehmen muss *sinnvolle Anstrengungen* (reasonable efforts) vorweisen, um den *Compliance-Standard zu erreichen*, etwa durch Systeme zum monitoring und auditing zur Aufdeckung von Straftaten, und es muss ein Berichtssystem existieren. Dieses publication system muss gewährleisten, dass Mitarbeiter Straftaten von anderen Mitarbeitern melden können, ohne dass ihnen dadurch Nachteile entstehen.

(Für die Schweiz und beispielsweise auch für Deutschland [Bundesarbeitsgericht, *Der Betrieb* 2004, 878]) ist hierbei zu beachten, dass die arbeitsgerichtliche und strafrechtliche Rechtsprechung tendenziell zu einer Schwächung des rechtlichen Schutzes von innerbetrieblichen Hinweisgebern führt. Denn es ist wohl davon auszugehen, dass nach dieser Rechtsprechung der Arbeitnehmer eine Abwägung aufgrund der Umstände des Einzelfalles vorzunehmen hat. Der Arbeitnehmer steht nicht selten im Dilemma zwischen der Meldung als arbeitsvertraglicher Nebenpflicht und dem bisweilen unkalulierbaren Risiko einer Fehleinschätzung mit der Folge arbeitsrechtlicher Nachteile, so einer fristlosen Kündigung. Zudem ist Art. 6 in Verbindung mit Art. 23 UWG (Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen) zu beachten. Nach *Baudenbacher/Glöckner*, *Lauterkeitsrecht* Art. 6 Rn. 52 sind zwar rechtswidrige Geheimnisse nicht schutzwürdig. Diese Meinung ist aber nicht unbestritten; gemeinhin wird diese

Problematik mittels der Rechtfertigung im Einzelfall entschieden (*Heine* ASA 79 [Dez. 2010/Jan. 2011], 532 f.). Deshalb stellt sich auch strafrechtlich eine schwierige Abwägung im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes bzw. der rechtfertigenden Pflichtenkollision. Schliesslich besteht zudem die Gefahr einer Schadensersatzpflicht, soweit im Einzelfall drittschützende Normen verletzt sind).

- Die Compliance-Standards werden durch disziplinarische Massnahmen *konsequent durchgesetzt* (consistently enforced). Hierzu gehört auch die Disziplinierung von Personen, die es unterlassen haben, Verstösse aufzudecken (§ 8 B 2.1b [6]).
- Nach jeder Aufdeckung eines Verstosses werden die *erforderlichen Massnahmen eingeleitet*, um hierauf angemessen zu reagieren und ähnliche Vorfälle zu vermeiden. Dazu gehören auch notwendige Anpassungen des geltenden Compliance-Programms (§ 8 B 2.1d [7]).

Hervorzuheben ist weiter, dass die Einhaltung der notwendigen Sorgfalt (und damit die Gewährung von Strafmilderung) von der *Grösse der Organisation* abhängt (Federal Sentencing Guidelines 2007, Commentary, 2. C). Ein Grossunternehmen hat grössere Anstrengungen im Hinblick auf formale unternehmerische Arbeitsabläufe und Ressourcen aufzubringen, um die Pflichten dieser Sentencing Guidelines zu erfüllen, als eine kleine Unternehmung. Zwar sollen auch Kleinunternehmen die gleiche Leistungsbereitschaft im Hinblick auf ethische Verhaltensweisen und Compliance unter Beweis stellen wie Grossorganisationen. Indes können Kleinorganisationen die notwendige Sorgfalt mit geringeren formalen Arbeitsabläufen und unter geringerem Einsatz von Ressourcen erfüllen. Dabei kann bereits ein einfaches Organisationssystem genügen.

Wichtig ist weiter, dass je nach der Hierarchie in dem Unternehmen für bestimmte *Funktionsträger besondere Pflichten* vorgesehen sind. So muss etwa der Verwaltungsrat über den Inhalt und die Arbeitsabläufe des Compliance-Programms informiert sein, und ihm obliegt die Pflicht, sich einen sinnvollen Überblick über Umsetzung und Effektivität des Compliance-Programms zu verschaffen.

Im Hinblick auf eine effektive Implementation des Compliance-Programms hat das Unternehmen einen *Compliance-Officer* einzustellen (§ 8 B 2.1 Commentary 4.). Hierbei ist zu beachten, dass die strafrechtliche Rechtsprechung dazu tendiert, diesem Compliance-Officer eine besondere Verantwortung für betriebliche Gesetzesverstösse aufzuerlegen, sofern diese auf Organisationsfehler beruhen, welche in den Verantwortungsbereich des Compliance-Officers fallen (deutscher BGH, NJW 2009, 3173 m. Anm. *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, 53, *Ransiek*, AG 2010, 147, s. auch *Bock*, Criminal Compliance: Strafrechtlich gebotene Aufsicht im Unternehmen – zugleich ein Beitrag zu den Grenzen strafrechtlicher Steuerung der Unternehmensführung, 2011 [im Druck], 993 ff.). In der schweizerischen Rechtsprechung ist noch kein Leitentscheid gefallen, doch spricht Einiges dafür, dass die Schweiz dem Grundsatzentscheid des deutschen BGH folgen wird (vgl. *M. Kunz*, Jusletter v. 14. Februar 2011 zu BGE 6 B. 908/2009 v. 3. November 2010).

Um den Standard der notwendigen Sorgfalt im Hinblick auf eine effektive innerbetriebliche Umsetzung zu garantieren, bestehen folgende Pflichten (Commentary 6.): Regelmässige Bewertung des Risikos, dass betriebliche Straftaten sich ereignen könnten. Zu dieser Einschätzung gehört auch die Wahrscheinlichkeit, dass Straftaten infolge der Natur der geschäftlichen Aktivitäten eintreten könnten. Dabei ist auch die „Prior History“ des Unternehmens zu taxieren.

## β Grossbritannien: Competition Act Guidelines Enforcement (OFT 407)

In Grossbritannien wird das Wettbewerbsrecht (Competition Act 1998) durch das Office of Fair Trading (OFT) durchgesetzt. Das OFT hat die Richtlinie „Enforcement“ (OFT 407) herausgegeben, in der die Aufgaben und Befugnisse dieser Verwaltungsbehörde beschrieben werden. Hier von Interesse ist, dass auch Sanktionsmöglichkeiten geregelt sind, einschliesslich der Massnahmen, die bei den Unternehmen zur Reduzierung der Strafen führen können. Dabei befasst sich das OFT auch mit Compliance-Programmen und „Whistleblowers“ (Abschnitte 4.3.5 f. [Compliance] und 4.3.7 – 4.3.9 [Whistleblowers]).

Unter den folgenden fünf Voraussetzungen kann ein Compliance-Programm zur *Strafmilderung* führen:

- Das Compliance-Programm ist *wirksam umgesetzt* worden (actively implemented); das Compliance-Programm hat die sichtbare (visible) und dauerhafte *Unterstützung* des *Senior Managements*, das seine Einhaltung überwacht.
- Es sind angemessene *Compliance-Grundsätze* (policies) und Verfahrensweisen (procedures), einschliesslich Beratung für die Mitarbeiter und arbeitsrechtlicher Konsequenzen, vorhanden.
- Aktives und dauerhaftes *Training* wird auf allen Unternehmensebenen für die Mitarbeiter durchgeführt, die in wettbewerbsrechtlich relevante Aktivitäten involviert sein könnten.
- Das Compliance-Programm wird in regelmässigen Zeitabständen *evaluiert*, und es wird ein formelles Audit durchgeführt, um festzustellen, dass das Programm seine Ziele auch erreicht. Dazu gehören auch unangekündigte Prüfungen, Überprüfungen des Berichtswesens und die Kontrolle, ob ausreichendes Wissen bei den Mitarbeitern vorhanden ist.

## γ Australien: Standard on Compliance Programs (AS 3806 – 1998)

Der Australien Standard on Compliance Program wird als einer der weltweit erfolgreichsten Anleitungen für Compliance-Programme angesehen. Er versteht sich als eine Art „DIN-Norm“ für Compliance-Programme. Er wurde 1998 vom Standards Australia Committee unter pluralistischer Beteiligung von Behörden, Verbraucherschützern und erfahrenen Praktikern erarbeitet.

*Compliance* wird als Teil des unternehmerischen Risikomanagements verstanden und neben anderen Management-Instrumenten (wie etwa WISO 9000) eingeordnet. Ziel ist es, Straftaten zu vermeiden, und es soll eine eigentliche Kultur der Compliance entwickelt werden; das Unternehmen soll ein „good corporate citizen“ bleiben oder werden. Dies hängt mit dem in Australien massgeblichen strafrechtlichen Haftungsansatz für Unternehmen zusammen: Es geht um strafrechtliche Verantwortlichkeit infolge fehlerhafter Unternehmenskultur und –philosophie (näher *Heine*, ÖJZ 2000, 876).

Wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis üblich, werden dieser DIN-Norm Definitionen vorangestellt. Dabei ist in unserem Zusammenhang von Bedeutung, dass „*Compliance*“ definiert wird als die Gewährleistung der Anforderungen, die Gesetz, Verordnungen, Verhaltenscodices und organisatorische Standards vorgeben. Verhaltenscodices (Industry Codes) werden verstanden als alle freiwilligen und zwingenden Vorgaben, denen das Unternehmen entsprechen will.

*Organisatorische Standards* sind ethische Vorgaben (Codes of Ethics) sowie Verhaltensregeln im weitesten Sinn (codes of conduct, good practices and charters), welche das Unternehmen als angemessenen Standard für das tägliche Geschäft ansieht.

*Compliance-Kultur* wird verstanden als Förderung einer positiven Einstellung zu Compliance im Unternehmen.

Neu ist der Begriff der „*systemic and recurring problems*“. Es geht um unternehmerische Probleme, die durch Beschwerden, meist durch Verbraucher, aufgeworfen werden, und die Entwicklung, Herstellung, Service, in Verkehr bringen und dergleichen mehr betreffen, und bei denen wahrscheinlich ist, dass sich das Problem wiederholen könnte, oder sich in irgendeiner Weise schon mehrfach ereignet hat. Die dahinterstehende Idee ist die Pflicht des Unternehmens, „*systemic and recurring problems*“ zu finden und zu lösen. Folglich wird die „*lernende Organisation*“ zur Unternehmenspflicht (vgl. Hauschka, in Hauschka [Hrsg.], Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn 45).

In section 2 werden die *Minimalanforderungen* an ein effizientes Compliance-Programm festgelegt. Es geht um fünf Elemente:

- *Commitment*: Leistungsbereitschaft und Akzeptanz der Organisationswerte wird auf allen Managementebenen gefordert.
- Festzulegen sind die *Verantwortlichkeiten* innerhalb der Organisation im Tagesgeschäft; bereitzustellen sind *angemessene Ressourcen*, und es ist eine *Philosophie* der kontinuierlichen Ergebnisverbesserung einzuführen.

Unternehmerisch sind zunächst die Compliance-Themen zu identifizieren, sodann sind die einschlägigen normativen Vorgaben in „operating procedures“ für das Tagesgeschäft umzusetzen. Vorausgesetzt wird weiter der Aufbau eines Systems zum Umgang mit Beschwerden und eine systematische Dokumentation aller Elemente des Systems.

- Alle *Compliance-Verstöße* bedürfen der Klassifizierung und Untersuchung ihrer Ursachen. Dies gilt im besonderen Masse für die „*systemic and recurring problems*“, bei denen es Beschwerden gegeben hat oder eine Wiederholung wahrscheinlich ist. Ein Reporting System hat die Aufdeckung sämtlicher Verstöße zu garantieren. Das gesamte Compliance-Programm ist durch das Management zu beaufsichtigen.
- Praktische Ausbildung und Training zur Entwicklung einer unternehmerischen Kultur der Compliance werden als *kontinuierliche Prozesse* verstanden. Effektive Compliance setzt Sichtbarkeit und Kommunikation innerhalb der gesamten Organisation und auch nach aussen voraus. Compliance versteht sich danach als Gegenstand des monitoring and assessment, der als messbarer Prozess steter Überprüfung bedarf.

Section 3 widmet sich der *Implementierung* der Compliance-Programme. Im Hinblick auf das „*commitment*“ (Leistungsbereitschaft und Akzeptanz der Organisationswerte) muss als Zeichen der Ernsthaftigkeit und der positiven unternehmerischen Compliance-Kultur die *Gesamtverantwortung* für das Gesamtprogramm einem „*senior executive*“ übertragen werden. Delegation ist möglich, die Verantwortung ist dann bei bestimmten Managern oder Law-Compliance-Officers festzumachen, diese können gegebenenfalls externe Spezialisten beiziehen.

Bei den angemessenen Ressourcen wird die Ausbildung und das Training betont. Gleiches gilt für die Möglichkeit des Zugangs zu den Entscheidungsträgern durch Mitarbeiter, die über Missstände berichten wollen. Notwendig ist ein Chief Executive Officer.

Insgesamt muss die Implementierung des Compliance-Programms „fair, reasonable, timely, responsive, consistent, accurate, efficient and effective“ sein.

Zu einer effizienten Implementierung gehört die Sichtbarkeit und Kommunikation der gesamten Organisation nach aussen. Dies hat durch Informationsblätter, Workshops und „Corporate Newsletters“ zu geschehen.

Betont wird weiter eine permanente Zusammenarbeit mit den Behörden.

Im Appendix A ist ein *Leitfaden für kleine Unternehmen* („small business“) enthalten. Ein „senior manager“ allein für die Aufgabe Compliance wird ebenso entbehrlich gehalten wie weitere Spezialisten. Einem „Compliance Officer“ kann die Verantwortung übertragen werden, wenn die Organisation so klein ist, dass dieser alle Mitarbeiter persönlich kennt. Dann genügt, dass der Compliance Officer seinen Aufgaben durch „Umhergehen“ (management by walking around) nachkommen kann. Das für Grossunternehmen notwendige organisatorische System für die adäquate Reaktion auf Verbraucherbeschwerden wird durch die Ernennung eines Verantwortlichen ersetzt.

### **bbb. Voraussetzungen und Konsequenzen**

Wohl ganz überwiegend werden diese Compliance-Programme in der Schweiz als besondere unternehmerische Anstrengungen zur Vermeidung von Verstössen aus dem Unternehmen heraus begrüsst (vgl. z.B. *Hofstetter*, NZZ 2008 n. 123-29, *Weber/Rizvi*, SJZ 106 [2010], 501).

Festzuhalten ist zunächst, dass die zuvor dokumentierten Compliance-Raster als rechtlich gebotene Summe möglicher Aufsichtsmaßnahmen zur Verhinderung von unternehmensnützigen Kartellverstössen zu verstehen sind. Corporate Compliance ist dann hinreichend, wenn es dem Unternehmen gelingt, mittels dieser organisatorischen Vorkehrungen das rechtlich erlaubte Risiko einzuhalten. Diese Quasi-Banalität lässt sich so präzisieren, dass das Unternehmen in der Pflicht steht, den Schadenserwartungswert jedes Mitarbeitereinsatzes auf das rechtlich noch tolerierte Mass zu beschränken (eingehend *Bock a.a.O.*, 597 ff., 622 ff. und HRRS 7/2010, 316 ff.). Wie dies geschieht, welches Compliance - Modell oder -Raster im Unternehmen zum Einsatz gelangt, ist im Ausgangspunkt zunächst einerlei – dies bleibt ureigene Domäne der unternehmerischen Organisationsfreiheit: „Es führen viele Wege nach Rom und das (Straf-)Recht muss das respektieren“ (*Kuhlen*, in Maschmann [Hrsg.], *Corporate Compliance und Arbeitsrecht*, 2009, 29). Freilich sind Rechtsprechung, Wissenschaft, private Gremien und bereichsspezifisch auch der Gesetzgeber dabei, Minimumstandards herauszubilden (vgl. v. *Gleichenstein*, *Die Bank als Straftäter*, 2010 [im Druck]). Schlagworte sind betriebsinternes Risikomanagement, Auswahl-, Instruktions-, Kontroll- und Eingriffspflichten, Schaffung einer Compliance-Abteilung und vieles mehr (näher *Heine*, in Niggli/Amstutz [Hrsg.], *Verantwortlichkeit im Unternehmen*, 2007, 108 ff.). Ein Raster dazu findet sich unter ddd. in diesem Abschnitt.

Umstritten und hier zu klären ist, welche rechtlichen Konsequenzen bei corporate compliance unter welchen Voraussetzungen zu ziehen sind:

- Ausschluss der Verantwortlichkeit?
- regelmässige Milderung der Sanktion?
- nur ausnahmsweise Sanktionsmilderung?

Die **Europäische Praxis** hat bis 1992 das Bestehen eines Compliance-Programms im Kartellrecht stets als mildernden Umstand berücksichtigt (Nachw. b. *Dreher ZWeR* 2004, 87 f.). Demgegenüber ist seither ein Übergang zu case law zu registrieren, wonach **Strafmilderung generell abgelehnt** wird und **allenfalls im Einzelfall** einem Compliance-Programm Relevanz zukommt. Zwar sei bedeutsam, ob ein Unternehmen Massnahmen ergriffen habe, um künftige Zuwiderhandlungen seiner Mitarbeiter gegen das Wettbewerbsrecht zu verhindern. „Doch ändert dies eben nichts daran, dass die festgestellte Zuwiderhandlung tatsächlich begangen wurde“ (EuG, Urt. v. 15.3.2006, T-15/02, Rz. 266, EuGH Urt. v. 28.6.2005, C 189/02, Rz. 371, Urteil v. 29.4.2010, C-550/07, Rz. 114 ff., näher *Rizvi*, Jusletter v. 31.5.2010, S. 2 ff.; s. dagegen § 8 B 2. 1a [2] US-federal sentencing guidelines, o. aaa., α.). Zugrunde gelegt wird nach dieser europäischen Rspr. offensichtlich eine rigorose, kollektive Pflichtigkeit des Unternehmens, sich so zu organisieren bzw. so im Rechtsverkehr aufzutreten, dass durch alle Mitarbeiter die Einhaltung des Kartellrechts garantiert wird.

Diese bislang stabile Ablehnung der strafmildernden Berücksichtigung von Compliance-Programmen ist im **Schrifttum** überwiegend auf **Kritik** gestossen (*Dannecker/Biermann*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Aufl. 2007, Art. 23 N 178, *Theurer*, Geldbussen im EU-Wettbewerbsrecht, 2009, 254, *Heinemann*, in FS-Roland von Büren, 2009, 621). In der Tat erscheint es als angemessen, ein **Compliance-Programm** unter bestimmten Voraussetzungen als die Höhe der „Belastung“ **mildernden Umstand** zu berücksichtigen.

Dies ergibt sich aus **zwei Gründen**: Zwar ist bei Vorliegen eines Kartellverstosses durch einen Mitarbeiter usw. eines Unternehmens die Annahme des EuG nicht von vorneherein von der Hand zu weisen, dass die Compliance-Programme eben nicht in der Lage waren, den Verstoss zu verhindern. Jedoch ist es unter generalpräventiven Aspekten, von der europäischen Praxis bevorzugt herangezogen, geradezu kontraproduktiv, einem Compliance-Programm jegliche mildernde Wirkung abzuspochen. Denn dann besteht keinerlei Anreiz, organisatorische Massnahmen zur Prävention unternehmerisch einzuführen. Ein zweites kommt hinzu. Das die Verantwortlichkeit des Unternehmens tragende Prinzip ist ein Organisationsverschulden, wie gesehen in unterschiedlichen Ausprägungen. Dieses Organisationsverschulden ist prinzipiell quantitativ und qualitativ abstufbar – was sich für die Ansätze der Analogie zu Art. 102 StGB und der unerlaubten Risikoschaffung (s.o. c. bb und c. cc) von selbst versteht. Demgegenüber muss sich eine Graduierung des Organisationsverschuldens auf der Grundlage strikt objektiver Verantwortlichkeit der h.M. im Kartellrecht systematisch betrachtet als Fremdkörper verstehen, genügt doch, wie gesehen, der objektive Verstoss gegen Kartellrecht. Indes kommt, wie gezeigt, dieser Ansatz erstens nicht umhin, die Verantwortlichkeit stärker zu individualisieren. Und wenn dazu bei der Sanktionsbemessung Compliance-Programme gehören sollen, so hat dies zweitens Rückwirkungen auf die Grundlagen der Verantwortlichkeit – die schweizerische Spielart von strict liability wird nolens volens modifiziert! Mit anderen Worten: Die neue Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Strafzumessung (was zu Recht erfolgt) verbietet eine rigorose Anwendung von strict liability bei der Verantwortlichkeit von Unternehmen: Das KG kommt nicht umhin, stärker zu individualisieren.

Eine mildernde Berücksichtigung **setzt** allerdings **voraus**, dass die Compliance-Programme auf die Besonderheiten des in Frage stehenden Unternehmens zugeschnitten sind und voll umgesetzt werden. Dies erfordert etwa effektive interne Kontrollen, Realisie-

rung betrieblicher Sanktionen und Fortbildungsmassnahmen (näher *Ducrey*, in Niggli/Amstutz [Hrsg.], *Verantwortlichkeit im Unternehmen* 2007, 194 ff., *Heine*, in Niggli/Amstutz [Hrsg.], *Verantwortlichkeit im Unternehmen*, 2007, 108 ff., *Heinemann*, FS-Roland von Büren, 620, *Rizvi*, Jusletter v. 31.5.2010, N 33, allgemein *Pieth*, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 2009, 207, näher unten ddd.). Keine Frage ist, dass dies den **behördlichen Klärungsaufwand erhöht** und deren Bewertung **besondere Sachkunde** voraussetzt.

**Verfahrensrechtlich** sollte unbestritten sein, dass die blossе Behauptung des Unternehmens, eine effektive Compliance – Regelung umgesetzt zu haben, niemals genügt. Vielmehr trifft das Unternehmen jedenfalls eine **Substantiierungsobliegenheit** (vgl. *Pieth*, FS-Eser, 2005, 608, allgemein *Heine*, *Kolloquium-Krauss*, 2006, 33 f.), resultierend aus jener erläuterten besonderen materiellen Rechtspflicht im Kartellrecht. Insofern schliesst sich der Kreis: Ein Verfahrensrecht ist bekanntlich dienendes Recht, es darf das materielle Recht und seine Grundentscheide nicht sabotieren. Deshalb lässt sich auch die Beziehung von **Sachverständigen** auf ein erträgliches Mass verringern.

Aber muss nicht, wenn das Unternehmen tatsächlich effiziente Compliance-Programme umgesetzt hat und dies verfahrensförmlich festgestellt ist, gleichwohl ein Kartellverstoss eintritt, ein **totaler Ausschluss der Verantwortlichkeit des Unternehmens** die Folge sein (so z.B. *Niggli/Riedo* BSK-KG N 144 vor 6. Abschnitt, *Lang*, in *Wohlers* [Hrsg.], *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, 2007, 120, ferner Motion *Schweiger* 07.3856 v. 20.12.2007)? Ein Organisationsverschulden in Reinkultur wird diese Schlussfolgerung zu ziehen haben (konsequent *Niggli/Riedo* aaO N 145). Denn wenn das Unternehmen alles organisatorisch Notwendige getan hat, um Kartellverstösse zu verhindern, so ist nach allgemeinen Regeln nicht „Schwächung des Schuldvorwurfs“ die Rechtsfolge (so aber *Heinemann* aaO 620), sondern Ausschluss der Verantwortlichkeit. Demgegenüber bleibt auf der Grundlage des Ansatzes der vorherrschenden Praxis (schweizerische Spielart von strict liability) hinreichend Spielraum für (blosse) Strafmilderung – eben weil keine Rund-um-Sicherheit garantiert wurde. Im Ergebnis Vergleichbares gilt für den von mir vorgeschlagenen modifizierten Ansatz (Risikoerhöhung durch fehlerhafte Organisation *oder* Unternehmensphilosophie).

Im **Kern** dürften die überwiegend geteilten **Vorbehalte** gegenüber einem **völligen Ausschluss** von Verantwortlichkeit bei effektivem unternehmerischen Nachleben von optimalen Compliance-Programmen mit drei Gründen zusammenhängen: Erstens sind die Compliance-Programme keine staatlichen Gesetze, sondern private Regeln, die nur unter weiteren Voraussetzungen als blosser Zertifizierung einen Gleichrang im Hinblick auf die Verantwortungsverteilung Staat/Unternehmen einnehmen können (näher *Heine* *Zeitschrift für Lebensmittelrecht* 1997, 269 ff.). Zweitens übernehmen diese Compliance-Programme keinesfalls eine Erfolgsgarantie. Drittens verbleibt deshalb bis auf weiteres stets ein Bereich im Organisationsgefüge, der mit staatlicher Regulierung oder derzeitigen Compliance-Programmen nicht abschliessend zu erfassen ist (*Heine*, in Niggli/Amstutz aaO 114 f.). Deshalb ist wegleitend jene vermerkte besondere Pflichtigkeit des Unternehmens im Kartellrecht.

Dabei belässt das Europäische Recht den nationalen Gesetzgebern insoweit **Spielraum** (s. Vorbem.), unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen Verantwortlichkeit zuzuweisen – hier dem Unternehmen durch Zubilligung von blosser Sanktionsmilderung – dort dem Staat/der Gesellschaft bei Verantwortungsbefreiung für Unternehmen infolge Tra-



gung der Folgelasten (näher *Heine*, Verantwortlichkeit, 241 ff.). Für die Schweiz empfiehlt sich derzeit bei einer Gesamtschau der Effizienz alternativer Eingriffsinstrumente die erste Alternative (Sanktionsmilderung).

Deshalb ist zu **empfehlen**, effektive Kartellrechtscompliance als **mildernden Umstand** i.S.v. Art. 6 Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen v. 2004 aufzunehmen.

### **ccc. Gesetzesvorschlag und weitere Bedingungen**

#### **α. Gesetzesvorschlag**

An die Compliance-Programme sind hohe Anforderungen zu stellen. Sie müssen der jeweiligen Geschäftstätigkeit, Branche und Unternehmensgrösse entsprechen und wirksam innerbetrieblich umgesetzt sein. Das Compliance-Programm muss die sichtbare und dauerhafte Unterstützung des obersten Managements haben, das seine Einhaltung überwacht oder effektiv überwachen lässt. Vorausgesetzt werden weiter effektive Compliance-Grundsätze und Verfahrensweisen, zudem aktives und dauerhaftes Training auf allen Unternehmensebenen. Weiter muss das Compliance-Programm in regelmässigen Zeitabständen evaluiert und es muss ein formelles Audit durchgeführt werden, um gegebenenfalls die ursprünglich gesetzten Massnahmen zu revidieren.

Die Platzierung dieser Strafmilderung sollte bei den Verwaltungssanktionen Art. 49a 1<sup>bis</sup> KG erfolgen.

Bei der Ausformulierung sollte Rücksicht genommen werden auf eine vergleichbare Formulierung in Art. 102 Abs. 2 StGB („organisatorische Vorkehrungen“). So spricht für die Aufnahme des Adjektivs „organisatorisch“ der Gleichlauf mit Art. 102 Abs. 2 StGB, zumal in der Sache nichts anderes gemeint ist. Zudem ist „organisatorisch“ weit zu verstehen und beinhaltet laut „Duden“ jegliche planmässige Gestaltung des betrieblichen Aufbaus und Ablaufs, sodass keine Bedenken bestehen sollten, darin den Oberbegriff für jegliche Compliance-Massnahme zu erblicken.

Bei der gesetzlichen Formulierung ist auf den Begriff „nachgewiesen“ zu verzichten. Es geht insoweit nicht um eine Beweislastumkehr, die im Einzugsbereich des Strafrechts und der Wertentscheidung von Art. 265 II lit. c Schweiz. StPO nicht unproblematisch wäre. Vielmehr trifft das Unternehmen eine *Substantiierungsobliegenheit* (s.o. bbb). Sie kommt durch das Verb „dargetan“ zum Ausdruck.

Folgende *Formulierung* wird als Art. 49a 1<sup>bis</sup> Satz 3 vorgeschlagen:

**Der Geschäftstätigkeit und der Branche angemessene organisatorische Vorkehrungen zu Verhinderung von Kartellrechtsverstössen sind sanktionsmindernd zu berücksichtigen, wenn sie und ihre Wirksamkeit von dem Unternehmen hinreichend dargetan sind.**

#### **β Pflicht zur Meldung?**

*Keinen Beifall* verdient das Vorhaben, dass das betroffene Unternehmen die Wettbewerbsbehörden von sich aus und vollumfänglich über seine getroffenen Compliance-Bemühungen und deren Umsetzung zu **informieren hat** und diese Mitteilung soweit als möglich mit Beweismitteln zu untermauern ist, um eine Sanktionsmilderung zu erhalten.

Zwar spricht das staatliche Aufklärungsinteresse und die Effizienz der Bekämpfung von Kartellrechtsverstössen für eine solche Lösung.

Dagegen sind aber **drei Gründe** ins Feld zu führen:

**Erstens** sprechen **Grundsätze des Strafrechts** dagegen. Nehmen wir als Parallele zu verbotenen Kartellabreden den Fall einer mehrköpfigen Bande, die sich zum verbrecherischen Ziel gesetzt hat, kontinuierlich und systematisch Banküberfälle zu begehen. Nach dem zweiten erfolgreichen Banküberfall entschliesst sich Bandenmitglied A, auszusteigen. Die Frage stellt sich, ob in diesem Fall Bandenmitglied A eine Mitteilungspflicht an die Strafverfolgungsorgane hat, wenn die Bandenkollegen X-Z weiterhin Banküberfälle ausführen bzw. ist eine Antwort darauf zu finden, ob A sich wegen Bankraubs durch Unterlassen strafbar macht, sofern er den Strafverfolgungsorganen keine Mitteilung macht.

**Mitteilungspflichten** an die Strafverfolgungsorgane sind der schweizerischen Rechtskultur prinzipiell **fremd**. Anders als viele Nachbarstaaten kennt die Schweiz keine Strafbarkeit wegen Nichtanzeige geplanter Verbrechen. Die Schweiz hat bislang ernst gemacht mit der kriminalpolitischen Überzeugung, kein Denunziantentum zu fördern und die gesellschaftliche Solidarität nicht voreilig in Frage zu stellen. Demgegenüber ist etwa in Deutschland die Nichtanzeige geplanter Straftaten mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren inkriminiert (§ 138 StGB), wozu auch ein Bankraub gehört. Sogar das „leichtfertige“ Unterlassen einer Anzeige wird in unserem nördlichen Nachbarstaat immerhin noch mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht. Demgegenüber erstreckt sich diese Strafbewehrung aber nicht auf Kartellrechtsverstöße, sondern beinhaltet nur aufgelistete, bestimmte schwerwiegende Straftaten.

Naheliegender für die Schweiz ist natürlich, auf Art. 140 StGB in Verbindung mit Art. 11 StGB (Raub durch Unterlassen) zu rekurrieren. Voraussetzung bei diesem unechten Unterlassungsdelikt wäre eine Garantenstellung und damit eine besondere Verantwortung des A. Eine solche könnte sich zwar nach Art. 11 Abs. 2 lit. d StGB, der Schaffung einer Gefahr, ergeben. Angesprochen ist damit eine besondere Verantwortung aufgrund sogenannter Ingerenz, also der Beteiligung an den ersten beiden erfolgreichen Banküberfällen und der Verabredung zu weiteren, bevor sich A zum Ausstieg entschloss. Indes müsste durch dieses vorangegangene Tun eine besondere Verantwortung gerade für die geschützten Rechtsgüter entstanden sein. Dies könnte man noch im Hinblick auf das Vermögen der zukünftig betroffenen Banken bejahen, keinesfalls aber für staatliche Strafverfolgungs- und aufklärungsinteressen! Dies bedeutet, dass den A möglicherweise eine Pflicht trifft, auf seine früheren Bandenmitglieder einzuwirken, von ihren Plänen abzulassen. Bei Unwirksamkeit dieser Bemühungen wird man noch einen Schritt weitergehen müssen und ihm die Pflicht auferlegen können, bei der Polizei Meldung zu erstatten. Doch darf dies *anonym* geschehen: Die Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur*) verhindert hier eine Pflicht zur Namensnennung.

Die Richtigkeit dieser Überlegung zeigt sich auch anhand Art. 260<sup>ter</sup> StGB (Kriminelle Organisation). Hier kann der Richter die Strafe mildern, wenn der Täter sich bemüht, die weitere verbrecherische Tätigkeit der Organisation zu verhindern. Hier ist entscheidend für die Strafmilderung die ernsthafte Bemühung (s. *Stratenwerth/Wohlens* Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 260<sup>ter</sup> N. 9). Keinesfalls besteht hier eine Pflicht zur namentlichen Meldung bei den Strafverfolgungsorganen.

Die bisherigen Beispiele (unechtes Unterlassungsdelikt und kriminelle Organisation) waren im Vorfeld eines konkreten Rechtsgutsangriffs angesiedelt. Machen wir die Probe aufs Exempel und nehmen Versuch und Rücktritt in den Blick: Danach wäre die Konstellation diejenige, dass A ausgestiegen ist, im Zeitpunkt des Ausstiegs aber infolge Planung und

Organisation bereits das Versuchsstadium zum nächsten Banküberfall erreicht ist (point of no return). Hier ist Art. 23 StGB einschlägig. Gehen wir von der stärksten Gefahr für das Rechtsgut „Vermögen“ aus, also dem beendeten Versuch. Nach Art. 23 Abs. 2 bzw. 4 StGB ist seit Inkrafttreten des AT (1.1.2007) eine Verschärfung Gesetz geworden: Es genügt für Strafmilderung bzw. Absehen von Strafe nicht mehr, dass ein Beteiligter (nur) seinen eigenen Beitrag rückgängig macht. Vielmehr verlangt das Gesetz vom Beteiligten eine auf die *Gesamttat* gerichtete Reuehandlung (vgl. *Trechsel/Jean-Richard*, StGB PK, 2008, Art. 23 N. 6). Aber auch hier bleibt es in der Eigenverantwortung des Beteiligten, wie er dieser Pflicht nachkommt. Keinesfalls besteht eine Primärpflicht, Strafanzeige unter Namensnennung bei der Polizei einzureichen. Wiederum steht die Selbstbelastungsfreiheit und damit ein EMRK- und BV-Grundsatz entgegen.

In der Tat würde die bislang in der Kartellrechtsrevision vorgesehene vollumfängliche Information der Wettbewerbsbehörde samt Beibringung von Beweismitteln unter Namensnennung diese Rechtsgrundsätze verletzen.

Anderes könnte dann gelten, wenn man **nemo tenetur** für Unternehmen generell einschränkt oder sogar noch weitergehend versagt. Auf dieser Linie liegt bekanntlich der EuGH im Bereich des Kartellrechts (Einschränkung), für eine grundsätzliche Versagung lassen sich das noch (bis 31.12.2010) geltende Berner Strafverfahren anführen (näher Heine, Krauss-Kolloquium 2006, 32 ff.) bzw. die Studien von Gunther Arzt (z.B. JZ 2003, 457). Zu beachten ist freilich, dass Art. 265 Abs. 2 lit. c schweizerische Strafprozessordnung mit Wirkung vom 1. Januar 2011 den Unternehmen nemo tenetur dem Grunde nach garantiert! Deshalb wären, will man an der vorgeschlagenen Pflicht zur Information der Wettbewerbsbehörde als Voraussetzung für eine Sanktionsmilderung festhalten, tiefergehende Ausführungen zum Umfang der Selbstbelastungsfreiheit von Unternehmen gerade im Kartellrecht unbedingt erforderlich.

**Zweitens** verstösst diese Melde- und Darlegungspflicht gegen den **Grundsatz der Gleichbehandlung**. Denn von nachfolgenden Aussteigern aus dem Kartell wird eine solche Pflicht zur Straftataufklärung nicht zur Voraussetzung für die Erlangung von Sanktionsreduktion gemacht. Ihr Wissen um weitere geplante Kartellverstösse des Kartells bleibt rechtlich folgenlos, weil die Behörde bereits im Besitz der Beweismittel ist. Folglich werden gleiche Sachverhalte ungleich behandelt.

**Drittens widerspricht eine** umfängliche Informationspflicht an die Verfolgungsorgane dem **Grundgedanken der Compliance** und führt durch die Hintertür eine separate Kronzeugenregelung ein, welche wiederum die bestehende Bonusregelung gefährdet. Denn Compliance-Programme sind im Kern Ausdruck unternehmerischer Selbstregulierung, und sie müssen es auch bleiben, schon deshalb, weil der Staat, wie sich weltweit gezeigt hat, niemals in der Lage ist, eine effektive und ordnungsgemässe Organisation jedem einzelnen Unternehmen infolge der hohen Variabilität von Organisation und Geschäftstätigkeit vorzuschreiben. Die Sanktionsminderung an diese obligatorische Information der Verfolgungsbehörde zu koppeln, widerspricht dieser Grundidee. Es muss nach meinem Dafürhalten in der Entscheidungsfreiheit des Unternehmens liegen, ob es die Kronzeugenregelung für sich in Anspruch nimmt oder nicht. Falls es sich gegen diese Leniency entscheidet, so kann es gleichwohl in den Genuss der Strafmilderung kommen, wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind.

### ddd. Hinweise für eine bereichs- und aufgabenspezifische Unternehmensorganisation

Die folgenden Muster (Weiterentwicklung von *Heine*, in Niggli/Amstutz [Hrsg.], Spannungsfeld usw. 2007, 93 ff., vgl. *Lampert/Matthey*, ebenda § 26 N 48 ff.) können einerseits Unternehmen dazu dienen, eine ordnungsgemässe Compliance zu erstellen, sie dienen andererseits aber auch den Behörden, welche die Effizienz eines Compliance-Programms zu beurteilen haben. Und nicht zuletzt könnte auf dieser Grundlage gegebenenfalls eine präzisierende Richtlinie/Verordnung in Angriff genommen werden (zum folgenden s. *Pauthner-Seidel/Stephan*, in Hauschka, aaO, § 27 N 124 ff., 140).

#### α. Muster für ein Compliance-System gegen Wirtschaftskriminalität

- *Unternehmensleitung*: Kontinuierliche Information der Unternehmensangehörigen über Unterstützung des Compliance-Programms und erzielte Fortschritte bei der Umsetzung; Herausgabe von Ethikrichtlinien und Arbeitsplatzbeschreibungen für nachgeordnete Managementebenen mit Aufgabenkombinationen, die im Sinne des Compliance-Managements miteinander vereinbar sind.
- *Personalabteilung*: System zur verbesserten Auswahl von Stellenbewerbern durch systematische Analyse von Lebensläufen und sonstigen Unterlagen, genaue Prüfung von Originalzeugnissen, inhaltliche Analyse von Arbeitszeugnissen, systematische Einholung und Abklärung von Referenzen, Einfordern von polizeilichen Führungszeugnissen, strukturierte Interviewtechniken im Einstellungsgespräch.
- *Operative Abteilungen*: Grundsätzliche Reduzierung von Gelegenheiten durch angemessene und wirtschaftliche Sicherungs- und Kontrollmöglichkeiten und durch Sicherung von Vermögenswerten.
- *Einkauf*: Einkaufs- und Vergaberichtlinien; Mitarbeiterrotation in kritischen Einzelverantwortungsbereichen, Analyse der Lieferantenbeziehungen.
- **Grundsätzliche organisationsbezogene Regelungen:**
  - schriftlich dokumentierte *Organisationsstrukturen* für das gesamte Unternehmen,
  - *Transparenz* der Struktur und *Nachvollziehbarkeit* der Dokumentation der Strukturen,
  - klar abgegrenzte *Verantwortungsbereiche* in allen wesentlichen Unternehmensebenen und -bereichen,
  - eindeutige *Trennung von Linien- und Stabsfunktionen*, insbesondere im Funktionskontext des Compliance-Managements, entsprechende Standards bei (modernen) Mischkonzeptionen
  - klare *Stellvertretungsregelungen* im Unternehmen insgesamt und im Compliance-Management im Besonderen,
  - transparente und eindeutige Gestaltung von *Abstimmungsverfahren*, zum Beispiel zwischen organisatorischen oder systemischen Abrechnungs- und Buchhaltungsbereichen,
  - Vorgaben zur *Arbeitsorganisation* wie Abwesenheits- und Urlaubsregelungen, Erreichbarkeitsgrundsätze während Arbeits- und Abwesenheitszeiten sowie zur Füh-

- nung von für alle relevanten Mitarbeiter einsehbarem Terminkalender sowie zum Beleg und der Abrechnung von Spesen und sonstigen erstattungsfähigen Auslagen,
- Einbau von *Flexibilitäts Gesichtspunkten* in das Compliance-Management, zum Beispiel in Bezug auf veränderte Grundparameter oder neue Anforderungen an die Compliance-Organisation,
  - kontinuierliche und eindeutige Bekanntmachung von *Handlungs- und Unterschriftsvollmachten* einschließlich einer genauen Bekanntmachung ihres Inhalts und Umfangs; so sollten Vollmachten für die Anweisung von Zahlungen, zum Abschluss von Geschäften oder zur Verfügung über Sachen und Werte des Unternehmens stets nicht nur schriftlich fixiert, sondern auch mit Zugriffsmöglichkeit für alle Mitarbeiter im Unternehmens-Intranet abgelegt und kontinuierlich aktualisiert werden,
  - Konzentration der unternehmensintern kommunizierten Compliance-Regelungen auf ein *überschaubares Maß*.
- **Grundsätzliche prozessorientierte Regelungen:**
- hinreichende und klare *Bekanntmachung* aller organisatorischen Compliance-Regelungen,
  - Dokumentierte Prozesse und klare *Kompetenz zuteilung* und Abgrenzung der *Aufgabenbereiche*,
  - turnusmäßig *wechselnde Zuweisung* kritischer Verantwortungsbereiche,
  - sachgemäße *Überwachung* kritischer Tätigkeiten,
  - *Mitarbeiterrotation* in kriminalitätssensiblen Funktionen,
  - klarer *Geschäftsverteilungsplan*, einschließlich der Festlegung von Abstimmungsverfahren,
  - schriftlich dokumentierte *Handlungs- und Unterschriftsvollmachten*,
  - regelmäßig überarbeitete Arbeits- bzw. *Dienstanweisungen* mit prägnanten Abwicklungsbeschreibungen,
  - klare und einfache *Ablage- und Archivierungsverfahren* für physische und elektronische Dokumente unter Ausschluss exklusiver privater Ablagemöglichkeiten für wichtige Informationen und Dokumente,
  - klar *definierte, transparente Budgets* und entsprechend eindeutig zugewiesene Verantwortung,
  - eindeutige *Kontierungsrichtlinien* für die Buchhaltung,
  - klare, transparente und zentral einsehbar abgelegte *Einkaufs- und Vergaberichtlinien*, besonders für komplexe Vorgänge mit zahlreichen Beteiligten, häufigen Änderungen, großen Volumina und schwerer Erfassbarkeit der erbrachten Gegenleistung, ferner bei Einbindung ausländischer Unternehmenseinheiten oder Dritter,
  - klare Regelungen zur organisatorischen und inhaltlichen Gestaltung von *Verhandlungen* durch Unternehmensangehörige sowie zu deren Protokollierung,
  - insbesondere im *Beschaffungsmanagement* sollte eindeutig geregelt werden: Ausschreibungsarten und erforderliche Mindestzahl eingeholter Angebote von Anbietern

auch außerhalb des regionalen Einzugsbereichs des Unternehmens, ferner die Gründe und Kriterien für die Auswahl des Anbieters, der den Zuschlag erhielt, schließlich eindeutige und zentral einsehbare Regelungen zur Zulässigkeit der Einräumung von Rabatten, Boni und anderen Sonderkonditionen, insbesondere einschließlich klarer Regelung zu Naturalrabatten,

- grundsätzlich sollte die Ablage von *Verträgen und Verhandlungsprotokollen* detailliert geregelt sein. Dies betrifft insbesondere Aktivitäten im Bereich des Beschaffungsmanagements, wo die Archivierung von Verträgen und Nachträgen, Gesprächs- und Verhandlungsprotokollen in physischer und elektronischer Form formal detailliert geregelt sein sollte,
- einfache und uniform geltende Regelungen zum Umgang mit *Dateien und Dokumenten*, beispielsweise im Rahmen einer Clean Desk Policy oder einer „Take-away-Policy“, die bestimmt, ob und welche Dokumente und Gegenstände durch klar definierte Unternehmensangehörige zeitweise aus dem Unternehmen entfernt werden dürfen.
- **Technische und physische Vorkehrungen sowie Sicherheitsmaßnahmen**
  - aufeinander abgestimmte physische Sicherungsmaßnahmen wie Pförtner- und Wachschutzkontrollen, Plomben und Siegel, Reißwölfe und verschließbare Papiercontainer, eine hinreichende Zahl und Qualität verschließbarer Schränke und Tresore,
  - physische Maßnahmen im Kontext eines kohärenten sicherheitsingenieurtechnischen Konzepts (Schließanlagen, Alarmanlagen, Zugangs-Kontrollsysteme, Video-Überwachungssysteme, regelmäßige technische Ausmessung nach unerlaubten Abhöreinrichtungen, Überwachung der Photokopiergeräte durch Speichereinheiten, erforderlichenfalls teilweise Verwendung von Kopierschutzpapier für bestimmte Originaldokumente, die sich danach bei Kopierversuchen schwarz verfärben),
  - eine IT-Compliance-Ordnung mit Regelungen zum Gebrauch von Desk- und Laptops, zur Lagerung und zum Verschluss von IT-Geräten, zum Empfang von dienstlichen und privaten Emails, zum Internetgebrauch, dem Öffnen von Email-Anhängen, der Ablage von Emails und von Anhängen, zu Ablageorten, zum Anfertigen von Datei-Kopien, zum Versenden von Dateien per Email usw.; eine Speicherung auf lokalen Festplatten unter Anschluss externer Laufwerke und Speichersticks an Workstations sollte möglichst ebenso technisch ausgeschlossen werden ebenso wie der Versand klassifizierter Dokumente per Email,
  - ein professionelles, kohärentes Informationsschutz-Konzept, das IT-Sicherheitsmaßnahmen und alle weiteren Sicherheitsfunktionen und -abläufe im Unternehmen integriert.

## β Compliance-Risiko-Audit im Management-Kreislauf

- Im Rahmen der gewählten Risikopolitik erfolgen **Vorgaben der Unternehmensleitung** in Form von dauerhaften Zielen und Grundsätzen des Compliance-Managements. Diese Vorgaben stehen in direktem Bezug zu gewählten Risikostrategien, insbesondere zur beabsichtigten Risikotoleranz im Kontext der strategischen und operativen Unternehmensziele und der hauptsächlichen Werttreiber.

- **Risikoanalyse:** Identifizierung, Erfassung, Analyse und Bewertung ausgewählter Compliance-Risiken in den relevanten Unternehmensteilen, Auslandsorganisationen, Bereichen, Abteilungen usw. Hierbei erfolgt die Einbeziehung endogener und exogener Risiko-Ursachen und —Treiber. Gleichzeitig wird der Einfluss von Definition und Umsetzung bestehender Compliance-Management-Aspekte auf die jeweils fokussierten Risiken untersucht. Ausgewertet werden dabei im Wesentlichen die Ausprägungen und die Umsetzung innerhalb folgender sechs Säulen: Säule Nr. 1: Risiko-Portfolio, Risiko-Profil; Säule Nr. 2: Ebene unternehmensinterner Regularien; Säule Nr. 3: Organisationsebene; Säule Nr. 4: Ablauf- und Prozessebene; Säule Nr. 5: Trainings- und Sensibilisierungsebene; Säule Nr. 6: Reaktionsebene. Die Ergebnisse werden nach einheitlichen Maßstäben quantifiziert und zueinander in Bezug gesetzt.
- **Benchmark:** In diesem nächsten Schritt erfolgt die Bildung von Zielgrößen, gestaffelt nach Mindestanforderungen, Mittelwerten und Maximalzielen. Als externe „Benchmarks“ dienen dabei vor allem rechtliche Anforderungen, die Best Practice des jeweiligen Aspekts des Compliance-Managements in vergleichbaren Unternehmen sowie die allgemeinen Grundsätze des Compliance-Managements. Interne Zielgrößen sind nichts anderes als die vorhandenen, ursprünglich gesetzten Ziele für den entsprechenden Punkt des Compliance-Managements. Dabei wird die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit dieser Compliance-Management-Ziele im Kontext von Risikopolitik und strategischen Zielen selbst zum Untersuchungsgegenstand der Compliance-Risikoanalyse. Soweit möglich werden die herangezogenen Benchmark-Ziele nach den gleichen Verfahrensweisen und Maßstäben wie zuvor bei der Risikoanalyse quantifiziert.
- **Gap-Analyse:** Sie gliedert sich in einen quantitativen und einen qualitativen Teil. Die „Lücke“ zwischen dem in der Risikoanalyse festgestellten Status und den bei der Benchmark-Analyse festgestellten Handlungszielen entspricht dem – quantitativen – Handlungsauftrag an das Compliance-Management, der durch die qualitative Beschreibung des auf Grund der festgestellten Defizite vorhandenen Handlungsbedarfs ergänzt werden muss. Nach Möglichkeit erfolgt dabei die Differenzierung zwischen Wichtigkeits- und Dringlichkeitsaspekten in Relation zu möglichen Schadensentwicklungen bei Unterlassen erforderlicher Maßnahmen.
- **Entwicklung wirkungsvoller und effizienter gap- und risikospezifischer Maßnahmen:** Diese erstrecken sich auf die Bereiche aller oben genannten sechs Säulen.
- **Abstimmung, Implementierungsplanung und Umsetzungsbegleitung dieser Compliance-Maßnahmen in allen sechs Säulen.** Abgestimmt werden müssen sie mit dem strategischen Management der Unternehmensleitung, insbesondere der gewählten Risiko- und-Compliance Politik. Die dauerhafte Implementierung ist sicherzustellen.
- Kontinuierliche **Überwachung der Risikosituation sowie des Compliance-Systems** zur Feststellung von veränderten Bedingungen oder außergewöhnlichen Ereignissen und Entwicklungen.
- **Periodisches Audit** zur Feststellung der Wirksamkeit des Compliance-Systems und Reporting an die Unternehmensleitung.

- **Anpassung und Ergänzung** des bestehenden Compliance-Systems anhand entsprechender Steuerungsimpulse der Unternehmensleitung vor dem Hintergrund einer (ggf. zwischenzeitlich veränderten) Risikopolitik und -strategie.

## 2. Sanktionierung natürlicher Personen

### a. Allgemein

Die Motion Schweiger 07.3856, welcher der Gesetzgeber uU Folge leisten will (s. Art. 53 E-KG Version April 2010), sieht Kriminalstrafen (u.a. Freiheitsstrafe bis 3 Jahre) für natürliche Personen vor.

Von den **Befürwortern** von Individualstrafen wird unter dem Aspekt der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit insbesondere auf eine Effektivierung der Prävention kartellrechtswidriger Handlungen hingewiesen, indem sowohl der Täter selbst (Spezialprävention) als auch potentielle andere Täter von Verletzungen des wirksamen Wettbewerbs (Generalprävention) abgehalten werden sollen. Weiter wird erwartet, dass Individualsanktionen das allgemeine Rechtsbewusstsein stabilisieren und damit die Rechtstreue der Bürger verbessern (positive Generalprävention) (Übersicht bei Gutachten *Baudenbacher*, 135, *Heinemann*, FS-Roland von Büren, 609 FN 54).

Im **Einzelnen** wird darauf hingewiesen, dass eine erhebliche Steuerungsleistung zu erwarten sei im Hinblick auf einen unvermeidlichen Reputationsverlust gerade von Leitungspersonen bei Verhängung von Kriminalstrafen. Insbesondere der Freiheitsstrafe komme dabei besondere Bedeutung zu, da sie jedenfalls eine finanzielle Kompensation durch Dritte ausschliesse (*Heinemann*, FS-Roland von Büren, 606 f.). Mit Kriminalstrafen werde zudem das Fehlen unternehmensinterner Verfolgung und ein mangelnder Abschreckungseffekt unternehmensinterner Sanktionsmittel kompensiert. Unter der Voraussetzung, dass Bonusregelungen auch auf natürliche Personen Anwendung finden, dürften Individualsanktionen deren Wirksamkeit und damit die Aufdeckung von Kartellabsprachen fördern (s. u. 6. b.). Zudem würde dadurch ein Anreiz geschaffen, unternehmensintern Kontrollmechanismen einzuführen. Und schliesslich hätten kriminalstrafrechtliche Individualsanktionen den Vorteil, dass die Unternehmenssanktionen in ihrer Höhe diszipliniert würden. Angesichts der immensen Schäden von Kartellrechtsverstössen und der Störung von Marktmechanismen und der Destabilisierung der Institution Wettbewerb würde hier ein vergleichbarer Unwert wie bei anderen Wirtschaftsstraftaten vorliegen, weshalb jedenfalls Kernverstösse unter Kriminalstrafe für natürliche Personen zu stellen seien.

Auf der anderen Seite stehen **Nachteile**: Kriminalstrafen sind nicht für kleine Münze zu bekommen. Hohe Eingriffsintensität in Grundrechtspositionen infolge der Sanktion bedingt besondere rechtsstaatliche Anforderungen an das Verfahren (schweiz. StPO, vgl. Variante 1. bzw. 2.). Daraus kann eine beträchtliche Verlangsamung des Verfahrens resultieren. Weiter existieren bekanntlich keine gesicherten Erkenntnisse über die erhofften präventiven Wirkungen. Schliesslich ist ins Kalkül zu ziehen, dass erhebliche Folgelasten entstehen können. Zu denken ist an die Bonus-Regelung, zumal Verfahrensabsprachen bislang als mit der schweizerischen Strafverfahrenskultur nicht vereinbar angesehen wurden (dazu u. 6.). Vor allem aber stellt sich die Frage der Straffähigkeit: Erstens sind die materiellrechtlichen Voraussetzungen von Strafe, die Ausprägungen des Schuldprinzips, strikte einzuhalten, wenn es um Freiheitsstrafen geht. Weil es um andere Funktionen, Adressaten und Rechtsfolgen geht, können sich durchaus Unterschiede zur quasi-strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen ergeben (s. u. b.). Zweitens stellt sich die Frage, ob



mit der Einführung von Kriminalstrafen für natürliche Personen nicht erneut symbolisches Kriminalstrafrecht geschaffen wird (vgl. allgemein und krit. *Kunz Kriminologie* 5. Aufl. 2008, § 31/35 ff.). So mahnt *Carl Baudenbacher* mit guten Gründen an, dass „der Einführung von Strafsanktionen die Entwicklung einer ausgereiften verwaltungsrechtlichen und zivilrechtlichen Anwendungspraxis vorangehen“ müsse (Gutachten *Baudenbacher* aaO 151) – die Schweiz sei noch nicht reif für das echte Kriminalstrafrecht.

Im **Rechtsvergleich** sind **Individualstrafsanktionen weit verbreitet**. Vor allem in Dänemark, Frankreich, Grossbritannien, Irland und Estland stehen neben den USA Strafen für natürliche Personen zur Verfügung. Deutschland und Österreich setzen dagegen regelmässig auf individuelle Geldbussen nach Ordnungswidrigkeitenrecht bzw. Verwaltungsstrafrecht (näher Gutachten *Baudenbacher* 103 ff., 133, *Heinemann* FS-Roland von Büren 601 ff., *Dannecker/Jansen*, *Competition Law Sanctioning in the EU*, 2004).

Auf der anderen Seite ist in den Niederlanden (1997), Österreich (2002) und Luxemburg (2004) ein **Trend zur De-Kriminalisierung** zu beobachten.

Vor diesem Hintergrund mit teilweise gegenläufigen Entwicklungen lässt sich der Rechtsvergleich weder für die eine noch die andere Seite vereinnahmen. Immerhin hat sich die OECD für eine mit Freiheitsstrafen bedrohte Kriminalisierung jedenfalls der schwersten Kartellrechtsverstösse ausgesprochen (*OECD, Hard Core Cartels, Third Report*, 2005, 26 ff., 39 f.).

#### **b. Beschränkung auf horizontale Hard-Core-Kartelle**

Art. 53a E-KG April 2010 beschränkt Kriminalstrafe für natürliche Personen auf eine Beteiligung an unzulässigen **horizontalen Wettbewerbsabsprachen**. Die Frage stellt sich, ob die Herausnahme von vertikalen Absprachen (Art. 5 Abs. 4 KG) aus dem Bereich des Kriminalstrafrechts Sinn macht, auch zumal Unternehmen insoweit Normadressaten quasi-strafrechtlicher Sanktion bleiben.

Bei **Vertikalabsprachen** geht es um Absprachen von Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie über Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten (vgl. Art. 5 Abs. 4 KG, Ziff. 1 VBM 2007). Die WEKO hat mit VBM 2007 relativ rigide Konkretisierungen für die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs und der Erheblichkeit der Absprachen erlassen. So kann beispielsweise nach Ziff. 10 Abs. 2 VBM die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs nicht durch den blossen Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) widerlegt werden. Zur Revision der Vertikalbeschränkungen durch Vert Bek 2010 s. *Graber*, Jusletter v. 2.9.2010.

Bereits im früheren Gesetzgebungsverfahren geäusserte vorsichtige Zweifel ob der Richtigkeit einer strikten Versagungspolitik mit Sanktionsbewehrung bei vertikalen Absprachen haben sich mittlerweile verstärkt. International zeigt sich eine **allgemeine Tendenz** in Richtung **Flexibilisierung** und **Einzelfallbetrachtung** aufgrund der konkreten Marktverhältnisse (Gutachten *Baudenbacher*, 69 ff.). Entsprechend gehören nach den OECD-Empfehlungen auch nur die Preiskartelle, die Absprachen über Mengenbeschränkungen und Gebiets- und Kundenaufteilungen sowie die Submissionsabsprachen zu den Hard-Core-Kartellen (OECD, *Recommendation of 25 March 1998 Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*). Beschränkungen im Vertikalverhältnis erscheinen demgegenüber von geringerem Unwertgehalt.

Dies belegt rechtsvergleichend exemplarisch auch ein Blick nach **Deutschland**. Dort sind wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen nach § 298 dStGB kriminalisiert. Seit 1. Juli 2005 erfasst die Reform des § 1 GWB nunmehr auch vertikale Absprachen (s. *Achenbach* in *Achenbach/Ransiek*, III. 5. N 19, *Dannecker*, NK 3. Aufl. 2010, § 298 RN 47c). Im Hinblick auf die Erfassung von vertikalen Absprachen durch das Strafrecht gilt Folgendes: **Vertikale Absprachen** gelten als erheblich **weniger gefährlich** als horizontale Absprachen. Dies hängt damit zusammen, dass bei horizontalen Absprachen, insbesondere bei Ringabsprachen, eine typischerweise wirtschaftspolitisch gefährliche Tendenz zur Wiederholung der Absprache ins Spiel kommt. Deshalb wird vom BGH (St 49,207) und der h.L. der Schluss gezogen, dass § 298 dStGB vertikale Absprachen wegen dieser geringeren Gefährlichkeit entweder überhaupt nicht erfasst (*Dannecker* aaO, vgl. *Achenbach* aaO III. 4. N 15), oder dieser geringeren Gefährlichkeit durch eine teleologische Einschränkung von abstrakten Gefährdungsdelikten Rechnung zu tragen ist (*Heine*, in *Schönke/Schröder*, 28.Aufl., 2010, § 298 RN 2, 11). Vertikalvereinbarungen zwischen Unternehmen unterschiedlicher Handelsstufen werden aber als Kartellordnungswidrigkeit erfasst (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB; vgl. *Achenbach* aaO III. 5. N 15). Die Rechtsfolge ist Geldbusse bis 1 Mio. Euro (bei vorsätzlichem Verstoss von natürlichen Personen, § 81 Abs. 4 S. 1 GWB). Bei Unternehmen beträgt die Geldbusse maximal 10 % des Vorjahresumsatzes (§ 81 Abs. 4 S. 2 GWB).

**Ökonomische Theorien** bestätigen diese Tendenzen (näher *Wils*, in *Ehlermann/Atanasiu* [eds.], *Enforcement of Cartels*, 2007, 300, 325 f., vgl. auch Nachw. b. Gutachten *Baudenbacher*, 70 ff.). So zeigt sich, dass vertikale Absprachen – gerade umgekehrt – sogar ein effizientes Instrument zur Lösung von Koordinationsproblemen innerhalb vertikaler Produktionsketten darstellen und sich unter Umständen wohlfahrtssteigernd auswirken können. Sofern aufgrund der Marktstruktur ein funktionierender Interbrand-Wettbewerb besteht, sei es unwahrscheinlich, dass vertikale Restriktionen schädliche Auswirkungen zeitigen.

Auch wenn die Ökonomie keine fix-fertigen Lösungen für das Recht liefert (sehr krit. BVGer, Urteil v. 24.2.2010, B-2050/2007, 4.5.1, S. 68), so bietet hierzu die **Empirie** Hand: Von 91 analysierten Geschäften der schweizerischen Wettbewerbsbehörde zu vertikalen Vereinbarungen wurden die meisten als zulässig erachtet. Hauptgrund dafür war, und zwar in nahezu 70 % aller Geschäfte, dass sich die Verhaltensweisen nicht erheblich auf den Wettbewerb auswirkten (vgl. Gutachten *Baudenbacher*, 49).

Wohl nur für horizontale Hard-Core-Kartelle lässt sich mit hinreichender Sicherheit voraussagen, dass solche Praktiken erhebliche volkswirtschaftliche Schäden verursachen. Demgegenüber ist es bei Vertikalabreden unsicher, wie gross der Einfluss des betreffenden Verstosses auf den wirksamen Wettbewerb ist. Deshalb ist die beabsichtigte Änderung von Art. 5 Abs. 4 KG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. f. KG im Prinzip zwar zu begrüßen. Beide Varianten ziehen die Konsequenz, alle Arten von vertikalen Vereinbarungen nicht per se zu untersagen, sondern aufgrund ihrer Wirkung im Einzelfall zu beurteilen.

Trotz dieser Reformbemühungen bleiben für ein Individualstrafrecht Barrieren:

Bei **Variante 2** der neu erwogenen Regelung wird die **Vermutung der Wettbewerbsbe-seitigung** beibehalten. Nach strafrechtlichen Gesichtspunkten sind strafwürdig solche Verhaltensweisen, die den wirksamen Wettbewerb effektiv schädigen; es genügt im Hinblick auf die Beibehaltung des Vermutungstatbestandes (Art. 5 Abs. 4 KG) unter Umständen auch eine Verhaltensweise, die typischerweise geeignet ist, den Wettbewerb erheb-

lich zu beeinträchtigen. Voraussetzung ist demnach, dass der Gesetzgeber bestimmte Verhaltensweisen, ungeachtet ihrer konkreten Erfolgstauglichkeit, bereits als so gefährlich erachtet, dass er bereit ist, sie generell zu verbieten.

Diese Voraussetzungen sind im Hinblick auf den neuen Individualstraftatbestand (Art. 53a E-KG) nicht erfüllt. Insoweit gilt, soweit es um die Verhängung von Freiheitsstrafen geht, der herkömmliche strafrechtliche Standard. Deshalb ist bedeutsam, dass offensichtlich bei der Existenz von effektivem Interbrand-Wettbewerb die Wahrscheinlichkeit höher ist, dass Vertikalabreden zu einer Intensivierung des wirksamen Wettbewerbs beitragen. Hinzu kommt, dass bei echten Preisempfehlungen die Sanktionierung zulasten des Händlers von Faktoren abhängt, die ihren Grund gerade nicht im Verhalten des „Täters“ haben. Wollte man dieses Verhalten in einem abstrakten Gefährdungsdelikt erfassen, so würde nach diesen Befunden das strafrechtliche Grundkonzept auf den Kopf gestellt. Denn bei abstrakten Gefährdungsdelikten geht es darum, dass ein Verhalten typischerweise gefährlich ist – und nur im Einzelfall eine Entlastung ausnahmsweise in Frage kommt. Hier ist es aber gerade umgekehrt: Typischerweise strafwürdig ist nicht die generelle vertikale Absprache, sondern allenfalls der Einzelfall.

Die Rechtslage wird nicht dadurch verbessert, dass dem Normadressaten sanktionsentlastend aufgegeben wird, nachzuweisen, dass dieselbe Abrede im EWR unbehelligt praktiziert wird (Erl. Bericht April 2010, 1.2.2, S. 15). Solche Beweisführungspflichten sind dem Individualstrafrecht prinzipiell fremd (vgl. zu Art. 173 StGB *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, Strafrecht BT I, 7. Aufl. 2010, § 11 N 28 f., *Trechsel/Lieber* StGB PK Art. 173 N 14, vgl. *Achenbach* aaO III. 5 N 14). Strafrechtliche Grundannahmen verbieten deshalb eine strafbewehrte Sanktionierung von Fehlverhalten von natürlichen Personen, soweit es um die Sanktion Freiheitsstrafe geht.

**Variante 1** der neu erwogenen Regelung streicht zwar die Vermutungsklausel des Art. 5 Abs. 4 KG. Vertikale Vereinbarungen können dann sanktioniert werden, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Erheblichkeit und die Effizienzvorteile werden im Gesetz nicht näher beschrieben. Im Vergleich zu horizontalen Hard-Core-Kartellen besteht angesichts der geschilderten Befunde eine erheblich grössere Unsicherheit, unter welchen Bedingungen diese Voraussetzungen erfüllt sind (s. auch *Zimmerli*, Dogmatik, aaO, 464). Insbesondere wegen der Eingriffstiefe der Individualstrafe (Freiheitsstrafe) verbietet sich mangels ausreichender Bestimmtheit eine Bestrafung von natürlichen Personen.

Diese Bedenken sind nicht in identischer Masse aufrechtzuerhalten, wenn es um die quasi-strafrechtliche Verantwortlichkeit von **Unternehmen** geht.

Denn allgemein gilt, dass mit entsprechender grösserer sozialer Macht eine **umfassendere rechtliche Verantwortlichkeit** korrespondiert. Ein grösseres Unternehmen ist eben nicht lediglich die Summe seiner einzelnen Teile, sondern als komplexes System mit der Fähigkeit zur Selbstorganisation zu verstehen, das die individuellen Fähigkeiten jedes ihrer Mitglieder übersteigt (s. *Heine* ZStrR 2001, 25 m. w. Nachw., *Witteck*, Der Betreiber im Umweltstrafrecht 2004, 228, *Geiger*, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, 2006, 91, *Forster*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens, 2006, 178 ff.). Deshalb ist das Phänomen des „Verantwortungsüberschusses“ in den Blick des Rechts geraten: Auch das Strafrecht darf von grösseren Unternehmen mehr verlangen als von einzelnen natürlichen Personen (vgl. o. II. 1. a. bb.). Auch

daraus erklärt sich die rechtliche Möglichkeit einer strikteren Einstandspflicht von Unternehmen, wie unter II. 1. begründet. Deshalb handelt es sich im Prinzip um **zwei unterschiedliche Regelkreise**: Verantwortung der natürlichen Personen hier und Verantwortlichkeit der Unternehmung dort, die je ihren besonderen Zurechnungselementen folgen.

Auch aus diesen Gründen hat **im Vergleich** etwa der italienische Gesetzgeber den Bestimmtheitsgrundsatz bei Unternehmen gezielt abgesenkt (*Berardi/Grandi*, in Dannecker/Jansen, aaO, 649 f.). Ähnliches gilt für das spanische Verwaltungsstrafrecht (*Nieto Martín* in Dannecker/Jansen, aaO, 843). Und Grossbritannien sieht im Enterprise Act 2002 Kriminalstrafen nur bezüglich hard-core cartels auf horizontaler Ebene vor (*Dannecker/Körtek*, aaO, 73, *Rodger*, aaO, 125). Dies alles ist prinzipiell gedeckt von europäischen Vorgaben (s. Vorbem. vor II. 1).

Im Ergebnis sehe ich derzeit **keine grundsätzlichen Probleme**, die Strafbarkeit natürlicher Personen auf die Beteiligung an „Hard-Core-Kartellen“ zu beschränken und Unternehmen dagegen umfassender einer „Belastung“ auszusetzen. Eine umfassendere Verantwortlichkeit des Unternehmens lässt sich dann legitimieren, wenn man bereit ist, eine strukturell umfassendere Verantwortlichkeit anzuerkennen, infolge einer Kumulation von Wissen, Potenz und gesellschaftlicher Macht, wie von mir andernorts vielfach belegt (zB *Heine*, Verantwortlichkeit von Unternehmen, 261 ff.).

### c. Täterschaft – Beteiligte – Unterlassen: Geschäftsherrenhaftung

Art. 53a E-KG April 2010 stellt als Tathandlung auf eine „**Beteiligung**“ von „Organen oder Hilfspersonen eines Unternehmens“ ab. Beteiligung ist in strafrechtlichen Bezügen aber der Oberbegriff für Täterschaft, Anstiftung und Gehilfenschaft. Deshalb besteht die Möglichkeit der Interpretation, dass unter Verzicht auf Akzessorietät und weitere Kriterien der Teilnehmerstrafbarkeit Anstiftung und Gehilfenschaft zu täterschaftlichem Handeln aufgestuft werden, zumal nach dem Wortlaut die Beteiligung jeder Hilfsperson erfasst wird. Die praktische Bedeutung liegt darin, dass das **gesamte Umfeld** unternehmerischen Handelns im Zusammenhang mit horizontalen Wettbewerbsabreden gleichrangig als **Täter** bestraft würde. Zu denken ist an die Sekretärin, die, oft besser als der Chef, über Zeitpunkt und Inhalte von einschlägigen Treffen informiert ist und zudem den gesamten Schriftverkehr kennt. Dies gilt uU sogar für den Chauffeur, der Vorstandsmitglieder zu einschlägigen Treffen chauffiert und vorinformiert ist über den Gegenstand der Treffen. Diese extreme Weite des Tatbestandes hängt damit zusammen, dass der Täterkreis nach Art. 53a Abs. 1 E-KG auch „Mitarbeiter“ erfasst und Beteiligung in strafrechtlicher Diktion sich als Oberbegriff für Täterschaft und Teilnahme versteht (s. nur *Stratenwerth*, Strafrecht AT I, 3. Aufl. 2005, § 13 N. 76).

Diese Weite kann nicht Sinn und Zweck der neuen Strafvorschrift sein.

Ich sehe derzeit **drei Lösungsmöglichkeiten**: Die erste Möglichkeit besteht darin, in den **Motiven klarzustellen**, dass nur eine Mitwirkung an der unzulässigen Abrede im engeren Sinne gemeint ist und der Täterkreis nicht iSe Beteiligung erweitert werden soll.

Die zweite Möglichkeit besteht darin, den **Täterkreis zu beschränken**, und zwar in Anlehnung an Art. 29 StGB (ggfalls in Verbindung mit Art. 2 VStrR, je nach Verfahrensvariante) auf „Organe“, Gesellschafter, Mitarbeiter mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen und tatsächliche Leiter. Dies ist deshalb naheliegend, weil Art. 2 Abs. 1 KG den Geltungsbereich regelt: Der Zweck des KG, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen usw. zu verhindern (§ 1 KG), richtet sich an **Unternehmen**.

Da nur dem Normadressat die Sanktionen des KG auferlegt werden können, ist die Zuwiderhandlung gegen KG-Vorschriften somit ein **Sonderdelikt**, das nur Inhaber eines Unternehmens oder die gem. Art. 29 StGB für ihn handelnden Organe usw. verwirklichen können. Für Teilnehmer, also solche etwa aus dem mittleren oder unteren Management ohne Leitungsfunktionen bzw. ohne selbständige Entscheidungsbefugnisse, oder einfache Mitarbeiter, ist Art. 26 StGB (Teilnahme am Sonderdelikt mit obligatorischer Strafmilderung) zu beachten. Dies bedeutet, dass jener Mitarbeiter, der nicht zu diesem Personenkreis gehört, aber „eigenhändig“ die Kartellabrede vornimmt, uU als Gehilfe (Art. 25 StGB) zu dieser Beteiligung strafbar ist. Die Organe usw. sind in diesem Fall bereits als „Beteiligte“ (= Täter) strafbar, wenn sie beispielsweise die Tat jenes Mitarbeiters entweder gefördert oder dazu angestiftet haben.

Die dritte Möglichkeit besteht darin, den Kreis der Täter dieses Sonderdelikts unverändert zu belassen, dagegen bei der Formulierung **Tathandlung** anzusetzen: Strafbar wäre dann, wer ... vorsätzlich eine unzulässige Abrede **trifft**. In diesem Fall müsste das Bezugswort „getroffen“ ersetzt werden durch den Begriff „vereinbart“. Bei der so bezeichneten Tathandlung könnten sich Sekretärin und Chauffeur nicht als Täter, sondern allenfalls als Gehilfen strafbar machen. Es handelt sich dann um das Problem der sogenannten neutralen Gehilfenschaft (dazu eingehend zu Deutschland u. der Schweiz: *Heine*, in Schönke/Schröder, aaO § 27 N 10a). Im Übrigen kommt bei dem genannten Personenkreis (Organ, Mitarbeiter oder Beauftragter) Mittäterschaft nach allgemeinen Grundsätzen zum Zuge. Als weitere Variante bei der Tathandlung wäre denkbar, dass man Folgendes inkriminiert: Die **Abgabe** eines Angebots, die zu einer unzulässigen Abrede zwischen Unternehmen usw. führt. Bei dieser Variante käme Mittäterschaft in Betracht für die Personen (Organ usw.), die nicht selbst ein Angebot abgeben, sich aber an der Absprache als Wettbewerber beteiligen, arbeitsteiliges Vorgehen usw. vorausgesetzt (s. zu Deutschland *Heine*, in Schönke/Schröder, § 298 N 17).

Ein weiteres Problem stellt sich, weil in Umsetzung der Motion Schweiger die „**aktive**“ Beteiligung an Kartellabsprachen erfasst werden soll (Erl. Bericht, 2.7.2, S. 53). Denn nach allen vorgeschlagenen Formulierungen stellt sich die Frage, ob nicht die Grundsätze der **Geschäftsherrenhaftung** (s. Bührle-Entscheid [BGE 96 IV 155], von-Roll-Entscheid [BGE 122 IV 103] des BGer, näher zB *Geiger* aaO 53 ff., *Cassani*, Infraction sociale, responsabilité individuelle, in Berthoud [Hrsg.]. Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui, 2002, 45) eingreifen werden, also eine Strafbarkeit wegen pflichtwidrigen Unterlassens eintritt, nämlich der Nichtverhinderung von Kartellverstößen von Unterebenen durch Leitungspersonen. Strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden dann nicht nur der in Art. 29 StGB genannte Personenkreis, sondern in aller Regel auch der zuständige Compliance Officer (s. dazu jüngst BGHSt 54, 44, *Ranski*, AG 2010, 147 ff.). Rechtlich in die Pflicht genommen werden alle Personen mit substantiellen Führungsaufgaben. Es geht nicht mehr nur um persönliche Aufsicht über Unterebene, die betriebliche Straftaten ausführen, sondern um qualitativ modifizierte Rechtspflichten, die auch die Vornahme organisatorischer Vorkehrungen zum Gegenstand haben (näher *Heine* in Niggli/Amstutz [Hrsg.], Verantwortlichkeit im Unternehmen 2007, 98 m. weit. Nachw.).

Wenn man diese weitgehende sogenannte Geschäftsherrenhaftung **unterbinden** will, so könnte man zunächst daran denken, im KG keinen Verweis auf Art. 6 VStrR anzubringen. Dies dürfte aber nur eine Scheinlösung sein, handelt es sich doch bei Art. 6 VStrR im

Grunde um eine Spezialvorschrift zu Art. 11 StGB, der, je nach zukünftig geltendem Verfahrensrecht, ggfalls (Variante Verwaltungsstrafrecht), über Art. 2 VStrR anwendbar ist. Will man daher einen sicheren Hafen für potentielle Unterlassungstäter schaffen, so geht dies wohl nur dadurch, dass Art. 53a Abs. 1 E-KG auf das aktive Treffen usw. einer unzulässigen Abrede ausdrücklich beschränkt würde. Der Nachteil dieser Variante ist, dass es in der Schweiz bislang, soweit ersichtlich, keine Vorläufer-Strafvorschrift gibt, die die Strafbarkeit auf aktives Handeln beschränkt. Deshalb bleibt die Geschäftsherrenhaftung auf der Agenda.

#### d. ne bis in idem

Wegen der quasi-strafrechtlichen „Belastung“ von Unternehmen stellt sich die Frage, ob ne bis in idem verletzt wird, wenn die Strafbarkeit natürlicher Personen in das KG eingeführt wird. Liegt eine verbotene Doppelbestrafung vor, wenn wegen eines Kartellverstosses sowohl eine natürliche Person als auch das betreffende Unternehmen sanktioniert werden?

#### aa. Allgemein

Ne bis in idem ist ein schillernder Begriff, der national und international gerade im Bereich des Zusammenspiels der Verantwortung von natürlichen Personen einerseits und der Verantwortlichkeit von Unternehmen andererseits noch wenig geklärt ist (vgl. *Eser*, *Tulsa Law Review* 39 [2004], 955, 968 m. weit. Nachw.). Es verwundert deshalb wenig, dass ein **breites Spektrum von Positionen** vertreten wird.

Einerseits wird als **Extremposition** vorgetragen, dass „ein und dieselbe Handlung nicht gleichzeitig Handlung einer natürlichen Person und Handlung der Unternehmung sein und beider Strafbarkeit gleichzeitig auslösen“ kann (*Niggli/Riedo*, BSK-KG N 22 vor 6. Abschnitt; s. jedoch *Niggli/Gfeller*, BSK StGB, Art. 102 N.408). Soweit der Kartellverstoss einer natürlichen Person zuzurechnen sei, könne derselbe Vorwurf nicht gleichzeitig das Unternehmen treffen, für das die natürliche Person handle. Deshalb soll nach *Livschitz* (SHK KG N 32 vor Art. 54) bereits die gleichzeitige Sanktionierung des Unternehmens (nach Art. 50-52 KG) und des von ihm verschiedenen Organs nach Art. 54 f. KG stets einen Verstoss gegen ne bis in idem bedeuten. Eine Parallelsanktionierung von Unternehmen und natürlicher Person wäre stets verboten!

Gerade **umgekehrt** wird in Ländern, die eine Parallelsanktionierung von Unternehmung und natürlicher Personen seit längerem kennen, offenbar ohne Weiteres davon ausgegangen, dass in der gleichzeitigen quasi-strafrechtlichen Sanktionierung von Organ/Vertreter und Unternehmen kein Verstoss gegen „ne bis in idem“ vorliege (so zu Deutschland *Rogall*, *Karlsruher-Kommentar Ordnungswidrigkeitengesetz*, § 30 N 156 mit Nachweisen zur deutschen Rspr. und Lehre). Dies gelte jedenfalls dann, wenn es sich um unterschiedliche Rechtssubjekte handle, Grenze bildet die wirtschaftliche Identität (vgl. OLG Celle Nds Rpfl 1975, 129, *Göhler OWiG* § 30 N 4). Gleiches gilt etwa für die Rechtslage in Irland (s. *Maher*, in *Dannecker/Jansen aaO*, 593). Allgemein verknüpft auf der EU-Ebene das 2. Protokoll zum Schutz der finanziellen Interessen der EU vom 19.7.1997 (OJC 221/12, Art. 3) die Straftat von Leitungspersonen oder deren Aufsichtsverantwortung ohne weiteres mit der Verantwortlichkeit von Unternehmen und sieht dabei keine Probleme mit ne bis in idem. Diesem Modell haben sämtliche Massnahmen und Konventionen der EU Folge geleistet (näher *Adam/Vermeulen/de Bondt*, in *Adam/Colette-Basecqz/Nihoul* [eds.], *Corporate Criminal Liability in Europe*, 2008, 380 ff.). Und – entgegen-

gen *Livschitz* – werden im Rechtsvergleich schon gar keine Bedenken gesehen, wenn es für das gleiche Delikt um Kriminalstrafen für natürliche Personen und Administrativsanktionen für Unternehmen geht, so etwa die Rechtslage in Griechenland und Spanien (*Papakiriakou, Nieto Martín*, je in Dannecker/Jansen aaO, 550 f. bzw. 847 f.).

Ein internationaler Trend ist natürlich kein zwingender Beleg für die Richtigkeit der Lösung, gerade auch für die Schweiz. Der Schweizer Weg des autonomen Nachvollzugs lässt es vielmehr als angebracht erscheinen, zunächst die Spruchpraxis der Europäischen Gerichte beizuziehen.

## bb. Grundsätze von EuGH und EGMR

„Ne bis in idem“ wird von EuGH und EGMR unterschiedlich akzentuiert und offenbar je nach Funktion und Rechtsgebiet ausgelegt.

### aaa. EuGH

Im **Gemeinschafts-Kartellrecht** vertritt der EuGH ein besonders **restriktives Verständnis**: Ein Verstoss gegen ne bis in idem hängt von einer dreifachen Voraussetzung ab, nämlich der Identität des Sachverhalts, der Identität des Adressaten und der Identität der Rechtsnorm bzw. des dabei geschützten Rechtsguts (vgl. zB EuGH, Urteil v. 7.1.2004, C 204/00 P Zement Aalborg Portland v. Kommission, Rz 338, *Kindhäuser* aaO Art. 81 N 221, *Baudisch*, Die Tragweite des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes „ne bis in idem“ im dezentralen Kartellrechtsvollzug, 2008, 222 ff., vgl. *Liebau*, „Ne bis in idem“ in Europa, 2005, 252 ff.). Nur wenn sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind, ist „ne bis in idem“ verletzt. Es geht dem EuGH offenbar um eine möglichst effektive Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Kartellrechts (s. *Baudisch* aaO 246 f.).

Im Hinblick auf **Art. 54 SDÜ**, dem Verbot der Doppelverfolgung nach dem Schengener Durchführungsübereinkommen und damit in erster Linie der Auslieferung natürlicher Personen, vertritt der EuGH demgegenüber ein **weites Verständnis** von „ne bis in idem“ zum Schutz von Grundrechten der Betroffenen. „Dieselbe Tat“ als Verfolgungshindernis versteht sich als „Komplex in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbundenen Tatsachen“ (EuGH, Urteil v. 9.3.2006, Rs. C 436/04, van Esbroeck v. Belgien, Rz 42, *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 10 N 77, *Schomburg* in Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. 2006, Art. 54 SDÜ N 20, näher *Rosbaud/Lagodny*, in Breitenmoser/Gless/Lagodny [Hrsg.], Schengen und Dublin in der Praxis, 2010, 97 ff., 100 ff.). Im Zusammenhang mit Art. 54 SDÜ ist es zudem für ein Verbot der Doppelverfolgung nicht zwingend erforderlich, dass die Personen, die mutmasslich an der Tat beteiligt waren, identisch sind (EuGH, Urteil v. 28.9.2006, Rs. C-150/05 Rz 49/50, dazu *Baudisch* aaO 207).

Es geht bei diesem weiten Verständnis von „ne bis in idem“ stets darum, natürlichen Personen ausreichende prozessuale Garantien und ggfalls Toleranz und Akzeptanz anderer Rechtsordnungen innerhalb des Schengener Rechtsraumes zu ermöglichen (*Schomburg* aaO Art. 54 SDÜ N 46) – nicht aber darum, wie innerstaatlich die hier in Rede stehenden Konfliktsituationen zu lösen sind.

### bbb. EGMR

Sedes materiae von „ne bis in idem“ ist Art. 4 § 1 Protokoll Nr. 7 EMRK-Zusatzprotokoll v. 22.11.1984 im Lichte von Art. 6 und 7 EMRK. Danach darf „niemand wegen einer straf-

baren Handlung, wegen der er bereits nach Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt, verfolgt oder bestraft werden“.

Ursprünglich ausgehend von einem weiten Begriff der **Handlung** (EGMR, Urteil v. 23.10.1995, Nr. 33/1994/480, 562, Gradlinger v. Österreich), präzisierter EGMR in der Folge den Handlungsbegriff („same essential elements“, s. EGMR, Urteil v. 3.10.2002, Nr. 13596/02, Fischer v. Österreich, s. zuvor Urteil v. 31.10.1998, Nr. 84/1997/868/1080, Oliveira v. Schweiz) und formulierte sodann unter Rückgriff auf ein früheres Urteil 2009 die sog. **Engelkriterien** (EGMR, Urteil v. 10.2.2009, Nr. 14.939/03, Zoltukin v. Russland, bestätigt durch Urteil v. 16.6.2009, Ruotsalainen v. Finnland, Nr. 13.079/03 und Urteil v. 14.1.2010, Tsonev Nr. 2 v. Bulgarien, Nr. 2.376/03). „The first criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence and the third is the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. The second and third criteria are alternative and not necessarily cumulative“.

Im Vordergrund dieser Entscheidungen stand stets die Frage, ob ein einziger Normadressat mehrfach sanktioniert werden darf. Für unseren Zusammenhang (Auswirkungen von ne bis in idem bei Sanktionierung von Unternehmen und natürlicher Person) ist wesentlich die Entscheidung Isaksen v. Norwegen v. 2.10.2003, Nr. 13596/02. Es ging um einen Steuerbetrug durch die Gesellschaft des Betroffenen und um „tax surcharge“, die wegen desselben Verhaltens dem Betroffenen persönlich auferlegt wurde. Der EGMR verneinte einen Verstoss gegen das Verbot der Doppelbestrafung: „Although there was a close nexus between the company’s and his own tax evasion, the sanctions concerned two distinct legal entities“. Die zwei in Rede stehenden Verstösse waren deshalb „entirely separate and differed in their essential elements“. In **wirtschaftlichen Bezügen** scheint sich der **EGMR** daher der **Spruchpraxis des EuGH** im Gemeinschaftskartellrecht **anzunähern**.

ccc. Schlussfolgerungen

„The application of the ne bis in idem principle in cases of parallel prosecution of natural and legal persons remains unsolved (by the European Court of Justice and the European Court for Human Rights)“ (*Adam/Vermeulen/de Bondt* aaO, 424). In der Tat macht sich der Eindruck breit, dass ne bis in idem nicht als fixe Grösse verstanden wird, sondern als Prinzip, das **funktional** auf die einschlägigen Zwecke hin **ausgelegt wird**. Deshalb sind auch die Strukturen der Verantwortung für natürliche Personen und für juristische Personen mit einzubeziehen.

Folgende Schlussfolgerungen lassen sich vergrößernd ziehen:

- Nach **EuGH** zum Gemeinschaftskartellrecht und Europäischer Kommission (v. 5.12.2001, „Zitronensäure“, ABl. 2002 Nr. L 239/18 Rz 334) scheint für die hiesige Fragestellung ausschlaggebend zu sein, dass nicht Personenidentität vorliegt, sondern es sich um **zwei unterschiedliche Personen** handelt – ne bis in idem also nicht berührt wäre. In diesem Sinne lässt sich auch EGMR Isaksen v. Norwegen verstehen, wobei freilich wohl zudem der Vorwurf nicht gänzlich deckungsgleich war. In der Tat mag im Hinblick auf die effektive Durchsetzung des Gemeinschaftskartellrechts eine strikt formale Sichtweise (keine Täteridentität bei natürlicher Person und Juristischer Person) berechtigt sein. Innerstaatlich sind **zusätzliche Erwägungen** geboten.



- Ne bis in idem ist **niemals berührt**, soweit ein **aliud** bei dem **Vorwurf** besteht. Dies ist eindeutig der Fall, wenn eine Leitungsperson/ein Mitarbeiter wegen eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Kartellverstosses, das Unternehmen dagegen Verantwortlichkeit trägt wegen eines originären Organisationsverschuldens. Diese Sach- und Rechtslage ist klar gegeben bei der Analogie der Haftungsgrundlagen des Unternehmens zu Art. 102 StGB (s.o. 1. c. bb, s. *Niggli/Gfeller* BSK-StGB 2. Aufl. 2007 Art. 102 N 408, aber auch *Niggli/Riedo*, BSK-KG N 22 vor 6. Abschnitt). Ein aliud des Vorwurfs liegt aber auch dann vor, wenn, wie hier empfohlen, die Verantwortlichkeit des Unternehmens stärker individualisiert wird und auf eine unerlaubte kollektive Risikoschaffung durch unternehmensinterne Defizite abgestellt wird. An einer solchen starken Individualisierung und Ausrichtung der „Belastung“ am konkreten Unternehmen kommt auch die h.M. (s.o. 1. c. aa) jedenfalls dann nicht vorbei, wenn sie, wie reformpolitisch erwogen, Compliance-Programme zu bewerten hat (s.o. 1. d.). Demgegenüber ist eine strikte Zurechnung des Kartellverstosses eines Mitarbeiters an das Unternehmen der bislang h.M. (s.o. 1. c. aa) unter dem Aspekt des aliuds des Vorwurfs nicht bedenkenfrei – ist bei dieser rein objektiven Zurechnung doch dem Unternehmen ein von der natürlichen Person unabhängiges Handeln überhaupt nicht möglich. Ob allein die besondere Pflichtigkeit des Unternehmens, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindliche Pflichten erfüllt werden (s.o. 1. c), ohne weiteres ein aliud des Vorwurfs begründet, erscheint fraglich.

Unter dem Aspekt des anders gearteten Vorwurfs als problematisch erscheinen bestimmte Formen der **Geschäftsherrenhaftung**. So kann der Vorwurf lauten, dass die Leitungsperson nicht alle notwendigen organisatorischen Vorkehrungen unternommen hat, einen Kartellverstoss durch Untergebene wirksam zu verhindern (vgl. BGE 122 IV 9 „von Roll“, BGE 125 IV 9 „Rothornbahn“, s.o. 2. c) und die Leitungsperson deshalb wegen des Kartellverstosses strafbar ist (Art. 11 StGB iVm Art. 53a E-KG April 2010). Der Vorhalt eines identischen Vorwurfs bei der „Belastung“ des Unternehmens lässt sich dann widerlegen, wenn in Rechnung gestellt wird, dass für Organisationen als Zusammenfassung einer Vielzahl von Personen und Know-How rechtlich eine höhere und andere Messlatte gilt (vgl. *Heine*, in *Niggli/Amstutz* aaO 108, s.o. 2 c). Je mehr sich aber natürliche Personen und Juristische Personen phänomenologisch nähern bzw. gleichen, desto eher ist von einem identischen Vorwurf auszugehen.

- Ne bis in idem ist **stets verletzt**, wenn bei einem im Wesentlichen identischen Vorwurf nach **wirtschaftlicher Betrachtungsweise** tatsächlich eine einzige Person doppelt belastet wird. Dies ist stets der Fall bei einer **Einzelfirma** (*Niggli/Gfeller* BSK-StGB Art. 102 N 409, *Hangartner*, in *Stoffel/Zäch*, Kartellgesetzrevision 2003, 278 f., *Forster* Verantwortlichkeit aaO 128). Bereits im geltenden KG kann dieser Verstoss gegen ne bis in idem eintreten, so etwa, soweit natürliche Personen bereits zum Adressatenkreis von Art. 49a KG zählen (s. *Borer* KG Art. 49 N 6, *Wiprächtiger/Zimmerlin*, in *Niggli/Amstutz*, aaO, 207, s. auch *Niggli/Riedo* Verwaltungsstrafrecht Teil 2, 2010, 70, *Jaag*, FS-Schmid, 2001, 581).
- **Administrativsanktion** und **Strafsanktion** können einer einzigen Person kumulativ auferlegt werden, wenn sich die verletzten Rechtsgüter und Ziele ausreichend unterscheiden (EGMR: „adequate difference in their essential elements“). Die blosser Bezeichnung spielt dabei keine Rolle. Deshalb löst die Firmierung der Sanktion als „Belastung“ des Unternehmens das Problem nicht. In Frage kommen aber neben Krimi-

nalstrafen für natürliche Personen etwa Berufsverbote. Insgesamt muss freilich eine Verhältnismässigkeit der Sanktionen gewährleistet sein.

- In jedem Fall steht das **Verhältnismässigkeitsprinzip** zur Verfügung, um inadäquaten Sanktionen im Einzelfall ausgleichend gerecht zu werden. Bei finanziellen Sanktionen ist eine Verrechnung entsprechend des Unwerts der Tat und der finanziellen Kapazitäten des Betroffenen vorzunehmen.

#### e. Vorsatz/Fahrlässigkeit

Im Rechtsvergleich wird **fahrlässiges Verhalten** von natürlichen Personen im Kartellstrafrecht nur gelegentlich erfasst – so in Dänemark (recklessness), den Niederlanden (beschränkt auf fines), in Deutschland (beschränkt auf Geldbussen; s. § 81 Abs. 4 GWB i.V.m. § 17 Abs. 2 OWiG, maximal 500'000 Euro), Spanien oder in der Sache gleich mittels einer Zustimmungsvermutung der Leitungsperson (Irland) (s. *Dannecker/Jansen* aaO, 395, 593, 739, 823). In der Tat stellt sich angesichts dieser Zurückhaltung die Frage, ob die Erfassung eines fahrlässigen Verstosses bei Hard-Core-Kartellen überhaupt Sinn macht und praktisch werden kann.

Von eher akademischen Interessen mag sein, dass bei einem Tatbestandsirrtum, etwa über ein Kriterium der unzulässigen Abrede iSv Art. 53 KG n.F. E-April 2010, Strafbarkeit für fahrlässiges Handeln bereit steht. Von grösserer praktischer Bedeutung ist dagegen ggfalls die **fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung (Geschäftsherrenhaftung)** – wobei diese Konzeption deshalb umstritten ist, weil es um eine Fahrlässigkeitshaftung für Vorsatztaten Dritter geht (vgl. *Arzt* aaO, aber auch *Stratenwerth* Strafrecht AT I, 3. Aufl. 2005, § 17 N 2 ff., zum Problem auch *Riedo/Niggli* BSK-KG, Art. 54 N 19). Um solche Fälle zu erfassen, wurde in Irland die erwähnte Zustimmungsvermutung aufgestellt. In der Schweiz stünde ggfalls auch Art. 6 II VStrR zur Verfügung (s. Variante Verwaltungsstrafrecht).

Im Übrigen irritiert, dass, wie in Vorentwürfen gelegentlich erwogen, die in Art. 53a Abs. 2 KG n.F. vorgesehene Sanktion im Falle von Fahrlässigkeit „**Busse**“ bis zu Fr. 100'000.--betragen könnte. Unklar ist, weshalb der Gesetzgeber hier anstelle von Geldstrafe Busse vorsieht. Möglicherweise will er das Tagessatzsystem vermeiden. Dann aber wären die Gründe dafür klar anzusprechen. Im Übrigen scheidet bei Einordnung als Busse eine bedingte oder teilbedingte Verhängung, anders als bei der Geldstrafe (Art. 43 StGB), aus. Deshalb erscheint es zweifelhaft, im Hinblick auf den geringeren Unrechtsgehalt eine praktisch uU schärfere Sanktion vorzusehen, nehmen wir leichte Fahrlässigkeit in Betracht.

Die Rückstufung zu einer **Übertretung** hätte im Übrigen Auswirkungen auf die Strafbarkeit bei Begleichung der Busse durch das Unternehmen. So wird häufig vorgetragen, dass finanzielle Sanktionen gegenüber natürlichen Personen ohne Weiteres aus der grossen Unternehmenschatulle ersetzt würden, mithin kein spürbarer Effekt erzielbar sei. In der Tat wird bei der **Übernahme** von Verwaltungsanktionen und auch Geldbussen, die natürlichen Personen auferlegt werden, durch ein Unternehmen verstärkt vertreten, dass dies mangels persönlichen Charakters der Sanktion **legal** möglich sei (s. zB *Trechsel/Affolter-Eijsten*, StGB PK 2008, Art. 305 N 11 m. weit. Nachw.). Demgegenüber ist bei der Übernahme einer Geldstrafe oder der Kompensation für einen Freiheitsentzug durch das Unternehmen in der Schweiz – im Gegensatz zu Nachbarländern – nach wie vor weithin anerkannt, dass es sich um strafbare Vollstreckungsbegünstigung handelt (Art. 305 StGB, s. *Stratenwerth/Bommer*, Strafrecht BT II, § 55 N 10 m. weit. Nachw.). Zudem kommt un-

getreue Geschäftsbesorgung in Betracht (Art. 158 StGB). Deshalb mutet es kurios an, die Deliktskategorie zu ändern mit der Folge, dass bei Vorsatz die Geldstrafe nicht vom Unternehmen ersetzt werden darf, bei Fahrlässigkeit dagegen schon!

Insgesamt ist einer Fahrlässigkeitshaftung nur beizutreten, wenn der genannte Fall der fahrlässigen Aufsichtspflichtverletzung als besonders strafwürdig angesehen und für Irrtum ein Auffangtatbestand für notwendig erachtet wird (vgl. hier *Heinemann* aaO 615, der für Beschränkung auf Vorsatz - Strafbarkeit plädiert). Dann empfiehlt sich die Bestrafung mit „**Geldstrafe**“. Dies bedeutet, dass der verschuldete Unwert des Fahrlässigkeitsdelikts mit maximal 360 Tagessätzen abgegolten werden kann (Art. 34 I StGB). Ein Tagessatz beträgt höchstens 3000.- Franken, seine Höhe richtet sich nach den konkreten persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters (Art. 34 II StGB). Ggf. kann die Anzahl der Tagessätze gesetzlich reduziert werden, etwa auf maximal 180.

## f. Strafen

### aa. Allgemein

Die in Art. 53a E-KG vorgesehenen Strafen (Vorsatz: bis zu drei Jahre oder Geldstrafe, Fahrlässigkeit: Busse bis Fr. 100'000.--) bewegen sich auf internationalem Niveau. Bspw. sanktionieren Belgien, Irland und Grossbritannien Kartellrechtsverstösse mit Freiheitsstrafe bis 5 Jahre, in Frankreich droht eine 4jährige Freiheitsstrafe (*Dannecker/Jansen* aaO 1 ff). In Deutschland ist bei wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB) die maximale Freiheitsstrafe 5 Jahre. Dabei muss sich von selbst verstehen, dass bei der Verhängung von Freiheitsstrafen ein entsprechend anspruchsvolles Verfahrensrecht vorzusehen ist, d.h. es verbietet sich strikt die Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes.

### bb. Variante: individuelle finanzielle Verwaltungssanktionen?

Im Hinblick auf die Implementation der Freiheitsstrafen ist *Carl Baudenbachers* Skepsis in Erinnerung zu rufen (s.o. 2. a.)

Die von ihm stattdessen vorgeschlagenen individuellen finanziellen Verwaltungssanktionen (Gutachten *Baudenbacher* aaO, 148) dürften aber trotz ihrer Etikettierung **ahndenden Charakter** haben und jedenfalls ab einer gewissen spürbaren Höhe (die praktisch stets erreicht sein muss, will man den im Gutachten Baudenbacher erwünschten Effekt erzielen) nach quasi-strafrechtlichen Gesichtspunkten zu behandeln sein (vgl. allgemein *Zimmerli* aaO 452 ff., sowie die Nachw. b. *Niggli/Riedo*, BSK-KG, N 43 vor 6. Abschnitt).

Diese Nähe zu repressiven Geldstrafen kommt im Gutachten *Baudenbacher* aaO, 148 selbst zum Ausdruck, geht es doch davon aus, dass in diesen Fällen der „Schuldvorwurf“ den handelnden Mitarbeiter trifft, dessen Handeln nunmehr „ahndungsfähig“ wäre. Schwerlich lassen sich Rechtsfolgen auf massgebende Funktionsprämien des Strafrechts stützen, ohne das Kind beim richtigen Namen zu nennen. Eine rigorose finanzielle Individualsanktion mit Ahndungscharakter hat ihren rechtsstaatlichen Preis im Hinblick auf Garantien bei der Zuweisung von Verantwortung und dem korrespondierenden anspruchsvollen Verfahren! Erneut genügt das VwVG als Verfahrensrecht nicht.

Massgebend soll offenbar ein **strenges Organisationsverschulden** sein auf der Grundlage des Vorsorgeprinzips sein. Ordnungsgemässe Compliance solle zur Minderung des Organisationsverschuldens des Unternehmens führen. „Parallel dazu würde der Schuldvorwurf auf den handelnden

Mitarbeiter zurückfallen, dessen Handeln nunmehr selbst durch eine individuelle Verwaltungssanktion ahndungsfähig wäre“ (Gutachten *Baudenbacher*, 148).

Soweit damit gemeint ist, dass der Kartellverstoss des handelnden Mitarbeiters mit dieser Geldsanktion „geahndet“ werden soll, sind strafrechtliche Verschuldens-Grundsätze zu beachten, mit der Konsequenz der Bemessung der Busse nach den **individuellen** Verhältnissen, also Einkommen und Vermögen des „Täters“ (s. *Hauri*, Verwaltungsstrafrecht, 1998, 23 f. zu Art. 8 VStrR). Die erhoffte gesteigerte Abschreckungswirkung für Unternehmen (!) lässt sich so schwerlich erreichen.

Soweit dagegen in diesen Fällen ein Organisationsverschulden von Leitungspersonen mit für das Unternehmen (!) spürbaren Bussen geahndet werden soll, ist nach allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts seitens der Behörde der Beweis zu führen, dass bei ordnungsgemässer Compliance der Kartellverstoss ausgeblieben wäre – was zu dem bekannten unendlichen Regress führen würde (s.o. 1). Striktere Haftungsvoraussetzungen sind bei Unternehmen denkbar (s.o. 1), wie o. 1. c. belegt wurde.

Im Übrigen könnten diese finanziellen Individualsanktionen leicht und völlig legal von **Unternehmen übernommen** werden. Leicht deshalb, weil sich die Sanktionshöhe nach den individuellen finanziellen Verhältnissen der natürlichen Person bemisst, legal deshalb, weil es, wie o. 2. e. erläutert, um blosse Geldbussen geht.

Damit empfiehlt sich, das gewünschte Kind beim wirklichen Namen zu nennen und **Kriminalgeldstrafen** einzuführen.

#### cc. Geldstrafen oder Freiheitsstrafen?

Bei der Frage der Einführung von **Freiheitsstrafe** ist zu berücksichtigen, dass die AT-Reform von 2007 erstens die Variationsbreite bei den Sanktionen erhöht und dabei anstelle einer Geldstrafe auch gemeinnützige Arbeit in Frage kommt (Art. 37 StGB). Zweitens begünstigen Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren die Verhängung kurzer Freiheitsstrafen. Dies steht im Widerspruch zu den Anliegen der AT-Reform von 2007, geht es doch darum, kurze unbedingte Freiheitsstrafen zurückzudrängen (s. *Heine* recht 2009, 1 ff.).

Anderes könnte jedoch dann gelten, wenn sich der Gesetzgeber auf der Grundlage der Vernehmlassung vom 30. Juni 2010 dazu entschliessen sollte, die kurze unbedingte Freiheitsstrafe durch eine Reform der Reform wieder einzuführen (Änderung von Art. 40 StGB und Streichung von Art. 41 StGB). Entgegen dem internationalen Trend und den seit Jahrzehnten vorgebrachten, nach wie vor gültigen Einwänden, besteht der Erl. Bericht (S. 9 f.) darauf, dass „kurze Freiheitsstrafen gewisse Täter besser vor weiterer Delinquenz abhalten und Freiheitsstrafen die Vergeltungsbedürfnisse der Rechtsgemeinschaft besser zu befriedigen vermögen als blosse Geldstrafen“.

#### g. Umsetzung Motion Schweiger in concreto

Für den Fall der Umsetzung der Motion Schweiger und der parlamentarischen Initiative Kaufmann wird neu durch die Einführung von Kriminalstrafen gegenüber natürlichen Personen hervorgehoben, dass gravierende Wettbewerbsverstösse **keine Kavaliersdelikte** sind, sondern eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung darstellen, die im Interesse der Allgemeinheit wirksamen Sanktionen unterworfen werden müssen. Es geht dabei um den **Schutz des „freien“ 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 den Schutz von Gemeininteressen durch Art. 305<sup>bis</sup> StGB (BGE 129 IV

322). Die zugrunde liegende Idee ist, Zustände zu verhindern, in denen rechtswidrige und daher wettbewerbsfeindliche Abreden (vgl. Art. 1, Art. 5 Abs. 3 KG) getroffen wurden und deshalb die Gefahr einer Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs erhöht wird.

Die neu vorgesehene Strafvorschrift für natürliche Personen beschränkt die Strafbarkeit auf **horizontale Absprachen**, also zwischen Unternehmen gleicher Wirtschaftsebenen. Denn es ist mittlerweile weithin gesichert, dass vertikale Absprachen deutlich weniger gefährlich für den Wettbewerb sind als horizontale Absprachen. Dies hängt damit zusammen, dass bei horizontalen Absprachen, insbesondere bei Ringabsprache, eine typische wirtschaftspolitisch gefährliche Tendenz zur Wiederholung der Absprache ins Spiel kommt. Da mit Kriminalstrafe nur besonders strafwürdige Verhaltensweisen erfasst werden sollen, spricht nichts dagegen, unterhalb der Kriminalstrafe den geringeren Unwert von vertikalen Absprachen zu erfassen. Deshalb erscheint es zulässig, im Verantwortlichkeitsbereich von **Unternehmen** im Wege einer „Belastung“ vertikale Absprachen zu erfassen. Diese Differenzierung führt nicht etwa zu einem schweizerischen Sonderweg, sie findet sich vielmehr dem Grunde 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 einer Strafvorschrift mit Art. 5 Abs. 3 KG, verbietet sich. Denn gegen einen solchen verwaltungsakzessorischen Straftatbestand sprechen zwei Gründe: Soweit die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in Art. 5 Abs. 4 KG beibehalten wird, würde dies eine Abweichung von dem rechtsstaatlichen Grundsatz „in dubio pro reo“ bedeuten, die nach schweizerischem Verständnis bei der Verhängung von Kriminalstrafen nicht hingenommen werden könnte. Soweit dagegen bei der Revision die Vermutungsklausel des Art. 5 Abs. 4 KG gestrichen werden sollte, könnten vertikale Vereinbarungen dann sanktioniert werden, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Erheblichkeit und die Effizienzvorteile werden im Gesetz nicht mehr beschrieben. Eine Verklammerung der Strafvorschrift mit diesen unbestimmten Rechtsbegriffen würde dem Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) bei Kriminalstrafen zuwiderlaufen. Denn, wie oben gezeigt (II. 1. a. aa), kommt durch diese unbestimmten Rechtsbegriffe der Exekutiven bzw. dem Gericht in hohem Masse Rechtsfindungs- und Gestaltungsfunktion zu. Dies ist im Hinblick auf die adäquate Vorhersehbarkeit von Sanktionen wegen der Eingriffstiefe von Freiheitsstrafen 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 Rechtsfolgen (dazu *Hassemer/Dallmeyer*, Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbussen und das Grundgesetz, 2010, 21 ff.), bestehen keine Bedenken, bei der „Belastung“ von Unternehmen Art. 5 KG zum Zuge kommen zu lassen.

Folglich kann die Lösung nur in der Herausbildung eines abstrakten Gefährungsdelikts gesehen werden. Es geht darum, dass der Gesetzgeber bestimmte Verhaltensweisen, die horizontale Absprachen zum Gegenstand haben, bereits **per se als so gefährlich erachtet**, dass er sie deshalb generell verbietet. Erfasst wird, anders als gelegentlich in Nachbarstaaten, nicht erst die Abgabe eines entsprechenden Angebots, sondern bereits die **Mitwirkung** an einer horizontalen Abrede (vgl. auch *Achenbach*, *wistra* 1999, 243). Damit werden Tätigkeiten erfasst, die 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 Wettbewerbs.

Eine zu extensive Strafbarkeit wird dadurch nicht begründet, wie umgekehrt sich die Strafbarkeit des Versuchs verbietet. Obgleich die Gefährlichkeit der Absprachen als solcher anerkannt ist, greift Kriminalstrafrecht etwa in Deutschland bei wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB Deutschland) im Vergleich zu Art. 53a Abs.1 E-KG erst später ein. Voraussetzung für Strafbarkeit ist dort, dass erstens eine Absprache getroffen wurde und zweitens aufgrund dieser Absprache ein Angebot dem Veranstalter zugegangen ist (Heine, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 298 N 8, 19 m. weit. Nachw.). Demgegenüber ist die Mitwirkung an Absprachen als solchen „nur“ als Ordnungswidrigkeit erfasst, § 81 Abs. 1 GWB erfasst solche abgestimmten Verhaltensweisen oder rechtswidrigen Absprachen per se. Freilich ist eine Geldbusse bis zu 1 Mio. Euro vorgesehen (§ 81 Abs. 4 GWB), die aber als nicht-kriminelle Sanktion gilt. Weder bei § 298 StGB noch bei § 81 GWB ist der Versuch sanktionierbar.

In der Schweiz ist nach dem neuen Art. 53a Abs. 1 E-KG unproblematisch die Abgabe eines Angebotes auf der Grundlage der Abrede an einen Veranstalter einer Ausschreibung erfasst. Weitergehend als in den Nachbarstaaten mit Kriminalstrafe (aber auf einer Wertungslinie mit der scharf sanktionierbaren Ordnungswidrigkeit in Deutschland) liegt die Sanktionierbarkeit der Abrede. Für Strafbarkeit nach Art. 53a E-KG erforderlich ist dabei ein Verständigungsakt zwischen mindestens zwei Unternehmen. Dies ergibt sich – auch in Übereinstimmung mit der Rechtslage im Ausland (vgl. Heine, in Schönke/Schröder, § 298 N 11) – durch die für den freien Wettbewerb gefährliche Selbstbindung der Unternehmen. Daraus folgt, dass bloße Kontakte und Auslotungsgespräche, um Interessenten zu finden, nicht strafbar sind (ebenso in Deutschland Bundesrats-Drucksache 219/1/82, 7, Tiedemann, in Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl. 2010, N 32). Umgekehrt ist der Straftatbestand bereits vollendet, wenn ein Unternehmen zur Vorbereitung einer Abrede mindestens einem anderen Unternehmer schriftlich einschlägige Unterlagen zur Gestaltung der Abrede eingereicht hat und diese Unterlagen dem anderen Unternehmer zugegangen sind. Denn mit Zugang ist eine gefährliche unternehmerische Selbstbindung erfolgt. Entsprechend dem Charakter des Art. 53a E-KG als Sonderdelikt kommen als sonderpflichtige Mitwirkungshandlungen nur solche in Frage, mittels denen die anvisierte Abrede tatherrschaftlich gestaltet werden kann. Eine darüber hinausgehende Notwendigkeit, mittels Versuchsstrafbarkeit den Anwendungsbereich von Art. 53a E-KG weiter vor zu verlagern, besteht nicht.

Dies hat zur Folge, dass das Kartellgesetz von dem bislang für Unternehmen geltenden Missbrauchsansatz bei natürlichen Personen formal Abschied nehmen muss; dieser abstrakte Gefährdungstatbestand bedeutet die Einführung eines per se-Verbots bei natürlichen Personen. Eine Alternative hierzu besteht nicht. Dieser Perspektivenwechsel entspricht aber der Gesetzgebung vieler europäischer Staaten.

Dadurch werden natürliche Personen nicht über Gebühr in die Pflicht genommen. Um Fehlentwicklungen in ausländischen Rechtsordnungen vorzubeugen (vgl. Dannecker NK, § 298 N 21, 47c), ist eine strikte Bindung an das KG zu gewährleisten (vgl. Art. 1 KG). Dessen Wertungen und Gegebenheiten sind zu berücksichtigen. Dies hat Einschränkungen der Strafbarkeit zur Folge in Fällen, in denen eine Verletzung des Wettbewerbs schlechterdings nicht eintreten kann, bestimmte Wettbewerbsabreden ausdrücklich für

zulässig erklärt worden sind (s. Art. 8 KG), oder aus sonstigen Gründen die gesetzlichen Wertungen des KG gegen eine Strafbarkeit natürlicher Personen sprechen. Dies ist der Fall bei einer Meldung nach Art. 49a Abs. 4 lit. a-c, die zu einem Entfallen der Belastung für das Unternehmen führt. Gleiches gilt, wenn die Wettbewerbsabrede bei Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Diesen Besonderheiten könnte zwar durch eine teleologische Reduktion des Straftatbestandes durch das Strafgericht Rechnung getragen werden. Zur Klarstellung empfiehlt sich aber eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in Art. 53a Abs. 3, wonach die Tat unter diesen Voraussetzungen nicht strafbar ist.

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 **Art. 29 StGB** (Spezialregelung für die Übertragung von Pflichten, welche die Juristische Person betreffen, auf die natürliche Person; gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 2 VStrR, je nach realisierter Verfahrensvariante) zwingend 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 Art. 29 StGB für ihn handelnden Organe, Gesellschafter, Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen oder tatsächliche Leiter verwirklichen können. Zu beachten ist hier, wiederum je nach gewählter Verfahrensart, Art. 6 VStrR (Geschäftsherrenhaftung des Nebenstrafrechts). Strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden nicht nur der in Art. 29 StGB genannte Personenkreis, sondern, entsprechend der neuen Bedeutung von Compliance-Massnahmen, auch der zuständige Compliance-Officer (vgl. o. 1. c. dd. aaa.). Für Beteiligte ausserhalb des in Art. 29 StGB genannten Kreises, also etwa **Mitarbeiter aus dem mittleren oder unteren Management**, welche die Voraussetzungen von Art. 29 StGB nicht erfüllen, ist Art. 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. Art. 26 des neuen AT hat die bisherige Unübersichtlichkeit durch eine einfache Regelung geklärt.

Die Motion Schweiger (vgl. auch *Heinemann* aaO 615) beschränkt die Strafbarkeit auf vorsätzliche Verstösse. 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 die Strafbarkeit im Ausland 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. Eine Erfassung auch der leichten Fahrlässigkeit hätte im Übrigen angesichts des geringen Unrechtsgehalts eine Rückstufung zu einer blossen Übertretung zur Folge. Dann würde aber eine widersprüchliche Konsequenz in Fällen eintreten, in denen die finanzielle Strafe, die natürlichen Personen auferlegt wurde, von dem Unternehmen ersetzt wird. Denn vorherrschend wird in der Doktrin vertreten, dass die Erstattung von Geldbussen durch ein

Unternehmen mangels persönlichen Charakters der Sanktion nicht verboten sei. Demgegenüber wird die Übernahme einer Geldstrafe oder die Kompensation für einen Freiheitsentzug als strafbare Vollstreckungsbegünstigung eingestuft (Art. 305 StGB, vgl. z.B. *Trechsel/Affolter-Eijsten*, StGB PK 2008 Art. 305 N 11 m. weit. Nachw.). Deshalb ist auf Strafbarkeit von **Fahrlässigkeit zu verzichten**.

Anders als gelegentlich in ausländischen Rechtsordnungen, besteht kein Anlass, den **ausländischen Wettbewerb** als solchen unbesehen 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 Art. 53a als abstraktes Gefährdungsdelikt ist eine gesetzliche Regelung vonnöten. Denn abstrakte Gefährdungsdelikte 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 Art. 8 StGB zu bejahen (vgl. zB BGE 118 Ia 137, 141). Deshalb wäre Art. 53a bei schädlichen inländischen Auswirkungen einer im Ausland getroffenen Abrede nicht anwendbar. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung ist deshalb geboten.

Art. 53a Abs. 4 schliesst diese Lücke. Er verweist auf Art. 2 Abs. 2 KG und harmonisiert dadurch die Strafvorschrift mit den sonstigen Wertungen des KG bei Auslandsachverhalten.

Nachfolgend findet sich der Gesetzesvorschlag:

#### Art. 53a Mitwirkung an unzulässigen Wettbewerbsabreden

- <sup>1</sup> Wer entgegen Artikel 1 vorsätzlich an einer Wettbewerbsabrede 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, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.
- <sup>2</sup> Der Versuch ist nicht strafbar.
- <sup>3</sup> Die Tat nach Absatz 1 ist nicht strafbar, wenn:
  - a. die Wettbewerbsabrede gemäss Art. 49a Abs. 4 gemeldet wurde und solange die Belastung für das Unternehmen aufgrund der Meldung entfallen und nicht gemäss Art. 49a Abs. 4 wieder aufgelebt ist;
  - b. die Wettbewerbsabrede bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist;
  - c. der Bundesrat eine Wettbewerbsabrede nach Art. 8 zugelassen hat.
- <sup>4</sup> Wird die Tat nach Abs. 1 im Ausland begangen, so ist Art. 2 Abs. 2 anwendbar.

### 3. Alternative Sanktionen

Im internationalen Trend liegen **alternative Sanktionen**, die ergänzend zu finanziellen Sanktionen und Freiheitsstrafen treten oder diese sogar ersetzen. Es geht um



- das **Verbot bestimmter Tätigkeiten**, wie z.B. den Abschluss von bestimmten Verträgen, Einschränkungen der Tätigkeit oder
- die Pflicht, zur **Garantie von Compliance** ein vier-oder sechs Augen-Prinzip beim Abschluss von Verträgen vorzusehen. Oder sonstige (erzwingbare) Auflagen zur Optimierung der bisherigen betrieblichen Vorkehrungen. Thema ist weiter
- die **Suspendierung von Rechten**, wie etwa das Verbot, sich an Ausschreibungen zu beteiligen, oder
- der **Ausschluss von Vorteilen**, etwa Anträge auf Subventionen stellen zu dürfen (näher *Wils* aaO 301, *Rodger* in *Dannecker/Jansen* aaO 131 ff., *Heinemann*, FS-Roland von Büren, 617 f.; vgl. *Achenbach* aaO I. 1. N 7 f.).

Diese alternativen Sanktionen sind klassisch bald im Verwaltungsrecht angesiedelt, bald, so der neuere Trend, im Strafrecht. Es geht darum, zielgenau besondere Gefahren für den Wettbewerb zu bekämpfen, und zwar befristet - wofür das Verhältnismässigkeitsprinzip Sorge trägt. Der Auftrag für das Rechtsgutachten beschränkt die Fragestellung auf natürliche Personen. Je nach Zuschnitt der Reform im Laufe des Gesetzgebungsprozesses darf aber nicht aus den Augen verloren werden, dass derartige steuernde Massnahmen, die ggfalls auch mit zusätzlichen rechtlichen Druck versehen werden können (z.B. Art. 292 StGB), prinzipiell auch geeignet erscheinen, Gefahren, die aus **Unternehmen** herrühren, stärkerer rechtlicher Kontrolle zu unterwerfen. Dies ist vor allem dann naheliegend, wenn es darum geht, ungenügende Compliance-Programme rechtlich zu disziplinieren.

#### a. Allgemein: Verwaltungsrecht oder Strafrecht?

Der E-KG vom 1.4.10 schlägt vor, für schwere Verstösse gegen das Kartellrecht in Anlehnung an das FINMAG ein **verwaltungsrechtliches** Sanktionsinstrumentarium gegen **natürliche Personen** einzuführen. Mit der **Einziehung** von Lohnbestandteilen und Bonuszahlungen, welche infolge des Kartellverstosses erzielt wurden, soll verhindert werden, dass sich Wettbewerbsverstösse lohnen (Art. 52b KG-neu). Und mit einem auf maximal fünf Jahren befristeten **Tätigkeitsverbot**, in leitender Stellung bei dem sanktionierten Unternehmen beschäftigt zu sein, soll eine schwere Verletzung kartellrechtlicher Bestimmungen „geahndet“ werden (Erl. Bericht, 2.7.1, S. 51). Gegebenenfalls sollte, so der Erl. Bericht (1.2.7.2, S. 26), auf Kriminalstrafen verzichtet werden, könne doch so die Abschreckungswirkung erhöht werden, ohne verschiedene Verfahrensrechte und doppelspurige institutionelle Strukturen vorsehen zu müssen.

Auf den ersten Blick erscheint dieser Weg sympathisch. Man kann sich freilich nicht des allgemeinen Eindrucks erwehren, dass präventiv wirksame Verwaltungssanktionen eingeführt werden sollen, ohne in das Gehege des Strafrechts, vor allem des gebotenen anspruchsvollen Verfahrensrechts (vgl. Variante 1 StPO bzw. VStrR), zu geraten. Dann ist es aber ein Missgriff, von „Ahndung“ zu sprechen. Denn klar muss sein, dass unter der Firmierung als besonderem Verwaltungs-Polizeirecht die öffentliche Gefahrenabwehr ganz im Vordergrund stehen muss bzw. die Behebung von gefährlichen Missständen (vgl. Art. 31 FINMAG, Art. 51 VAG, Art. 20 Abs. 1 GwG). Unter diesem Deckmantel dürfen strafrechtliche Institute nicht kurzerhand ausgespielt werden. Es handelt sich dabei gewiss um eine heikle Gratwanderung.

Aber steht nicht entgegen, dass **Einschränkungen der Berufsausübung nach Verwaltungsrecht** traditionell entweder eine bewilligungspflichtige berufliche oder gewerbliche

Tätigkeit voraussetzen oder jedenfalls einen Bereich, der, wie im FINMAG, BEHG, VAG oder GwG, **aufsichtsrechtlicher Kontrolle** unterliegt? So war doch ein Gesichtspunkt bei der Reform von Art. 67 StGB, die Zuständigkeit des Strafrechts (auch bzw. gerade) dort zu begründen, wo es an den genannten Voraussetzungen fehlt. Einzubeziehen in diese strafrechtliche Massnahme waren „Wirtschaftskriminelle, die sich nur in seltenen Fällen unter den Berufstätigen finden, die einer Berufsbewilligung bedürfen“ (Vorentwurf Strafrecht Allgemeiner Teil *Hans Schultz* 1985, 193, *Haffenmeyer*, BSK-StGB, Art. 67 N 7, vgl. aber *Stratenwerth*, Strafrecht AT II 2. Aufl. 2006, § 1 N 64). Indes sehe ich keine durchschlagenden Gründe, dem Verwaltungsrecht gleichsam als Subsidiär-Kontrolle im Kartellrecht eine präventive Eingriffsmassnahme zuzugestehen. Anstelle einer Generalaufsicht greift, dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend, eine subsidiäre punktuelle öffentliche Kontrolle dann Raum, wenn es zu einer Störung des Funktionierens des Marktplatzes Schweiz durch einen Kartellverstoss gekommen ist.

Als wesentlich erscheint daher vielmehr die Frage, ob die allgemeinen Voraussetzungen zur Grundrechtseinschränkung von Art. 27 BV erfüllt sind (Art. 36 BV) und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ausreichend zum Tragen kommt.

#### **b. Neue Verwaltungssanktion: Einschränkung der Tätigkeit**

Für den Fall, dass Kriminalstrafen gegen natürliche Personen im Zuge der Revision nicht realisiert werden, bedarf es eines anderen, **effektiven Eingriffsinstrumentariums für gravierende Störungen des Funktionierens des Marktplatzes Schweiz durch einen Kartellverstoss**. Das geltende Kartellrecht gebietet daran, dass es bei Kartellverstössen, die zu gravierenden Gefährdungen oder sogar Schädigungen des Wettbewerbs führen, keine Handhabe gegen natürliche Personen, die für die betreffenden Unternehmen handeln, bietet, was in der Motion Schweiger zu Recht bemängelt wird. In der Tat stehen hinter Unternehmen stets natürliche Personen, welche solche konkrete Gefahren für den „freien“ Wettbewerb veranlassen haben. In einer Vielzahl von Ländern steht den zuständigen Behörden deshalb ein zweiarmiges Interventionsinstrumentarium zur Verfügung. Auch in anderen Rechtsgebieten der Schweiz wird mit aufsteigender Tendenz Behörden die Befugnis eingeräumt, bestimmte Organe usw. zur Gefahrenabwehr aus ihren Funktionen zu entfernen (z.B. Art. 33 FINMAG, Art. 20 Abs. 1 Bst. b GwG, Art. 51 Abs. 2 Bst. f VAG). Deshalb soll zukünftig das Bundeswettbewerbsgericht auch befugt sein, gegen diejenigen Personen ein befristetes Tätigkeitsverbot auszusprechen, welche besonders schwerwiegende Kartellverstösse verursacht haben. Mit besonders schweren Verstössen gemeint sind insbesondere Abreden über harte horizontale Kartelle, wie Submissionsabsprachen oder Verstösse gegen Verfügungen des Wettbewerbsgerichts. Wird ein Unternehmen für eine solche gravierende Gefährdung des Wettbewerbs sanktioniert, so kann das Bundeswettbewerbsgericht auf Antrag der Wettbewerbsbehörde der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung beim sanktionierten Unternehmen für eine Dauer bis zu fünf Jahren untersagen.

Dem steht nicht entgegen, dass Einschränkungen der Berufsausübung nach Verwaltungsrecht traditionell berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten voraussetzen, die aufsichtsrechtlicher Kontrolle unterliegen. Denn anstelle einer theoretisch denkbaren eingriffintensiven Gesamtaufsicht tritt, dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend, eine **nachrangige, bloss punktuelle öffentliche Kontrolle** dann ein, wenn es zu einer Störung der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft durch einen Kartellverstoss gekommen ist. Das neue verwaltungsrechtliche Tätigkeitsverbot nach KG unterscheidet sich vom strafrechtlichen Berufs-

verbot nach Art. 67 StGB: Mit der befristeten Tätigkeitseinschränkung nach Art. 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 Art. 67 StGB Rechnung, nämlich dass im Hinblick auf polyvalente Wirtschaftstätter die verbotene Tätigkeit bedenklich unbestimmt beschrieben sei (Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils, 1993, 92 f.). Denn das Tätigkeitsverbot steht in direktem Zusammenhang mit einer durch einen Kartellrechtsverstoss aufgetretenen Schädigung oder Gefährdung der Wirtschaft, und dieser Eingriff ist auf die Wahrnehmung von Funktionen in den betreffenden Unternehmen beschränkt. Zudem ist bei den nach Kartellrecht zuständigen Behörden eine grössere Sachnähe und Fachkunde vorausgesetzt als im Strafrecht nach Art. 67 StGB.

Im Vergleich zu Art. 51 VAG, Art. 33 FINMAG, Art. 20 GwG treten im KG besondere Probleme deshalb auf, weil die „**verantwortliche Person**“ **unklar** ist. In den genannten Spezialgesetzen taucht diese Frage nicht auf, weil es entweder um schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen geht (Art. 33 FINMAG), der Rechtsbrecher als Finanzintermediär genau benannt ist (Art. 20 Abs. 1 lit. b GwG) oder jedenfalls der Personenkreis (Leitungspersonen) spezifiziert ist (Art. 51 Abs. 2 lit. f. VAG). Nach KG kann die „Belastung“ des Unternehmens im Prinzip von jedem Unternehmensangehörigen ausgelöst werden. Ist nun nur die Person gemeint, die den Kartellverstoss aktiv begangen hat? Oder auch jene, die dabei gegebenenfalls aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt haben? Richtet sich die „Verantwortung“ nach dem Organisationsplan oder nach strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Kriterien? Diese Fragen sind bei Art. 52b E-KG (Einziehung) etwas entschärft, weil es um eine Person in leitender Stellung geht und eine Zuordnung durch den Zufluss von Boni und Lohnbestandteilen erleichtert ist.

Soweit dieser Weg weiterverfolgt wird, also klipp und klar sonderpolizeiliche Gefahrenabwehr der Reform die Hand führt, muss diesbezüglich für Klarheit gesorgt werden. **Bestimmtheitserfordernisse** werden dadurch gewahrt, dass auf diejenige natürliche Person abgestellt wird, „welche diesen schweren Kartellverstoss veranlasst, durchgeführt oder nicht verhindert hat“. Gegebenenfalls empfiehlt sich eine Bezugnahme auf Art. 6 VStrR (Geschäftsherrenhaftung).

Aus Verhältnismässigkeitsgründen ist die **Dauer** der Tätigkeitseinschränkung auf fünf Jahre zu befristen. Gegenstand ist die Tätigkeit in leitender Stellung bei jenem Unternehmen, das für den betreffenden schweren Kartellverstoss mit einer Unternehmensgeldbusse „belastet“ wurde. Die Dauer der Tätigkeitseinschränkung richtet sich nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses (*Stratenwerth* Strafrecht AT II aaO § 13 N 19). Abzuwägen ist die Wahrscheinlichkeit und die mögliche Schwere künftiger Kartellrechtsverstösse mit den realen Einbussen, die mit dem Tätigkeitsverbot verbunden sind.

Folgender Gesetzestext wird vorgeschlagen:

#### Art. 52a Einschränkung der beruflichen Tätigkeit

<sup>1</sup> Bei Verstössen gegen Art. 5 Absatz 3 kann derjenigen (natürlichen) Person, welche diesen Verstoss veranlasst, durchgeführt oder entgegen einer Rechtspflicht nicht verhindert hat, die Tätigkeit in leitender oder rechtlich verantwortlicher Stellung bei den von der Sanktion betroffenen (Alt.: bei den am Verstoss beteiligten) Unternehmen (eingeschränkt oder) untersagt werden.

<sup>2</sup> Diese (Einschränkung oder) Untersagung kann für eine Dauer von bis zu fünf Jahren angeordnet werden.

### c. Vorteilsentzug – speziell Pflicht zur Rückzahlung von Boni

#### aa. Allgemein

Die **derzeitige Lösung** zur Entziehung von Vorteilen im Zusammenhang mit dem Kartellverstoss besteht darin, bei der „Belastung“ der Unternehmen mittels das Verschulden überschreitender Busse auch noch die unrechtmässige Kartellrente (den Kartellgewinn) abzuschöpfen. Vor allem mangels einer fixen Obergrenze, aber auch wegen unklarer Berechnung, ist diese Mischsanktion unter Beschuss geraten (*Niggli/Riedo*, BSK-KG, N 85 ff. vor 6. Abschnitt, *Ackermann/Borer*, NZZ v. 1.12.2009, näher *Hassemer/Dallmeyer* aaO, 35 ff., *Achenbach* aaO III. 5. N 47). Wegen der Bemessungsregeln im SVKG, des Verzichts auf Schematisierung im Einzelfall und den Zielen des Gesetzgebers, eine Kalkulation der Sanktion in der Geschäftspolitik zu verhindern, teilt das BVGer diese Bedenken nicht (BVGer, Urteil v. 27.4.2010, B 2977/2007, Publigroup, 89 ff., näher o. 1. c. aa.). Die OECD stuft die Schweizer Lösung sogar als besonders effektiv und modellhaft ein (Nachw. bei *Zimmerli* aaO 206 f.).

Gleichwohl bestehen **Bedenken**, die wohl auch vom BVGer geteilt werden, sei doch Art. 7 EMRK „kaum“ verletzt (BVGer aaO S. 90 Erw. 8.1.7.2, vgl. *Schwarze/Bechtold*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, 15 f., *Meyering*, WuW 2010, 157 ff.). Diese Bedenken werden nicht ausgeräumt durch die Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes – wie die Praxis gerne anführt. Denn von ihm ist kein Zuwachs an Bestimmbarkeit zu erwarten, wenn nicht klar ist, welche Kriterien in Beziehung zueinander zu setzen sind. Denn das Verhältnismässigkeitsprinzip als solches ist gleichsam blind, es ist blosses Instrument, gibt aber keine Bewertungskriterien vor. Anders gewendet: „Was geeignet, erforderlich und angemessen ist, steht in unaufhaltbarer Beziehung zu dem, was mit welchen Mitteln erreicht werden soll“ (*Hassemer*, in BVerfG, NJW 2008, 1136).

Deshalb sind **zusätzliche Kriterien** in die SVKG aufzunehmen (näher *Hirsbrunner/Werner*, Jusletter v. 20.9.2010, 9 ff.), die bspw. auf EU-Ebene stärker vorhanden sind (näher *Kindhäuser*, Frankfurter Kommentar, 2007, Art. 81 N 123 ff., 166 ff.).

Dem Optimierungsgebot des Bestimmtheitsgrundsatzes und damit der je nach Art. der Normadressaten und der Umstände gebotenen Konkretisierung der Vorhersehbarkeit der Sanktionsfolge entsprechend sollte unterschieden werden zwischen den unterschiedlichen Typen verbotener Verhaltensweisen. So empfiehlt sich, entsprechend der unterschiedlichen Gefährlichkeit Hardcore-Kartellverstösse von anderen abzuschichten. Zu prüfen wird weiter sein, ob eine enumerative, nicht abschliessende Aufzählung erschwerender und – mildernder Umstände in die SVKG aufgenommen werden kann. Der Verweis auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) hilft nicht weiter. Denn was geeignet, erforderlich und angemessen ist, steht in unauflösbarer Beziehung zu dem, was mit welchen Mitteln erreicht werden soll. Diese gebotene Präzisierung hat mittelbare Auswirkungen auf die Berechnung der Kartellrente und damit auf die einzuziehenden allfälligen Vermögenswerte. Denn auch die Gesamtbelastung bemisst sich nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Diese normative Betrachtung der Belastung von Unternehmen kann nicht ohne Auswirkungen auf die Schätzung der einzuziehenden Vermögenswerte bei natürlichen Personen (s. Art. 52b Abs. 2) sein.

### bb. Strafrechtliche Variante: Art. 70 StGB

Bei **Einführung** von **Kriminalstrafen gegen natürliche Personen** stellt sich die Frage, ob ihnen **Vorteile, speziell Boni, entzogen** werden können, die für Geschäftsabschlüsse usw., die aufgrund von Kartellstraftaten ermöglicht wurden, gewährt wurden. Nach Art. 70 I StGB verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind. Boni fallen unproblematisch unter den Begriff des Vermögenswerts. Denn es werden alle „wirtschaftlichen Vorteile erfasst, gleichgültig ob sie in einer Vermehrung der Aktiven oder einer Verminderung der Passiven bestehen“ (Botschaft 1993, BBl. 1993 III 277, 307, vgl. zB BGE 110 IV 8 f.).

Fraglich ist aber, ob jene Boni durch die Kartellstraftat „**erlangt**“ wurden. Dieser Konnex wird weit verstanden, auch indirekte Vorteile sind einziehbar (BGer v. 26.9.2005, 1 S 5/2005 Erw. 7.4, 125 IV 7, *Baumann* BSK-StGB Art. 70/71 N 31 u. *Deliktisches Vermögen*, dargestellt anhand der Ausgleichseinziehung, 1997, 60 ff., *Stratenwerth*, Strafrecht AT II, 2. Aufl. 2006, § 13 N 94). Massgebend ist eine wertende Zurechnung auf der Grundlage eines adäquaten Kausalzusammenhangs. Selbst wenn man die Vorteile auf solche beschränkt, die typischerweise mit der Straftat erzielt werden (vgl. *Baumann* BSK StGB aaO), dürfte kein Zweifel bestehen, dass Boni für Geschäftsabschlüsse usw., die aufgrund von Kartellstraftaten ermöglicht wurden, einziehungsfähig sind.

Eine andere, praktisch bedeutsame Frage ist – neben der Frage der **Bezifferung** der Vorteile, was dann besonders schwierig wäre, wenn dazu die Kartellrente zu ermitteln wäre – angesichts internationaler Befunde und einschlägiger Verteidigungsstrategien, ob im Strafverfahren der **einschlägige Zusammenhang** zwischen Boni und Kartellstraftat mit ausreichender prozessförmlicher Gewissheit nachgewiesen werden kann. Ausländische Praxis zeigt, dass die Verfolgungsbehörde nicht mit Überweisungsträgern „Bonus wegen erfolgreicher Kartellabrede“ rechnen kann, vielmehr auf intelligente Verschleierungen der Zusammenhänge trifft. Im Gegensatz zu Art. 72 StGB (Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation) sperrt sich aber Art. 70 StGB Beweiserleichterungen. Daher dürfte der Zugriff auf Boni wohl eher selten erfolgreich sein – sofern es nicht gelingt, andere Mechanismen zu aktivieren, um den Nachweis dieses Zusammenhangs zu erleichtern. Dazu könnte eine Bonus-Regelung gehören (s. unten 6.).

### cc. Verwaltungsrechtliche Variante: Neu Einziehung

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 Kartellrente zu unterscheiden sind illegale Vorteile, die Organen usw. zugute kommen, welche den Kartellverstoss veranlasst, durchgeführt oder nicht verhindert haben. Hier weist die geltende Konzeption eine Lücke auf. Andere Länder haben diese Lücke längst geschlossen. Wird ein Unternehmen wegen eines schwerwiegenden Kartellverstosses mit einer finanziellen Sanktion belastet, so soll deshalb neu das Bundeswettbewerbsgericht auf Antrag der Wettbewerbsbehörde auch einen allfälligen Gewinn einziehen können, den der genannte Personenkreis durch den Kartellverstoss erzielt hat. Ein solcher Gewinn könnte beispielsweise anfallen, wenn der verantwortliche Manager aufgrund besonders guter Geschäftszahlen, die ihre Ursache gerade im Kartellverstoss haben, von höheren Lohn- oder Bonuszahlungen profitiert hat. Es versteht sich, dass die Frage, ob diese Vorteile durch den Kartellverstoss erlangt wurden, auf der Grundlage eines adäquaten Kausalzusammenhangs zu bewerten sind. Der Einziehung nach KG, welche derjenigen nach

Art. 35 FINMAG nachgebildet ist, kommt in erster Linie ein ausgleichender, nicht aber ein pönal-repressiver Charakter 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.

Das Recht zur Einziehung verjährt sieben Jahre nach Verletzung der kartellrechtlichen Bestimmungen.

Folgender Gesetzestext wird vorgeschlagen:

#### Art. 52b Einziehung

- <sup>1</sup> Die Behörde kann die Einziehung von Vermögenswerten verfügen, die eine (natürliche) Person dadurch erlangt hat, dass sie einen Verstoss gegen Art. 5 Absatz 3 veranlasst, durchgeführt oder entgegen einer Rechtspflicht nicht verhindert hat. (Alt.: ... verfügen, den eine Person unter den Voraussetzungen des Art. 52a Absatz 1 erlangt hat).
- <sup>2</sup> Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann er geschätzt werden.
- <sup>3</sup> Das Recht zur Einziehung verjährt nach sieben Jahren.

#### 4. Organisation de la poursuite

##### a. Présentation générale du modèle

**Selon le modèle proposé ici, la procédure dirigée contre la personne physique n'est ouverte qu'après la procédure répressive dirigée contre l'entreprise. L'autorité d'instruction de la procédure contre l'entreprise a le monopole de la dénonciation à l'autorité de poursuite pénale, qui est, selon le modèle recommandé ici, soit l'application du DPA, une autorité pénale administrative ; à titre alternatif, si ce sont les autorités pénales fédérales de première instance (AAF) qui doivent être saisies, la dénonciation se fait en mains du Ministère public de la Confédération (MP CH).**

L'autorité de la concurrence (AC) mène l'enquête contre l'entreprise, pour faire, le cas échéant, une **proposition** (*Antrag*, art. 30 et 53 du projet de révision de la loi sur les cartels, P-LCart<sup>1</sup>) au Tribunal de la concurrence (TC). Vient **ensuite** la dénonciation au « fonctionnaire enquêteur » rattaché au Département ou au seco (modèle DPA) ou au MP CH (modèle AAF) des personnes physiques qui devraient le cas échéant être poursuivies.

L'AC dispose, selon ce modèle d'un **monopole** de la dénonciation. Elle n'a pas la responsabilité de l'instruction menée sur les agissements reprochés aux personnes physiques.

##### b. La poursuite

aa. Le P-LCart prévoit que l'AC instruit les infractions reprochées à l'entreprise et fasse office d'instance d' « accusation » devant le TC (art. 53 P-LCart). La séparation entre instruction et accusation d'une part, jugement de l'autre, représente sans nul doute un pro-

<sup>1</sup> Sauf mention contraire, le projet est cité dans son état au 26 mai 2010.

grès substantiel vis-à-vis de situation actuelle, dans laquelle la même autorité instruit et « juge ».

Il n'en demeure pas moins que la confusion entre la compétence que l'on qualifiera « prudentielle » ou régulatrice (non répressive) et la compétence d'instruire et d'accuser en matière répressive, en mains de la même autorité, pose problème. D'un point de vue « psychologique » et politique, elle est difficilement compréhensible et encore moins acceptable pour l'administré. Juridiquement, elle soulève le très sensible problème de l'utilisation en procédure répressive de déclarations faites dans un contexte « prudentiel » ou réglementaire, problème auquel un chapitre sera consacré ci-après (II. 4. d).

Si l'on en reste au stade organisationnel, il faut constater que la confusion entre activité prudentielle ou régulatrice et fonctions dans la répression se retrouve dans beaucoup de systèmes étrangers, comme on s'en convainc en étudiant les réponses données à la question 3.1. du questionnaire soumis aux rapporteurs nationaux par la FIDE et reproduites dans *Cahill* (éd.) *The modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU*, Cambridge, 2004<sup>2</sup>. Le problème principal identifié dans les rapports nationaux (cf. le rapport general, de *Cooke, ibidem*, 652 s) a été celui de la présence de juges laïcs au sein de l'autorité de répression, problème que nous traiterons ci-après (II. 3. c. bb)

bb. Une amélioration de la situation ne peut provenir que d'une révision de l'organisation interne de l'AC. Instituer une **autorité d'instruction distincte** dans le cadre de la procédure menée contre l'entreprise représenterait un alourdissement disproportionné, même si des exemples étrangers (e.g. le *Bundeskartellanwalt* autrichien) peuvent servir d'exemples. Il est toutefois à noter que le *Bundeskartellanwalt* de nos voisins de l'Est ne mène pas lui-même les enquêtes : il peut seulement demander à l'autorité de la concurrence (*Bundeswettbewerbbehörde*) d'ouvrir une instruction. Une certaine indépendance est donc garantie, limitée par le fait que le *Bundeskartellanwalt* dépend directement du Ministre fédéral de la justice (*Eilsmanberger/Thyri*, in : *Cahill* (éd.), op.cit., 36 s. et 43 s.).

Quelles sont les alternatives? Il est hors de question de faire intervenir dans une procédure de répression administrative (cf. supra I. 3) le MP CH. On pourrait en revanche envisager de faire intervenir l'autorité qui mènera(it), le cas échéant par la suite, l'instruction pénale contre les personnes physiques, soit le Département ou le SECO. On voit bien les avantages qu'apporterait une telle solution : regroupement des compétences, coordination des procédures facilitées. Nous estimons toutefois que cette solution **ne se recommande pas**, et cela essentiellement pour les raisons suivantes.

i) Le DPA est conçu essentiellement comme une loi de procédure pénale administrative réglementant la poursuite pénale dirigée contre des **personnes physiques**. Le législateur a prévu à l'article 7 une clause de simplification de la procédure et des exigences de preuve, propre à permettre la condamnation des entreprises ; cette simplification est limitée à des infractions de très faible importance. Appliquer le DPA dans le cadre de « sanctions directes » visant les entreprises **pervertirait** complètement la logique législative,

<sup>2</sup> La question portait sur « l'exercice combiné par l'AC de pouvoirs d'enquête, de poursuite et de constatation 'infractions (aux art. 81-82 TCE, aujourd'hui 101-102 TFUE), soit la situation actuelle en droit suisse, à laquelle la révision remédiera. Elle ne s'interrogeait donc pas directement sur l' « amont », qui est visé ici. Beaucoup de réponses nationales donnent toutefois des indications sur les rapports entre activité « prudentielle » et participation à la répression (en tant qu'autorité d'enquête et de poursuite).

puisque la répression de l'entreprise occuperait le premier plan, la poursuite dirigée contre les personnes physiques ayant à son tour un caractère subsidiaire.

ii) Dans la logique du DPA, l'article 7 est conçu comme un **substitut**, limité à des cas très particuliers, à la condamnation de personnes physiques (cf. TF 6B\_256/2007 du 15 octobre 2007, c.4). Une partie de la doctrine va jusqu'à exclure l'application de l'art. 7 DPA aux délits (*Heine*, Straftäter Unternehmen : das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuersstrafrecht, recht 2005, 7 ss). Placer au **premier plan** la sanction contre l'entreprise signifierait un renversement de logique complet. En réalité, l'article 7 devrait à ce moment être complètement **neutralisé**, ou alors il faudrait introduire dans la loi un régime fortement **dérogatoire** à l'article 7. Certes, des précédents existent en matière de dérogation, en premier lieu sur le montant maximal de l'amende (5'000 frs selon l'art. 7 DPA ; 50'000 frs par exemple selon l'art. 49 lit. b) LFINMA). Mais les principes régissant l'art. 7 DPA s'appliquent (cf. *Cassani*, L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse, RDS 2008 II, p.297). Il n'existe pas de précédent de remises en cause aussi fondamentales de la logique de l'art. 7 DPA (sur l'ensemble de la problématique, voir *Garbaski/Macaluso*, La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif, PJA 2008, 843 ss).

En conclusion, l'application du DPA serait à la limite envisageable si les sanctions visant les personnes physiques devenaient prioritaires dans la répression. Or, tel n'est pas le cas avec les divers projets de révision de la LCart qui se sont succédé ces derniers mois, et moins encore avec le renvoi en commission de la partie de la motion Schweiger qui concerne précisément les personnes physiques.

A ces points négatifs (contre une procédure menée selon le DPA) s'ajoute un point positif. Le fait que l'enquête contre l'entreprise et l'instruction contre les personnes physiques soient confiées à deux organismes distincts renforce utilement l'**indépendance** de jugement et d'action de ces deux organismes et diminue le risque de **confusion** entre les deux procédures. Les questions d'utilisation croisée des déclarations sera traitée plus bas (II. 4 a et d).

Dès lors, le meilleur remède aux problèmes posés par le cumul de compétences au sein de l'AC consiste donc à instaurer au sein de l'AC une **spécialisation fonctionnelle** : une section est chargée des activités « prudentielles » (activités de conseil, cf. art. 20 al. 2 P-LCart) et une section différente est en charge de l'instruction.

Il existe divers modèles européens d'instauration d'un véritable « service de la poursuite » au sein de l'Autorité de la concurrence (cf., les réponses données à la question 3.1. du questionnaire soumis aux rapporteurs nationaux par la FIDE et reproduites dans *Cahill* (éd.), op.cit.). Le rapport du prof. *Baudenbacher*, rédigé dans le cadre de la procédure d'évaluation de la loi sur les cartels, contient déjà de précieuses indications à ce sujet (en particulier pour un modèle étranger, le néerlandais en l'occurrence, op.cit., 25 ss.). La France a par exemple instauré en 1999 une stricte séparation entre les autorités exerçant les fonctions d'enquête, d'instruction et de décision (cf. *Idot* in *Cahill* (éd.), op.cit., 157).

Cette mesure présente certes l'inconvénient majeur, si elle est appliquée strictement, d'un risque de **perte d'information et de compétence** au regard de l'objet investigué, au moment du transfert du dossier de la section prudentielle à la section d'instruction. De plus, elle mobilise sans doute des ressources supplémentaires. Elle représente toutefois la



première et la meilleure garantie contre le risque de violation de l'art. 6 CEDH et renforce de manière plus générale le sentiment de confiance du justiciable vis-à-vis de l'autorité.

Une version « soft » de la séparation fonctionnelle consiste à établir entre les personnes en charge des divers aspects d'un même dossier des « *chinese walls* ». Cette interdiction de communiquer présente l'avantage d'un coût organisationnel moindre et le désavantage d'une visibilité également moindre et donc le risque d'une non-amélioration substantielle du niveau de confiance. Elle doit plutôt être vue comme un complément aux règles d'inutilisabilité des déclarations des administrés (ci-après II. 4. d).

### c. Le jugement

#### aa. sanctions contre les entreprises

Comme l'indique le présent rapport (II. 1. c. bb) une partie de la doctrine considère que la répression des entreprises sous la forme de « sanctions directes » devrait être soumise à l'application des normes de **procédure pénale** (DPA ou CPP). Cette position doctrinale repose sur deux prémisses à notre sens erronées ou trop radicales dans leur expression :

i) La qualification des sanctions directes en tant que résultat d'une « accusation en matière pénale » au sens de l'art. 6 CEDH conduit à l'application des règles de la procédure pénale. ii) La responsabilité de l'entreprise ne peut s'évaluer que selon le modèle mis en place par l'art. 102 CP. La seconde assertion a déjà été longuement discutée dans le présent avis (II. 1. c. cc). Quant à la première, elle emprunte à notre sens un faux raccourci au regard de la jurisprudence de Strasbourg : les questions des garanties procédurales d'une part et de la loi applicable à l' « accusation en matière pénale » sont clairement distinctes, et le choix sur le second point appartient au législateur national, sans contrainte organisationnelle. Voici ce qu'en dit la Cour européenne elle-même : « en adoptant une interprétation autonome de la notion d' 'accusation en matière pénale' par application des critères *Engel*, les organes de la Convention ont jeté les bases d'une extension progressive de l'application du volet pénal de l'article 6 à des *domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal*, telles que les contraventions administratives (*Öztürk c. Allemagne*) (...) les *sanctions pécuniaires infligées pour violation du droit de la concurrence* (*Société Stenuit c. France*, arrêt du 27 février 1992, série A no 232-A) et les amendes infligées par des juridictions financières (*Guisset c. France*). (...) La Cour a jugé que des autorités administratives ou des organes non judiciaires statuant en premier ressort

pouvaient infliger des sanctions pénales sans enfreindre l'article 6 § 1 » (Couredh *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 43 ; nos italiques) ; dès lors, « pour que l'article 6 s'applique, il suffit que l'infraction en cause soit par nature pénale *ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la matière pénale*. Par ailleurs, la faiblesse relative de l'enjeu ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque » (Couredh *Zaicevs c. Lettonie* du 31 juillet 2007, req. 65022/01, § 31 ; nos italiques).

Dès lors, aucun argument de nature conventionnelle ne s'oppose à la solution proposée par le P-LCart : octroi de la compétence au Tribunal de la Concurrence (TC). Cette solution s'inscrit manifestement dans l'esprit général de la loi : les sanctions directes sont essentiellement des instruments de régulation de la concurrence, même si leur aspect répressif (pré)dominant justifie la reconnaissance des garanties procédurales de l'art. 6 CEDH, sous réserve des aménagements exposés plus bas dans le présent texte (II.4.a.).

Séparer la compétence de prononcer des sanctions directes des autres compétences confiées au TC revient à priver la Suisse d'une politique judiciaire de la concurrence. Comme indiqué, aucun « purisme » pénaliste ne justifie un tel choix (pour une appréciation analogue, *Heinemann* in : Jusletter du 21.06.2010, N 28).

Quant à la loi applicable, l'application de la PA, telle qu'elle est prévue aussi bien par la loi actuelle que par le projet de révision, ne pose pas de problème particulier, à condition de ne pas mettre en cause l'application des garanties conventionnelles (CEDH et PIDCP) (Cf. *Jaag* in Häner/Waldmann (éds), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, Zurich 2010, 18 et nbp 75).

## **bb. Les sanctions contre les personnes physiques**

### aaa. Exclusion du TC

En revanche, le TC ne doit **pas** se voir reconnaître la compétence de prononcer les sanctions à l'encontre des **personnes physiques**.

Donner les compétences en matière de répression administrative et de répression pénale au même tribunal (le TC) présente certes de gros avantages sous l'angle de l'**unité de la procédure *in concreto***. En revanche, le tableau n'est pas aussi net sous l'angle de l'**unité de la (loi de) procédure applicable**. Nous avons vu que, selon la position dominante, la PA s'applique et continuera à s'appliquer aux procédures administratives répressives (art. 49a ss LCart). Si le TC devait infliger **à la fois** des sanctions administratives aux entreprises et des sanctions pénales aux particuliers, et dans la mesure où il est exclu d'appliquer la PA dans une procédure pénale visant une personne physique, le choix serait entre **deux solutions défavorables** : i) appliquer le DPA aux procédures de sanction administrative, solution dont nous avons décrit les désavantages rédhibitoires (ci-dessus II. 3. b. cc); ii) appliquer deux lois différentes dans deux procédures menées de pair. En effet, si les deux procédures devaient être successives, comme nous l'envisageons ci-après (II. e), l'argument de l'unité de la procédure *in concreto*, favorable à l'octroi de la compétence au TC, perdrait sa pertinence.

Si on creuse malgré tout l'hypothèse selon laquelle les sanctions directes seraient prononcées par le TC en appliquant, comme c'est le cas actuellement, la PA et que les personnes physiques seraient, elles, traduites devant le même tribunal en appliquant le DPA, des objections à notre sens majeures surgissent.

i. Le DPA est entièrement conçu, jusqu'à la phase du jugement, pour être utilisé par une « administration » (cf. l'attribution au département dans la LFINMA). Le TC serait ainsi un « demi tribunal », qui serait une « autorité administrative fédérale » au sens de l'art. 1 DPA<sup>3</sup>.

ii. En cas de renvoi (du prévenu) devant un tribunal au sens des art. 21 et 72 DPA, le TC serait de nouveau un « demi-tribunal » pénal, puisqu'il devrait renoncer à exercer sa compétence quand une privation de liberté est envisagée. Si, à l'inverse, il avait la compétence de prononcer la peine privative de liberté, la logique du DPA et sa « double voie » (une voie en cas de privation de liberté et une voie dans tous les autres cas) ne serait pas respectée. Un tel système introduirait par conséquent un **corps étranger** dans un sys-

<sup>3</sup> Il existe certes le précédent du TPF (art. 26 lit. c) LTPF). Mais est-il opportun de multiplier ce type d'« hybridations » ? De plus les difficultés évoquées dans le paragraphe suivant ci-après ne seraient pas résolues.

tème certes relativement ancien, mais qui n'est, à notre connaissance, pas source de grandes insatisfactions.

Sur un plan pratique enfin, la **réunion** de l'enquête visant l'entreprise et la poursuite dirigée contre des personnes physiques permettrait sans doute d'éviter la déperdition d'informations. Mais cette médaille a son revers : il est quasiment impossible de **fractionner le dossier** et donc d'éviter que des déclarations faites par des personnes physiques dans le cadre de l'enquête visant l'entreprise et susceptibles d'être retenues à charge de ces personnes ne restent dans le dossier. La question des conflits d'intérêts et de l'utilisabilité des déclarations auto-incriminantes (cf. II. 4. d) prendrait ainsi un caractère particulièrement aigu. On se trouverait face à l' « *unerwünschte Machtkonzentration* » en mains d'une seule autorité dont parlait la commission Zimmerli II, quand elle abordait un point semblable dans le cadre de la réforme de la surveillance bancaire (Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, II. Teilbericht, 2004, p.20).

En conclusion, c'est à mon sens mettre le futur TC dans une **situation bâtarde** que de lui confier la responsabilité de sanctions pénales. Cette conclusion favorise également le **rattachement** du TC au Tribunal administratif fédéral, sous une forme qu'il n'est pas de notre ressort de discuter ici.

Une dernière réflexion s'impose dans le cas où, contre l'avis exprimé ici, la compétence d'infliger des sanctions pénales aux personnes physiques était confiée au TC. La composition de ce dernier, telle qu'elle est prévue par les art. 25c-25d P-LCart, (inspirés des art. 8-9 de la LTFB du 20 mars 2009, 173.41<sup>4</sup>) prévoit un système **d'échevinage**, bien connu dans l'organisation judiciaire pénale. Dans son état actuel, le P-LCart ne contient aucune indication donnant à penser que les échevins/juges « techniques » (juges ayant une expérience de l'entreprise ou des connaissances dans le domaine économique) seraient des représentants de groupes d'intérêt. Tout au plus est-il prévu, à l'instar de l'art. 9 al. 4 LTFB, que les « milieux intéressés » *pourront* être consultés lors de la préparation de l'élection (art. 25d al. 4 P-LCart). En soi, une telle procédure ne présenterait guère de risques d'incompatibilité avec l'art. 6 § 1 CEDH.

Il n'en irait pas nécessairement de même si l'on en revenait à la nomination au sein du TC de véritables représentants d'intérêts (cf. *Bovet*, Composition et récusation des autorités de la concurrence, in *Mélanges Pierre Moor*, Berne 2005, 203 s.). Les risques de violation du principe d'indépendance, principe que doit respecter la composition du tribunal dans son entier, sont alors plus élevés. Dans une récente affaire *Luka c. Roumanie* (arrêt du 21 juillet 2009, req. 34197/02) ; la Cour européenne a ainsi considéré que la présence au sein du tribunal de deux assesseurs nommés par le Ministère de la justice sur proposition du conseil économique et social, mais après désignation par les confédérations syndicales et patronales rendait le tribunal suspect de non-indépendance. Il convient de souligner, d'une part qu'il s'agissait là de litiges de droit du travail et, d'autre part, que la composition du tribunal en question a été jugée entre-temps inconstitutionnelle par les juridictions roumaines.

Dans quelle mesure cette jurisprudence s'applique-t-elle dans le domaine des sanctions pénales, dans lequel, à notre connaissance, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais eu à se prononcer ? On peut admettre, d'une part, que les risques de conflits d'intérêts *réels et concrets* sont moindres que dans le domaine des conflits du travail, pour prendre le précédent jurisprudentiel *Luka*. D'un autre côté, il serait inconcevable de fixer des exigences *générales* d'indépendance réduites quand une sanction pénale, *a fortiori* une sanction privative de liberté est en jeu.

<sup>4</sup> Etant rappelé que le tribunal des brevets n'exerce pas de compétence répressive.

Dès lors si la composition du TC telle qu'elle est actuellement prévue ne paraît poser aucun problème, il n'en irait pas de même si le projet de révision était infléchi en direction d'une véritable représentation de groupes d'intérêts ou d'acteurs économiques.

bbb. Quelle autorité pénale ?

Un tribunal administratif étant exclu pour prononcer les sanctions contre les personnes physiques, la voie pénale s'impose. Le choix doit se faire entre trois solutions : i) instruction et accusation par le ministère public du canton sur le territoire duquel l'infraction a été commise ou là où le rattachement est dominant (art. 340 ss CP) et jugement de première instance par les tribunaux pénaux ordinaires (*solution cantonale*); ii) instruction et accusation par le Ministère public de la Confédération (MP CH) et jugement de première instance par la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral (TPF) (*solution TPF*) ; iii) application du DPA, la compétence étant confiée soit au Département de l'économie (le Département), soit au Secrétariat à l'économie (SECO) (*solution DPA*). Les trois solutions présentent des avantages et des inconvénients. Nous considérons que la balance des uns et des autres penche en faveur de la **solution DPA**.

i) L'argument principal en faveur de la solution DPA tient à nos yeux aux garanties qu'elle assurant s'agissant de la mise en place d'une véritable **politique de la répression**. Celle-ci repose sur deux piliers : spécialisation et « politique criminelle ».

Le fait que les organes chargés de l'application du DPA (cf. *in fine* de ce chapitre) sont plus spécialisés que le MP CH ou les ministères publics cantonaux n'appelle pas de long développement. Nous insistons surtout ici sur la possibilité voire la nécessité de promouvoir, en concertation avec l'AC qui exerce des compétences parallèles s'agissant des sanctions directes contre les entreprises, une véritable **stratégie**, dans laquelle la répression joue un rôle parfois primordial, parfois accessoire. La répression est ici conçue comme un élément de la régulation, ce qui n'est pas inhabituel ni étonnant dans le domaine économique (cf. *Roth*, Les sanctions administratives, un nouveau droit (pénal) sanctionnateur ? in *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg 1985, 152 s.). Que deux autorités se partagent la responsabilité de la répression permet d'éviter la *Machtkonzentration*, dont nous rappelions plus haut la présence dissuasive dans le débat sur la réforme de la surveillance bancaire et boursière.

ii. Un autre argument en faveur de la solution DPA relève de la technique législative. Selon le modèle proposé ci-après, une poursuite dirigée contre l'entreprise devant le TC est suivie d'une éventuelle poursuite contre une ou des personnes physiques pouvant les conduire devant le juge pénal (administratif). L'entreprise qui aura par hypothèse fait l'objet d'une décision, de condamnation ou d'acquiescement, devant le TC ne doit pas être poursuivie une seconde fois devant l'autorité pénale ; il convient dès lors de rendre inapplicable la disposition pertinente de droit matériel. Cela ne pose guère de problèmes avec l'art. 7 DPA, qui a un caractère subsidiaire et auquel sont déjà apportées toutes sortes de dérogations dans le droit positif (cf. *supra* II. 3. b ; *Garbaski/Macaluso*, La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif, PJA 2008, 843 ss) ; en revanche, cela représenterait un *novum* s'agissant de l'art. 102 CP. Il y a contradiction à nos yeux irréductible à vouloir appliquer le droit pénal ordinaire et à en retirer ce qui en représente depuis 2003 un pilier essentiel, à savoir la responsabilité pénale de l'entreprise.

iii) La « solution TPF » nous paraît hybride et représenter un compromis non convaincant entre deux formules plus radicales : la poursuite devant une autorité **spécialisée** d'une part; la poursuite pénale **ordinaire** de l'autre.

Du point de vue de la spécialisation, le MP CH et le TPF n'apportent guère de garanties. Le MP CH et le TPF ne sont pas plus spécialisés en matière de droit de la concurrence que les tribunaux cantonaux, à qui revient la compétence en matière de concurrence déloyale (art. 27 LCD, l'art. 26 rendant d'ailleurs applicables les art. 6 et 7 DPA). Rien, nous semble-t-il, dans la logique de la détermination des compétences du Tribunal pénal fédéral ne justifie l'attribution de la compétence en matière cartellaire, puisque les compétences du TPF sont organisées autour des infractions relevant de près ou de loin – parfois certes de loin – de la criminalité organisée (*Trechsel/Lieber*, in Trechsel (éd.), Schw. Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zurich, 2008, Art. 337 N 1).

S'agissant de la politique de la répression, qui s'inscrit dans le cadre d'une politique de la concurrence, la concertation entre le MP CH et l'AC est beaucoup plus difficile à mettre en place que dans le modèle précédent (modèle DPA). La question est donc de savoir si, en raison de son statut d'« autorité judiciaire », le MP CH doit se voir confier une compétence de politique (criminelle) en matière de politique de la concurrence ? La réponse est politique ; à nos yeux, elle est négative.

Par rapport à l'attribution de la compétence à une autorité administrative, le choix du TPF se justifierait sans doute si la sanction envisagée principalement était la **privation de liberté**. Or, un tel choix irait à l'encontre de la politique criminelle mise en œuvre par le législateur à l'occasion de la révision du Code pénal de 2007 : exclusion des courtes peines privatives de liberté avec sursis ; *ultima ratio Klausel* pour les courtes peines privatives de liberté fermes (art. 41 al. 2 CP) ; le projet de Message à l'appui de l'introduction d'une norme pénale visant les personnes physiques dans la LCart dresse d'ailleurs, dans sa version du 1er avril 2010, un parallèle avec le blanchiment d'argent simple (art. 305bis CP), notoirement puni le plus souvent d'une peine pécuniaire (p. 53).

Nous n'ignorons pas qu'une réforme d'envergure de la partie générale du CP a été lancée en juin 2010, qui devrait conduire à une réhabilitation de la peine privative de liberté (« Modification du Code pénal et du Code pénal militaire (réforme du droit des sanctions) », consultation ouverte le 30 juin 2010). Cependant, le sort de cette révision est très incertain à l'heure où ces lignes sont écrites. D'autre part, ce n'est manifestement pas la répression des délits économiques qui en est le moteur. La situation ne devrait donc guère changer, quel que soit le sort du projet de juin 2010.

On pourrait penser que la solution TPF présenterait l'avantage de permettre une mesure technique de surveillance au sens des art. 269 ss CPPS. Il faudrait toutefois pour cela que la nouvelle disposition visant les infractions commises par les personnes physiques dans le cadre de la LCart entre dans la liste de l'art. 269 al. 2, qui vient d'être mise à jour dans le cadre de l'adoption de la LOAP (annexe « Abrogation et modification du droit en vigueur », ch. 7, FF 2010 1883) ; or, cette liste est restreinte, et n'y figurent que deux infractions relevant du droit pénal accessoire (LEtr, art. 116 al. 3 et 118 al.3). Les chances de pouvoir y introduire la nouvelle disposition apparaissent restreintes.

De plus, dans la mesure où le régime général des sanctions administratives est maintenu, même si l'infraction à la LCart commise par une personne physique entrerait dans la liste de l'art. 269 al. 2 CPPS, la mesure de surveillance ne pourrait guère servir à l'enquête visant

l'entreprise, pour des raisons chronologiques d'abord (la procédure dirigée contre l'entreprise *précède* la poursuite de la personne physique) et également parce que le CPPS, héritier à ce titre de la LSCPT, veille à ce que la surveillance porte exclusivement sur les infractions commises par la personne surveillée et que l'utilisation du produit de la surveillance dans d'autres procédures est soumise à des conditions très strictes, qui en seraient sans doute pas remplies ici (cf. entre autres art. 278 CPPS).

iv) Le « modèle cantonal » a, vis-à-vis, du modèle TPF le mérite de marquer plus résolument une orientation, qui est celle de la répression ordinaire.

Ce modèle avait été défendu dans le cadre de la réforme du droit de la surveillance bancaire (cf. W. Wohlers, « Reformbedarf bei der Börsenaufsicht », in *Neuere Entwicklungen im schw. und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, Zürich, 2007, 58) Puisque la poursuite pénale reste **subsidaire** dans le système de la répression en matière cartellaire, pourquoi ne pas laisser jouer la compétence pénale ordinaire ?

Les deux principales objections viennent sans peine à l'esprit : i) le déficit de compétence, les autorités de poursuite et de jugement cantonales n'étant pas suffisamment spécialisées et ne pouvant guère le devenir vu la faible importance prévisible du contentieux ; ii) revers de l'argument principal en faveur de la solution DPA, il n'y aura pas de politique concertée de la répression. Dans le cadre de la réforme de la surveillance bancaire, il avait été répondu à cela qu'en matière financière, seuls quelques cantons seraient concernés (cf. Wohlers, *ibidem*). En matière cartellaire, les poursuites pourraient concerner un nombre plus grand de cantons, vu le tissu économique et industriel de la Suisse. Les risques d'éclatement de la politique de la répression et d'inégalités de traitement de cas similaires sont donc réels et, à notre sens, déterminants.

Wohlers proposait encore que les ministères publics cantonaux jouent également leur rôle d'organe d'instruction et d'accusation pour les infractions soumises au jugement des autorités administratives pénales fédérales en application du DPA (*ibidem*, 58). Notre collègue zurichois avait ici essentiellement à cœur de garantir l'unité de poursuite des délits boursiers. L'argument n'est pas transposable dans notre domaine ; il convient donc de s'en tenir à l'application du DPA, comme l'a d'ailleurs fait finalement la LFINMA (art. 50 al. 1). Le TPF jouerait exclusivement son rôle d'autorité de recours contre les décisions rendues sur mesures de contrainte (art. 44 al. 1 2ème phrase P-LCart), ce qui prévient tout risque de confusion des compétences.

Cette proposition est-elle contradictoire avec une formule telle que celle de l'art. 50 al. 2 LFINMA, qui verrait le TPF devenir compétent dans les cas prévus aux art. 21 al. 1 et 72 DPA ? A notre sens, il n'y a pas contradiction : si une autorité administrative fédérale est compétente, il est logique de rester, dans des cas exceptionnels, dans le domaine juridictionnel fédéral. En revanche, si l'on fait le choix de la voie judiciaire « pure », aucun argument fort n'impose, comme nous avons tenté de le démontrer, une extension de la juridiction fédérale.

#### **d. Coordination avec une infraction ordinaire et détermination de l'autorité compétente**

Au cas où la « solution DPA » est retenue, il faut régler les problèmes éventuels résultant de l'ouverture d'une poursuite visant une **autre infraction** (de droit commun), n'entrant pas dans les attributions de l'autorité pénale administrative. **L'article 51 LFINMA** peut être repris intégralement à cet effet, que ce soit pour les conditions matérielles (l'existence

d'un « rapport étroit entre les deux procédures » et les autres conditions énumérées à l'art. 51 al. 1 LFINMA) ou pour la procédure à suivre.

Toujours dans le cadre de la « solution DPA », il conviendra de déterminer quelle est **l'autorité compétente**.

Dans sa version du 26 mai 2010 (art. 57 al. 2), le P-LCart prévoit de maintenir (vis-à-vis de la loi actuelle) l'autorité de la concurrence en tant qu'organe d'instruction. Dans le contexte nouveau d'une infraction pénale qui ne soit pas de pure désobéissance et de l'équilibre des compétences et des autorités décrit dans le présent avis, cela nous semble une erreur. Une poursuite contre les personnes physiques doit être engagée **indépendamment** de la répression administrative frappant l'entreprise. La même autorité ne doit pas à la fois mener l'instruction contre l'entreprise, **puis** la poursuite de la ou des personnes physiques. Il est sain qu'une autorité distincte examine le statut de la personne physique exposée à une poursuite pénale. Surtout, l'argument de la *Machtkonzentration*, déjà plusieurs fois invoqué dans les lignes qui précèdent, s'applique également ici. La répartition des compétences est infiniment plus souhaitable.

Si l'on écarte l'AC, le choix se limite au Département de l'économie (en parallèle p. ex. avec l'art. 50 al. 1 LFINMA) et au Secrétariat à l'économie (à l'image de la Direction générale des douanes, de l'Administration fédérale des contributions, etc.), étant rappelé qu'en application (rarissime à notre connaissance) de l'art. 21 al. 3 DPA, l'affaire peut toujours être exceptionnellement déférée par le Conseil fédéral au Tribunal pénal fédéral. Il ne nous appartient pas de trancher entre ces deux solutions, toutes deux compatibles avec l'équilibre des compétences que nous avons recommandé.

#### **e. Sanctions visant les entreprises et poursuite des personnes physiques: quelle séquence ?**

Une politique concertée de la concurrence, dont la politique de la répression fait partie, suppose que soit soigneusement établie la **séquence** entre la procédure répressive visant et la poursuite dirigée contre les personnes physiques. Deux acteurs dirigent la première procédure : l'AC conduit l'instruction et fait office d'organe d'accusation et le TC statue en première instance. Il convient par conséquent de régler les rapports entre l'AC et le TC d'une part, et l'autorité de poursuite pénale (administrative) d'autre part. Deux questions essentielles se posent : i) faut-il octroyer à l'AC et/ou au TC un **monopole de la dénonciation des personnes physiques** à l'autorité de poursuite pénale; ii) faut-il faire peser sur ces autorités une **obligation de dénoncer**?

##### **aa. Le monopole de dénonciation**

Les monopoles de dénonciation ne sont guère courants en droit suisse. Mais la situation dans laquelle une procédure de sanction administrative est suivie d'une procédure pénale conduite devant une autorité **différente** est également nouvelle. Dès lors il convient de prévoir une exception au principe de la dénonciation ouverte à chacun, établi par les art. 19 al. 1 DPA et 301 CPPS. Un monopole de la dénonciation devrait ainsi pouvoir être instauré, à l'image de solutions étrangères. Au Danemark, le Directeur général de l'AC (*Competition Authority, Konkurrencestyrelsen*) décide quels cas doivent être dénoncés au Procureur (cf. *Eriksen*, in Dannecker/Jansen (éds) , *Competition Law Sanctioning in the European Union*, La Haye/Londres/New York, 2004, 395 s.; *Levinsen/Felo*, in Cahill (éd.), op.cit., 103 s.). En France, pays qui a largement « dépenalisé » son droit de la concurrence et dans lequel les poursuites en cette matière ont très rares (cf. *Idot*, in Cahill (éd.),

op.cit., 165 s.) la surveillance des marchés financiers offre un modèle de monopole de dénonciation en fait, sinon en droit, au bénéfice de l'autorité de surveillance qui, pour reprendre les termes d'un auteur de doctrine (parlant de la Commission des opérations de bourse, prédécesseur de l'Autorité des marchés financiers), « est en fait, sinon en droit, le véritable organe des poursuites pénales » (*Guyon*, in Colliard/Timsit (éds), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris 1998, 182).

**A qui doit être attribué le monopole?** La question est délicate, car le pilotage de la politique de régulation est en mains de l'AC, mais c'est le TC qui a posé un (premier) verdict sur la gravité du cas et l'importance des responsabilités individuelles. Comme le montrent les modèles étrangers, la figure juridique du monopole de la dénonciation, est adaptée à une **autorité de régulation**, plutôt qu'à un tribunal. L'AC sera à même d'évaluer l'opportunité de prolonger cette première procédure par une procédure pénale. Cette solution s'impose d'autant plus si la dénonciation intervient avant que la décision dans la procédure visant l'entreprise ne soit définitive ou ne soit même rendue en première instance.

La question la plus délicate est en effet celle de déterminer **le moment** où doit intervenir la dénonciation. La solution la plus satisfaisante du point de vue de la sécurité juridique « objective » serait que la dénonciation intervienne une fois la décision sanctionnant l'entreprise devenue **définitive**. Cette proposition est en revanche insatisfaisante sous l'angle de la sécurité « subjective », celle des personnes physiques risquant de faire l'objet d'une poursuite. La question se pose de savoir si l'attente à laquelle elles seraient soumises contrevient au principe de célérité inscrit à l'art. 6 CEDH (« *speedy trial* », « délai raisonnable »).

Celui-ci est en principe défini de manière **objective**. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme admet que soit pris en compte l'enjeu particulier de certaines affaires, qui comprend en premier lieu les incidences sociales ou économiques (ACEDH *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993, Série A-262, § 52) ; dès lors, le calcul fondé sur le « simple écoulement du temps » peut être relativisé (ACEDH *Schaal c. Luxembourg* du 18 février 2003 (req. 51773/99) § 35). Peut-on aller plus loin et admettre une approche **subjective**? Si la jurisprudence ne le reconnaît à notre connaissance pas explicitement, la démarche affleure dans certaines analyses (voir en particulier la juge *Tulkens*, *Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les maux et les remèdes*, Strasbourg 2006 (doc. CDL(2006)034), p. 2). Dans le cadre certes infiniment plus lourd de l'art. 3 CEDH, il a été reconnu que « l'angoisse et l'incertitude » peuvent également être constitutifs d'une violation (ACEDH *Kafkaris c. Chypre* du 12 février 2008 (req. 21906/04), § 99 et 106-107). Il faut donc chercher la solution la plus propre à prévenir l'« incertitude », surtout quand elle comporte également des risques d'incidences sociales ou économiques négatives.

Dès lors, la solution la plus équilibrée consiste à prévoir qu'**au moment de transmettre son dossier** au Tribunal de la concurrence pour décision sur la sanction administrative « directe », l'Autorité de la concurrence décide de la dénonciation (ou de la non-dénonciation).

#### **bb. Principe d'opportunité et protection judiciaire**

Il est dans la logique du système proposé dans cet avis qu'il n'existe **pas d'obligation de dénoncer**. La décision doit donc être régie par le **principe de l'opportunité**, qui doit être explicitement prévu dans la loi. Tant la dénonciation que la non-dénonciation ne devraient



à notre avis pas faire l'objet d'une **décision formelle**; dès lors, elles ne seraient pas susceptibles de recours.

Les droits des justiciables sont garantis une fois que la procédure a été ouverte, selon les règles de la loi de procédure applicable (DPA comme proposé ici ou CPPS). Rien ne justifie à notre sens un régime particulier au regard des autres procédures ouvertes en application des lois précitées.

## 5. Les garanties procédurales

### a. L'entreprise et l'individu. Des droits différenciés - des intérêts potentiellement divergents

#### aa. Des droits différenciés

Selon la jurisprudence européenne (il n'y a pas à ce jour de pratique des tribunaux suisses en la matière), l'**assimilation** de l'entreprise à l'individu s'agissant de ses droits procéduraux ne peut pas être entière et sans nuances ( cf. le très complet chapitre « Corporations and the European Convention on Human Rights » (qui traite aussi des juridictions du Commonwealth) in *Pinto/Evans*, *Corporate Criminal Liability*, London 2008, 159 ss).

Deux approches sont possibles. L'approche classique consiste à **distinguer** des droits « universels », qui doivent être reconnues à **chaque justiciable** du fait de son implication dans une procédure d'accusation en matière pénale, et des droits plus spécifiquement attachés à la **personnalité**, pour lesquels une distinction doit être faite en fonction des sujets de droit (*Baudisch*, *Die Tragweite des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes « ne bis in idem » im dezentralen Kartellrechtvollzug – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsdogmatik*, (thèse St-Gall), Krumbach 2008, 144 ss et 314 ss; *Heine*, *Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz*, RPS 2007, 43 ; dans le même sens, « *flesh and bone protection* », *British Columbia Securities v. Branch*, 2 S.C.R. 3, 39 (Canada), cité par *Pinto/Evans*, op. cit., 189). Une autre approche s'appuie sur la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne; elle peut être appelée fonctionnelle et est parfaitement illustrée par les termes d'un jugement devenu classique en matière de droit au silence (« jurisprudence Mannesmann ») : il convient de reconnaître un droit au silence qui ne doit pas aller « au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver les droits de la défense (...) et constituerait une entrave injustifiée à l'accomplissement, par la Commission (européenne), de la mission de veiller au respect des règles de concurrence » (TPI, *Mannesmannröhrenwerke c. Commission* du 20.02.2001, aff. T-112/98, pts 66-67, cf. CJCE, arrêt *Orkem c. Commission* du 18.11.1989, aff. C-374/87, Rec. 1989 p. I-3283 pts 34 ss). Il convient donc de tenir compte des objectifs législatifs et des particularités du sujet concerné pour configurer les droits reconnus quant à leur principe.

Dès lors, la reconnaissance de **droits différents** dans la « même procédure » (à l'entreprise et à la personne physique) est non seulement inévitable, mais tout simplement **inhérente** au système. Si problème il y avait, il serait d'ailleurs atténué, voire annulé, par l'existence de deux procédures distinctes devant des juridictions distinctes (tant selon le modèle proposé ici que celui du P-LCart). Les deux droits principaux à propos desquels cette approche différenciée peut être défendue sont la présomption d'innocence (cf. *Lieber* in *Donatsch/Hansjakob/Lieber* (éds), *Kommentar zur StPO*, Zurich, 2010, Art. 112 N 21) et le droit au silence (privilège ne pas s'incriminer). En l'état du droit et en particulier

de la jurisprudence, il n'est pas possible d'aller plus loin dans l'analyse dans le cadre de la présente expertise. En revanche, la reconnaissance pleine et entière du droit au silence aux personnes physiques ne prête absolument pas à discussion. C'est sous cet angle qu'il faut maintenant en traiter.

### **bb. Droit au silence et conflits d'intérêts**

Les principaux problèmes que pose la coordination des procédures (sanction directe contre l'entreprise et poursuite de personnes physiques) tiennent à la position des personnes (physiques), qui sont appelées à **représenter** l'entreprise dans la procédure devant le TC, avant d'être le cas échéant inquiétées **personnellement** devant l'autorité pénale (administrative). Il convient d'abord de déterminer dans quelle mesure elles peuvent faire valoir devant l'autorité d'instruction et de répression administratives un droit au silence.

#### aaa. Titularité du droit au silence

La titularité du droit au silence ne se confond pas avec le pouvoir de représenter l'entreprise dans les procédures pénales (ou civiles ; en procédure administrative fédérale, la matière est régie par la procédure civile, par renvoi de l'art. 16 PA). Elle est en effet plus large. On doit s'inspirer ici du système institué par le CPPS, dans la mesure où il paraît inopportun d'instaurer un **régime alternatif** spécifique à notre matière.

Dans le régime instauré par le CPPS, **trois types de personnes** peuvent faire valoir divers droits. Il y a d'abord la personne qui **représente concrètement** cette dernière dans la procédure pénale (art. 112 al. 1 CPPS, remplaçant au 1er janvier 2011 l'art. 102a al. 1 CP). Entrent en ligne de compte essentiellement des organes au sens du droit civil, à l'exclusion des organes de fait (cf. *Engler*, Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, Fribourg 2008, 161 s.; *Macaluso*, La responsabilité pénale de l'entreprise. Commentaire des art. 100quater et 100quinquies CP, Zurich 2004, 205 s.). Une deuxième catégorie est composée des personnes qui **pourraient être appelées** à représenter l'entreprise, parce qu'elles disposent du « pouvoir de représentation général » et de l'autonomie suffisantes (*Macaluso*, op.cit., 26 s.). Le CP prévoit sans ambiguïté que le représentant « possède les droits et les obligations d'un prévenu » (art. 102a al.2, 1ère phrase) ; s'agissant des autres représentants potentiels, il ne reconnaît explicitement que la dispense de l'obligation de déposer (art. 102a al. 2, 2ème phrase). Le CPPS n'a pas repris, à tort selon nous, la disposition concernant le « représentant réel » de l'art. 102a al.2, 1ère phrase, mais il ressort sans ambiguïté des travaux préparatoires (p. ex. FF 2006 1191) qu'elle reste applicable. Le législateur du CPPS a préféré aborder la question sous un angle plus concret, en donnant aux représentants, réel (première catégorie) ou virtuel (deuxième catégorie), le statut de **personne entendue à titre de renseignement** (art. 178 lit. h) CPP). Ces personnes sont dispensées de l'obligation de déposer (art. 180 CPPS) et par conséquent de collaborer (cf. art. 113 CPPS). Les deux dispenses nous paraissent indissolublement liées (cf. *Schmid*, StPO Praxiskommentar, Zurich 2009, Art. 180 N 3). Les **mêmes principes** devraient valoir dans une procédure pouvant conduire au prononcé d'une **sanction administrative**.

Reste enfin l'ensemble des **autres employés** de l'entreprise. Leur situation sous l'angle strict de la législation en matière cartellaire est délicate. Ils ne peuvent en principe pas faire valoir de dispense de témoigner au titre de la législation de procédure civile, applicable par renvoi de l'art. 16 PA (cf. *Brunnschweiler/Marquard*, Korrektes Verhalten bei

Hausdurchsuchungen, Jusletter du 17.10.05, N 65-69 ). L'entreprise n'est en effet pas un proche au sens de l'art. 165 CPC (ou de l'art. 168 CPPS), que l'employé exposerait à une poursuite pénale ou à une action en responsabilité civile par ses déclarations (art. 166 al. 1 lit. a CPC ; actuellement art. 42 al. 1 lit. a LPC); le risque pour l'employé lui-même est trop ténu pour être pris en compte, s'agissant d'employés de rang subalterne. Les droits garantis par la CEDH ou le PIDCP ne sont d'aucun secours, dans la mesure où ils ne protègent que le justiciable en tant que tel et que l'employé sans pouvoir de représentation général ne représente qu'un tiers qui n'est pas identifié à l'entreprise (cf. *Pieth*, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmers, RPS 2003, 373 s).

Le statut de personne entendue à titre de renseignements (art. 180 CPPSS) peut-il être étendu au-delà du cercle des représentants, comme le recommande ou l'envisage la doctrine depuis quelques années (cf. *Macaluso*, op.cit., 225 ; *Arzt*, Interessenkonflikte bei der Vertretung eines angeschuldigten Unternehmens, RSDA/SZWR 2004, 363) ? Le législateur l'a admis s'agissant de la procédure pénale (art. 178 lit. g CPP, qui englobe les « **collaborateurs** » des représentants, réels ou virtuels). Selon le Conseil fédéral, « la qualité de collaborateur (...) présuppose qu'il y ait une interaction directe entre cette personne et le membre de la direction désigné comme représentant de l'entreprise au sens de (l'art. 112 CPP) » (FF 2006 1191). Ce lien existe pour ce que l'on appelait dans un langage moins « moderne » (*sic*, FF 2006 1191), les **auxiliaires** du représentant (assistant, secrétaire), mais pas pour les employés d'**autres services** qui sont soumis à l'obligation de témoigner et donc, dans les conditions prévues par la loi ou la pratique spécifiques, à celle de collaborer (cf. *Schmid*, StPO Praxiskommentar, Art. 178 N 16). Il en va ainsi par exemple des employés du service de *compliance* (*Lieber* in Donatsch/Hansjakob/Lieber (éds), Kommentar zur StPO, Zurich, 2010, Art. 112 N 18).

En conclusion : les représentants officiels et les autres représentants sont dispensés de l'obligation de déposer et de collaborer. Les autres employés ne le sont pas. Toutefois les organes et auxiliaires, qui seraient susceptibles d'une poursuite pénale selon l'art. 53a P-LCart, devraient être couverts par les dispenses rappelées ci-dessus.

#### bbb. Conflit d'intérêts

Le premier effet de l'introduction d'une disposition visant les personnes physiques sera vraisemblablement d'**augmenter sensiblement** les raisons, pour l'organe ou l'employé susceptible d'être poursuivi, de faire valoir ce droit au silence. Mais le silence est **un droit, pas une obligation**. On peut donc également penser que la personne physique aura la tentation de charger l'entreprise, p. ex. de souligner ses défauts d'organisation, dans le but de **s'immuniser** contre une future poursuite. Dans un contexte législatif différent et plus complexe, la répression du blanchiment d'argent offre déjà un terrain de réflexion à ce sujet (cf. *Geiger*, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, Zurich/St-Gall 2008, 116 ss). On risque de rencontrer un **phénomène inverse** à celui que nous avons appelé l'« *effet Winkelried* » (*Roth*, L'entreprise, nouvel acteur pénal ? in F. Berthoud (éd.), La responsabilité pénale pour le fait d'autrui, Lausanne 2002, 95) : l'entreprise peut avoir toutes sortes de raisons – en premier lieu, le fait que la sanction pécuniaire est adaptée aux ressources de celui auquel elle est infligée – « de pousser en avant » une personne physique en tant qu'auteur principal de l'infraction (cf. dans le même sens l'intervention du Conseiller national Theiler lors du débat sur la motion Schweiger, BO CN 2009 2116) ; ici, ce serait la personne physique qui, pour se protéger, chargerait l'entreprise.

A côté de ces aspects stratégiques, l'interaction entre responsabilité des individus et responsabilité de l'entreprise sur le plan du droit matériel et la répartition du « *Pflicht zur Organisation* » ont fait l'objet de réflexions approfondies dans la doctrine récente (voir entre autres *Wohlens*, „Intensivierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung : Geschäftsherrenhaftung und Täterschaft kraft Organisationsherrschaft“, in *Wohlens/Ackermann* (eds), *Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis*, Zurich, 2008, 84 ss), alimentée par les rares décisions de jurisprudence (en premier lieu l'arrêt *von Roll*, ATF 122 IV 103), et il est hors de propos ici d'en reprendre l'analyse ; il suffit de constater que cette interaction génère de très sensibles conflits d'intérêts que les dispositions procédurales ne peuvent avoir vocation de régler entièrement (sur l'ensemble de la problématique, voir *Schneider*, *Unternehmensstrafbarkeit zwischen Obstruktion und Kooperation*, Berne 2009, 113 ss).

La question se pose de savoir quel est l'effet sur la résolution des conflits d'intérêts de l'existence de **deux procédures successives** devant deux juridictions différentes, plutôt que d'une procédure conjointe, à la fois contre l'entreprise et le cas échéant contre les personnes physiques.

Ni la séparation des procédures ni la fusion de ces dernières n'est à même d'assurer la **transparence** des conflits d'intérêts (entre intérêt en tant que personne et intérêt en tant que représentant de l'entreprise), qui constitue pourtant à nos yeux un des objectifs auxquels devrait tendre la législation. En revanche, la séparation entre les procédures est dans l'intérêt de la personne physique/représentant de l'entreprise, qui pourra « garder en réserve » des informations pour le cas où il ferait l'objet d'une dénonciation et donc faire un usage limité et « téléologique » de son droit de se taire.

## **b. L'entraide entre autorités**

En l'état, le projet de révision reprend tel quel l'art. 41 actuel, qui instaure une « **entraide obligatoire** » pour les offices fédéraux et cantonaux sur sollicitation de la Comco. En revanche, la réciproque n'est pas prévue. Les autorités de la concurrence ne peuvent être tenues de collaborer que sur la base d'une obligation résultant d'une loi régissant un **domaine distinct** ; il n'y donc pas d'« **entraide discrétionnaire** » à la charge de ces autorités (sur les trois catégories d'entraide administrative – obligatoire, discrétionnaire et spontanée – voir *Bellanger*, *L'entraide administrative en Suisse*, in *Bellanger/Tanquerel* (éds), *L'entraide administrative*, Zurich 2005, 19). Deux questions se posent dès lors: i) l'« obligation d'entraide » à laquelle sont astreints les partenaires potentiels de l'AC est-elle **suffisante** ?; ii) convient-il d'instaurer, à l'image de ce qui se fait dans des domaines voisins, une **restriction** à l'obligation d'entraide ?

### **aa. Extension de l'obligation d'entraide ?**

Le partage des compétences envisagé ici entre AC, TC et, le cas échéant, autorité de poursuite pénale (administrative) doit-il amener à compléter l'art. 41 LCart ? A notre avis, non. L'obligation qui pèse sur les offices actifs dans des domaines autres que le droit de la concurrence vaut *a fortiori* pour les autorités compétentes dans le même domaine (sur cette distinction entre entraide entre autorités « ayant le même type d'activité » et autorités « ayant des activités différentes », voir *Knapp*, *L'entraide administrative vue de Suisse*, in *Mouvement du droit public, Mélanges Franck Moderne*, Paris 2004, 854). On peut se demander si les deux principaux obstacles à la coopération, soit le secret (de fonction) et la protection des données (cf. *Bellanger*, *op.cit.*, 10 ss) devraient faire l'objet

d'une réglementation particulière. A notre sens, une telle réglementation n'est ni nécessaire, ni adéquate. Il est en particulier difficile de promouvoir l'instauration d'un régime spécifique sur le secret de fonction. Une « précision » telle que celle qui est contenue à l'art. 12 al. 1 du règlement 1/2003 de l'Union européenne (JO L 1 du 4 janvier 2003 p. 1) aux termes de laquelle les autorités ont le pouvoir (et non le devoir) de se communiquer « tout élément de fait ou de droit, y compris des informations *confidentielles* » n'apporte à notre sens rien à la disposition actuelle, puisqu'elle ne traite pas spécifiquement du secret de fonction.

#### **bb. Restrictions à une obligation d'entraide « extérieure » ?**

Face à une obligation d'entraide, une base légale de même niveau (soit généralement une loi) peut apporter une restriction, fondée sur et régie par les principes généraux régissant la matière, soit en premier lieu l'existence d'un intérêt légitime et le respect du principe de proportionnalité (cf. *Bellanger*, op.cit., 22). La LFINMA contient à son art. 40 une telle base, dont on peut se demander si elle ne peut pas ou ne doit pas être transposée ici.

L'article 40 LFINMA autorise l'autorité de surveillance à **refuser de communiquer**, entre autre aux autorités de poursuite pénale, des informations ou des documents dans la mesure où « cette collaboration pourrait mettre en péril une procédure en cours, ou nuire à la surveillance des marchés financiers ». Les conditions sont formulées de manière large. Les travaux préparatoires de la loi font ressortir que, derrière ces formulations larges, le risque de violation de la règle « *nemo tenetur se ipsum accusare* » a joué un rôle important au moment de l'adoption de la clause (cf. *Wohlens*, Reformbedarf, op.cit., 78 s.). Autrement dit, celle-ci apparaît également, et peut-être avant tout, comme un (nouveau) moyen de renforcer la garantie du « droit au silence ».

« Empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral » selon l'art. 1 LCart repris tel quel dans le P-LCart représente sans nul doute un « intérêt légitime » ; une clause transformant l'obligation d'entraide en « entraide discrétionnaire » (cf. ci-dessus) est une mesure proportionnée. Dès lors, il n'existe aucun obstacle **juridique** à la transposition de la clause de l'art. 40 LFINMA, en substituant « promotion de la concurrence (efficace) » à « surveillance des marchés financiers ». Au contraire, l'opération permettrait de réguler les flux d'informations « marqués » par un non-respect absolu du droit au silence et contribuerait ainsi à la protection des justiciables, de manière complémentaire ou en tant que substitut à la disposition dont il sera question ci-après (lit. d) *in fine*).

#### **c. Les règles sur l'inutilisabilité des déclarations auto-incriminantes**

##### **aa. Dans le cadre de l'imposition de sanctions administratives**

La situation actuelle suscite un sentiment de malaise, que l'arrêt du TAF du 24 février 2010 dans la cause *Swisscom* (B-2050/2007) ne lève pas entièrement. Ce malaise tient essentiellement à la **confusion** entre activités de nature « prudentielle » (« *konsenzorientiert* », cf. ATF 135 II 60 c. 3.1.3) et compétences de nature répressive en mains de la Comco. Les justiciables sont amenés à coopérer en application de l'art. 40 LCart, et des informations qu'ils pourraient être amenés à fournir dans ce cadre peuvent ensuite être utilisées à leur encontre dans le cadre d'une enquête ouverte sur la base de l'art. 27 LCart. La situation à cet égard n'est pas modifiée par le P-LCart dans son état au 26 mai 2010, et en particulier par la substitution de l'autorité de la concurrence à la Comco, aussi

longtemps que la séparation fonctionnelle dont il a été question plus haut (II. 3. b) n'est pas mise en œuvre.

Comme les procédures pouvant conduire à l'application d'une « sanction directe » telle que prévue à l'art. 49a LCart sont des « accusations en matière pénale » au sens de l'art. 6 CEDH, les justiciables bénéficient des garanties prévues dans cette disposition conventionnelle et en particulier du **droit à ne pas s'incriminer**. On peut douter, sur la base en particulier de la jurisprudence de la Cour de justice européenne (*supra* ch. II.4.a), que la protection des « entreprises » soit aussi large que celle des personnes physiques. Le droit à ne pas s'incriminer ne fait pas partie du noyau des droits de la personnalité. Sous l'angle fonctionnel, la collaboration de l'entreprise hors procédure d'enquête présente un intérêt public évident. Il convient donc d'être prudent – en cela, le présent avis rejoint l'arrêt du TAF précité, même s'il ne partage pas entièrement la démarche argumentative (cf. ci-après) – avant de condamner l'utilisation de déclarations auto-incriminantes de « l'entreprise » (i.e. de ses représentants) au nom de l'art. 6 CEDH. Il n'en reste pas moins que d'éventuelles brèches dans le droit à ne pas s'auto-incriminer doivent être strictement soumises aux principes généraux : **la proportionnalité, la subsidiarité et la bonne foi de l'administration**.

Qu'en est-il selon la jurisprudence ? Le Tribunal administratif fédéral adopte une approche plus souple que celle qui est recommandée ici : si l'administré a collaboré volontairement, il a « spontanément » renoncé à son droit de ne pas répondre ; dans le cas contraire, la Comco aurait dû rendre une ordonnance de sommation. L'autorité ne doit effectuer aucune contrainte directe ni indirecte au sens de la jurisprudence (non citée) de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* du 8.02.1996, Recueil 1996-I, p.30 § 45 ss. en particulier 50 ). Le TAF fait également une différence entre questions « neutres » et questions dont les réponses peuvent *potentiellement* être auto-incriminantes ; l'autorité doit également s'abstenir de poser des questions tendancieuses (*unzulässig et suggestiv*), qui pourraient conduire à l'auto incrimination ( c. 5.7.4-5.7.5). On peut ajouter, dans le sens de la solution choisie par le TAF, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme paraît s'assouplir quelque peu et se montrer moins stricte, en particulier au sujet de la contrainte directe (CourEDH, *O'Hallaran et Francis c. Royaume-Uni* du 29 juin 2007 et *Lückhof et Spanner c. Autriche* du 10 janvier 2008, critiqués par *Jeanneret*, *Le temps tant tentant*, in : *Le temps et le droit*, Travaux offerts à la SSJ par la Faculté de droit de Neuchâtel, Bâle 2008, 142 ss et *Wohlens*, in *forumpenale* 2008/1, 6 s

La PA, qui devrait continuer à régir l'imposition des « sanctions directes » ne contient aucune règle applicable, fût-ce par analogie. Dès lors, il faut soit prévoir une disposition particulière, qui pourrait être insérée après l'art. 49a, soit s'en remettre à la jurisprudence, ce qui, en cette matière sensible, délicate et mouvante, représente peut-être la meilleure solution. [Les articles 140-141 CPPS, qui se sont efforcés de codifier pour l'essentiel la jurisprudence suisse et européenne en matière de preuves illicites, attestent de la difficulté à saisir dans quelques alinéas législatifs une telle matière]. L'élaboration d'une formulation législative adéquate est également rendue difficile par la subtilité et le caractère évolutif des rapports entre l'entreprise en tant que justiciable, les personnes chargées de la représenter dans la procédure et d'autres personnes attachées à l'entreprise.

Malgré ces réserves, nous proposons d'envisager une disposition qui pourrait être libellée comme suit : « *Les éléments de preuve recueillis sans que l'entreprise ou son représentant*

*aient été informés de leur droit de ne pas répondre aux questions susceptibles de les incriminer ne sont pas utilisables dans le cadre de la procédure menée devant le tribunal de la concurrence en application de l'article 49a de la présente loi* ». Pour être complet, il faudrait également préciser que les éléments non utilisables ne peuvent pas servir à l'administration de nouveaux éléments de preuve, qui pourraient ainsi se trouver « blanchis » (preuves « en cascade », cf. art. 141 al. 4 CPPS ; *Wohlers*, Reformbedarf, op.cit., 80).

#### **bb. En cas de poursuite dirigée contre une personne physique**

S'agissant des personnes physiques, le droit à ne pas s'incriminer doit être absolument respecté. Dès lors, les déclarations faites durant la phase préalable à l'ouverture de l'enquête formelle, y compris celles qui auraient pu être faites selon la loi actuelle dans le cadre de l'enquête préalable, doivent être **renouvelées** après avoir été précédées d'une information sur le droit de ne pas répondre aux questions posées (cf. art. 158 ch. 1 lit. b) CPPS). Aussi artificiel que cela puisse paraître, les déclarations préalables ont ainsi un statut analogue à celle d'une dénonciation visant une personne, sur laquelle l'autorité d'instruction est habilitée à demander au prévenu de se déterminer.

Il n'est donc probablement **pas nécessaire** sur le plan interne de reprendre une disposition analogue à celle de l'art. 12 al. 3 du règlement R 1/2003 de l'Union européenne précitée, qui dispose pour l'essentiel que des informations recueillies dans le cadre d'une poursuite visant une entreprise ne peuvent être « *utilisées comme moyen de preuve* » (il n'y donc pas d'interdiction de **transmission**) que lorsque « *les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles (nationales) de l'autorité destinataire. Dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté* ».

Un point névralgique est en revanche celui de la **portée des constatations de fait** de l'instance administrative sur l'administration et l'appréciation des preuves par le juge pénal (administratif). Le CPPS (et le DPA) n'ont rien prévu à ce sujet, la disposition la plus proche étant l'art. 319 al. 2 CPPS aux termes duquel « il n'y a pas lieu d'administrer des preuves sur des faits (...) déjà suffisamment prouvés ». Le terme allemand « *rechtsgenügend* » est plus précis que le terme français, et le terme italien apporte encore une nuance supplémentaire (« *già comprovati sotto il profilo giuridico* »). Dans l'esprit de ces deux versions plus correctes du texte, l'allemande et surtout l'italienne, les éléments de fait constatés dans une autre procédure judiciaire doivent de manière générale être admis lorsqu'ils ont été établis dans une procédure qui respecte les principes généraux applicables en procédure pénale (droit de participer à l'administration des preuves, information sur le droit de ne pas s'incriminer, cf. *Schmid*, Handbuch des schw. Strafprozessrechts, Zürich 2009, N 781). Au cœur de la question se retrouvent donc les problèmes relatifs au droit au silence et à l'inutilisabilité des déclarations faites sans que ce droit ait été respecté.

#### **6. Bonus-/Kronzeugenregelung**

Nach positiven Erfahrungen im Ausland (s. *Dannecker/Körtek*, in *Dannecker/Jansen* aaO, 84 f., *Zimmerli* aaO, 275 ff., Gutachten *Baudenbacher* aaO 103 ff.) wurde im Rahmen der Kartellgesetzrevision vom Juni 2003 eine Kronzeugenregelung in das KG (Art. 49a II) bzw. die SVKG (Art. 8 ff. bzw. 12 ff.) aufgenommen. Diese betrifft Unternehmen (unten a.).

Neue Fragen entstehen, wenn natürliche Personen sanktioniert werden und sich das Problem stellt, ob auch für sie eine Bonus-Regelung eingeführt werden soll (unten b.).

#### a. Unternehmen

Die seinerzeitige Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozesses“ befürchtete bei Einführung einer Kronzeugenregelung im Strafrecht „unzulässigen Druck, Verstoß gegen die Rechtsgleichheit, das Legalitätsprinzip und eine Erschütterung des Vertrauens der Bevölkerung in die Rechtsordnung“. Nur bei einem eigentlichen „Ermittlungsnotstand“ seien Kronzeugenregelungen u.ä. denkbar (EJPD, Aus 29 mach 1, 58, dazu *Heine*, FS-Riklin 2007, 420 ff., *Zimmerli* aaO 651 ff.).

Die Bonusregelung im KG für Unternehmen wird von Praxis und Wissenschaft überwiegend für wirksam, ja **unverzichtbar** gehalten (vgl. *Tagmann/Zirlick*, BSK-KG Art. 49a N 120, Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, 2008, N 121 ff., *Zimmerli* aaO 758 für horizontale Hard-Core-Kartelle, *Baudenbacher* Gutachten, 143, vgl. *Koumbarakis*, Die Kronzeugenregelung im schweizerischen Strafprozess de lege ferenda, 2007, 111 ff., 313 ff., *Martenet* in Skoczylas, Jusletter v. 2.9.2010, 2; vgl. aber zu Deutschland *Dannecker*, in Wabnitz/Janovsky [Hrsg.], Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kap. 16 N 101, 111). Und im Hinblick auf die Bedenken der Expertenkommission wird vor allem auf einen eigentlichen Beweisnotstand im Kartellrecht abgehoben (*Zimmerli* aaO 628 ff., *Tagmann/Zirlick* aaO N 126 ff.). Im Übrigen sei „Reue“ nicht wie im Individualstrafrecht Voraussetzung einer Sanktionsmilderung, da Kosten- und Effizienzgründe bei Quasi-Strafrecht eine grössere Rolle spielen dürfen (*Heine*, FS-Riklin, 422). Und verfassungsrechtlich dürften keine Bedenken bestehen, gehe es doch darum, eine strukturelle Ungleichbehandlung willkürfrei umzusetzen und den Geltungsanspruch des Verbots im KG erst durchzusetzen (näher *Zimmerli* aaO 678 ff.; vgl. aber *Hassemer/Dallmeyer* aaO 57 ff., 72 f. [fehlende ausreichende Orientierung der betroffenen Unternehmen über die Konsequenzen ihrer Meldung]).

Für die Bonusregelung stellt sich die Frage, welche **natürlichen Personen** die Selbstanzeige für das Unternehmen mit den entsprechenden Wirkungen vornehmen dürfen.

Auf den ersten Blick erscheint es als selbstverständlich, dass dafür nur natürliche Personen in Frage kommen, die das Unternehmen bei diesem Vorgang rechtlich wirksam vertreten/verpflichten können. 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 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. Aber sprechen nicht Gründe der Effizienz für eine Ausweitung des Personenkreises, etwa auf Personen mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen im Geschäftsbereich des Kartellverstosses, oder gar auf jeden beliebigen Mitarbeiter? Soll allein das öffentliche Interesse der verbesserten Aufklärung massgebend sein?

Solange Sanktionen lediglich gegen Unternehmen verhängt werden, besitzen Mitarbeiter so gut wie kein Interesse, wettbewerbswidriges Verhalten ihrer Unternehmen anzuzeigen. Insofern wird diese Frage dann praktisch, wenn de lege ferenda Bonusregeln auch auf natürliche Personen Anwendung finden sollten (unten b.).



Eine unbesehene Ausweitung des Personenkreises über die Organe usw. hinaus würde auch deren All-Zuständigkeit für Konfliktlösungsstrategien im Umgang mit Kartellverstössen auflösen und zudem die Formalisierungskriterien der SVKG ausspielen.

### b. Natürliche Personen

Schlagen die hochkarätigen Bedenken der Expertenkommission aber nicht dann voll durch, wenn es um eine **Bonusregelung für natürliche Personen bei Kriminalstrafen** geht? Wird danach der öffentliche Strafanspruch gleichsam in die Hand des Rechtsbrechers gelegt und geben dann nicht mehr Gerechtigkeitsideen den Ausschlag für Strafe, sondern das volkstümliche Prinzip „Wer zuerst kommt, der mahlt zuerst“? Diese Bedenken wären deutlich geringer, wenn es nicht um freiheitsentziehende Sanktionen ginge (s.o. 2. f. cc., dd.).

### c. Grundprobleme und Lösungsansatz: pro Bonusregelung

Eine Bonusregelung für natürliche Personen ist jedenfalls **nicht** allein zu rechtfertigen durch **reine Zweckmässigkeitsüberlegung** (vgl. *Koumbarakis* aaO 313 ff.). Solche Zweckmässigkeitsüberlegungen wären zunächst die Devise: Wer A sagt, der muss B sagen, oder anders gewendet: Der Erfolg der Bonusregelung bei Unternehmenssanktionen darf nicht gefährdet werden durch ein fehlendes Gleichziehen bei der Bestrafung natürlicher Personen. Denn es hätte geradezu fatale rechtliche und gesellschaftliche Konsequenzen, wenn dem sich anzeigenden Unternehmen ein Sanktionserlass zugestanden würde, zugleich aber die selbstanzeigenden Mitarbeiter des Unternehmens aufgrund der gelieferten Information bestraft werden könnten.

Als Notbehelf könnte man ein **absolutes Beweisverwertungsverbot** installieren (vgl. *Kindhäuser*, in Glassen [Hrsg.], Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 2007, Art. 81, N 193, Dannecker, *wistra* 2004, 366 zur EU/nationalen Ebene). Doch dürfte dies erstens wohl keine undurchlässige chinesische Mauer zur Folge haben, zum anderen seinerseits Gerechtigkeitsideen verletzen, zumal kaum zu vermitteln wäre, dass die Selbstanzeige, in eigener Person vorgenommen, nur dem Unternehmen nützt. Solcher selbstloser Paternalismus mag zum japanischen Wirtschaftsleben passen, in der Schweiz ist er, trotz Winkelried, wie in Westeuropa insgesamt ein Fremdkörper. Wenn reine Zweckmässigkeit nicht genügt, was muss dann zur Legitimation einer Bonusregelung vorliegen?

Wesensmerkmale von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen durch Kartelle sind deren **Heimlichkeit** und deren (faktische) **Opferlosigkeit** (s. Vorbem. II. 1a). Im Vergleich etwa zu einem Banküberfall fehlt es bei Kartellverstössen an einem äusseren (Schadens-) Ereignis, das gerichtlich rekonstruierbare Ermittlungsbefunde auslöst. Kartellverstösse gehören zu den sog. *victimless crimes*, so dass bei Opfern als Zeugen oder Privatkläger regelmässig Fehlanzeige zu vermeiden ist. Darüber hinaus besteht die Tendenz in der Wirtschaft, solche Vorgänge „unter sich auszumachen“, d.h. Staatsgewalt aus der Lösung des Konflikts herauszuhalten. Deshalb passt phänomenologisch viel eher der Vergleich zu einer blossen Verabredung zu einem Banküberfall, die über die bekannten allgemeinen Ermittlungsschwierigkeiten solcher Vorfeld-Taten darüber hinaus bei Kartellabreden durch hoch-professionell organisierte Heimlichkeit und häufig elektronisch vermittelte Kommunikation gekennzeichnet ist.

Die **Auskunftspflicht** (Art. 40 KG) löst dieses Problem mangelnder Information der zuständigen Behörden nicht, sie ist, soweit sie (sanktionsbewehrt) gegenüber natürlichen Personen, wie Vorständen von Unternehmen, zum Einsatz gelangt, im Zusammenhang

mit freiheitsentziehenden Sanktionen schlicht völkerrechtswidrig (*Waser*, Grundrechte im Wettbewerbsverfahren, 2002, 192, *Denner/Goldschmid*, ZBJV 1997, 350, *Heine*, FS-Riklin 2007, 421). Insofern kann man im Vergleich zum Gros der klassischen Kriminalität in der Tat von **besonderen Ermittlungerschwernissen** reden (näher *Zimmerli* aaO 628 ff., beschränkt auf die hier massgeblichen Hard-Core-Kartelle).

Dabei dürfte im Vergleich zu anderen speziellen Ermittlungsmassnahmen, wie etwa präventiver Telefonüberwachung (in den USA effektiv, aber rechtsstaatlich höchst problematisch eingesetzt), die Bonusregelung als Instrument der Tataufklärung das **mildere Mittel** sein, ganz ungeachtet dessen, dass es an dem für Telefonüberwachung notwendigen Tatverdacht bei Treffen zu Kartellabreden häufig fehlen dürfte.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich die Ausgangs- und **Funktionsbedingungen im Strafverfahren** seit der Analyse der Expertenkommission **geändert** haben. Damals konnte in Übereinstimmung mit dem BGer (BGer v. 22.1.2004, 6 S. 186/2003, Erw. 5.7.1 m. weit. Nachw., dazu *Forster*, ZBJV 2004, 288) überzeugend davon ausgegangen werden, dass sich jegliche Art von Absprachen im Strafverfahren in der Schweiz als struktureller Fremdkörper verstehen müssen. Indes hat mittlerweile der weltweite Trend (s. *Joerden*, *Joerden/Swarc*, Europäisierung, 2007, 279 ff.) auch vor der Schweiz nicht halt gemacht. Mit dem Inkrafttreten der schweizerischen StPO zum 1.1.2011 werden im Rahmen des sog. abgekürzten Verfahrens (Art. 358 StPO) Verständigungen über Strafanprüche rechtlich hoffähig, mithin eine Vielzahl von Gründen, welche die Expertenkommission zu ihrem Verdikt veranlasste, mit einem Federstrich des Gesetzgebers obsolet oder zumindest modifiziert (eingeh. u. krit. *Bommer* ZSR 2009, 5 ff., *Schwarzenegger*, *Liber amicorum Niggli*, 2010, 25ff.). So gibt dieses neue Gesetz das Signal, dass erstens das Strafrecht generell bereit ist, Strafmilderung auch dann zu gewähren, wenn nicht, wie klassisch strafrechtlich vorausgesetzt, echte Reue zur Debatte steht (näher *Jaggi*, *Die prototypische Absprache*, 2006, 133 ff., zu weiterem wie Art. 260<sup>ter</sup> StGB s. *Zimmerli* aaO 653 ff., *Koumbarakis* aaO 313 ff.) und dass zweitens Zweckmässigkeitserwägung und damit auch öffentliche Interessen zu einem Absehen von Strafe führen können.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass **Art. 13 VStrR** gleichsam als Allgemeiner Teil des Nebenstrafrechts zweierlei belegt: Auch wenn in seinem Bezug auf die Tat des Geständigen beschränkt (während nach Kartellrecht der Kooperationswillige auch „das Kartell“ und alle seine Teilnehmer anzeigt, s. *Zimmerli* aaO 636, 557), so ist der massgebende Rechtsgedanke derjenige, dass aus Zweckmässigkeitsgründen bei Tataufdeckung und Erfüllung öffentlicher Interessen (hier Leistungs- und Rückzahlungspflicht, dort Ermöglichung von gewinnabschöpfender Sanktionierung zur Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs) ein Strafausschlussgrund vorliegen kann. Zweitens kommt zum Ausdruck, dass es ausserhalb des StGB gute Gründe geben kann, solche Bonus-Regeln zuzulassen – ein nachgewiesener Ermittlungsnotstand stets vorausgesetzt.

- *Ermittlungsnotstand*,
- *stärkere Berücksichtigung von Zweckmässigkeitsgesichtspunkten im neueren Schweizerischen Strafverfahren*,
- der Rechtsgedanke des *Art. 13 VStrR* und
- die *normative Kraft des Faktischen* (Bonus-Regelung für Unternehmen)

sprechen wohl für eine Zulässigkeit der Bonus-Regelung für natürliche Personen im Kartellrecht, auch zumal keine Verbrechen auf der Agenda stehen.

Es würde weiter den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen, wenn dem sich anzeigenden Unternehmen ein Sanktionserlass zugestanden würde, zugleich aber die selbstanzeigenden Mitarbeiter des Unternehmens aufgrund der gelieferten Information bestraft würden. Ein solches Ergebnis würde zudem in der Bevölkerung nicht verstanden werden. Hinzukommt, dass jener Personenkreis, der für ein Unternehmen rechtlich wirksam handeln kann (Organe usw.), gerade davon abgehalten würde, Anzeige zu erstatten, wenn nicht das Organ selbst in den Genuss der Bonusregelung käme. Die Erstreckung der Art. 8 ff. der KG-Sanktionsverordnung auf natürliche Personen ist bei Einführung von Kriminalstrafen erscheint daher geboten. Gleichwohl ist zu erkennen, dass sich der Charakter des Kriminalstrafrechts schleichend wandelt.

Die Grundsatzentscheidung, dass auch natürliche Personen in den Genuss der Rechtswohltat bei Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsabrede kommen, ist wegen der Neuartigkeit dieser Regelung im Gesetz niederzulegen. Diese Formulierung korrespondiert mit Art. 49a Abs. 2 und ermöglicht so den erforderlichen Gleichlauf zwischen Unternehmen und natürlicher Person.

#### **Art. 53a Abs. 5**

Art. 53a Abs. 5

Wirkt die Person nach Abs. 1 an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsabrede mit, so ist sie nicht strafbar oder es kann auf eine Bestrafung ganz oder teilweise verzichtet werden.

#### **d. Einzelfragen**

Wenn daher einer Bonus-Regelung dem Grunde nach „Grünes Licht“ zu erteilen wäre, so stellt sich die Frage, wie eine solche Bonus-Regelung umgesetzt werden könnte. Ein Problem ist dabei die **Koordination** mit der Bonus-Regelung für das Unternehmen. Die oben 6. a. aufgeworfene Frage stellt sich in anderem Lichte, ist doch ein Mitarbeiter einem persönlichen Haftungsrisiko ausgesetzt und deshalb motiviert, die Bonus-Regelung zu aktivieren. Ist in diesem Fall von einer Doppelwirkung auszugehen (natürliche Person und Unternehmen) oder von einer Einzelwirkung (nur natürliche Person)?

Ogleich 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 hierfür nur Personen in Frage kommen, welche das Unternehmen rechtlich wirksam vertreten bzw. verpflichten können.

Ein **Rücktritt** bemisst sich nach kernstrafrechtlichen Gesichtspunkten auch in seinen Auswirkungen stets individuell und höchstpersönlich (s. Art. 23 StGB), und zwar auch dann, wenn einer von mehreren Beteiligten eine Rücktrittsleistung erbringt (Art. 23 II-IV StGB). Eine Erstreckung des Rücktrittsprivilegs auf andere Beteiligte ist dem Kernstrafrecht fremd, wird doch das persönliche Verdienst jener natürlichen Person strafmildernd oder strafbeseitigend honoriert, die aus eigenem Antrieb jenen Entschluss fasst.

Für eine **Einzelwirkung** (Wirkung nur für die Meldung erstattende natürliche Person bzw. das Unternehmen) scheinen zunächst Gründe einer effizienten Aufklärung von Kartell-

rechtsverstössen zu sprechen. Denn eine Einzelwirkung führt im Kartellrecht zu einem echten **Windhunderennen** („race for leniency“): die Unternehmen müssen bestrebt sein, ihr wettbewerbswidriges Verhalten vor den Mitarbeitern anzuzeigen – und umgekehrt (s. *Barnett*, in Hawk, *International Antitrust Law and Policy* 2007, 3, *Baudenbacher* Gutachten aaO 138 f.). 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 – und zwar gezielt. Zudem würde jener Ausgangspunkt des Kernstrafrechts („hochwertiges persönliches Verdienst aus autonomen Gründen“) geradezu auf den Kopf gestellt. 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. Dafür sprechen auch intrikate verfahrensrechtliche Probleme, die sich andernfalls stellen können, nämlich etwa die rechtliche Bedeutung von Beweismitteln, die im Hinblick auf den Normadressat Unternehmen unter verfahrensrechtlichen Bedingungen erlangt wurden, die im Individualstrafrecht und –strafverfahren aber keine Relevanz erlangen dürfen (vgl. die verschiedenen Verfahrensmodelle).

Im **Verhältnis** von **mehreren natürlichen Personen zueinander** sollte die Bonus-Regelung dagegen – den Rechtsgedanken von Art. 23 StGB und Art. 13 VStrR folgend – nur **ad personam** wirken. 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. Strafmilderung. Anderes gilt, wenn ein Kollektivbeschluss vorliegt, mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren. Wenn dagegen umgekehrt das kollektive Leitungsorgan den Beschluss fasst, keine Informationen zu liefern, ein Mitglied dieses Kollektivs sich aber nicht daran hält und Selbstanzeige erstattet, so erscheint es fraglich, die Wirkung auch auf das Unternehmen zu erstrecken. Denn massgeblich dürfte hier der Beschluss des zuständigen Kollektivorgans sein, die Bonus-Regelung für das Unternehmen eben nicht in Anspruch zu nehmen.

Diese Fragen ohne **VO-Regelung**, welche jedenfalls **Grundsätze regelt**, allein in das Ermessen der zuständigen Behörde zu stellen, verbietet sich angesichts der Tragweite der Entscheide.

#### e. Vorschläge für gesetzliche Änderungen

- **Platzierung KG oder KG-Sanktionsverordnung**

Es ist im Hinblick auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage empfehlenswert, den Grundsatz, dass auch für natürliche Personen Bonusregelung in Betracht kommen muss, im KG zu regeln.

Art. 8 KG

<sup>1</sup> (Text von Art. 8 Absatz 1 KG-Sanktionsverordnung)

<sup>1 bis</sup> Gleiches gilt für natürliche Personen im Sinne des Art. 53a.

## Art. 8 Abs. 1<sup>ter</sup>

Die Rechtswirkungen von Absatz 1 und Absatz 2 erstrecken sich grundsätzlich auf das Unternehmen und die natürliche Person der betreffenden unternehmerischen Einheit. Absatz 1 gilt dagegen im Verhältnis natürlicher Personen untereinander.

**Erläuterung:** In Art. 8 Abs. 1<sup>ter</sup> ist das Wort grundsätzlich notwendig. Denn es handelt sich nur um einen Grundsatz. Man denke an folgenden Fall: Wenn das kollektive Leitungsorgan eines Unternehmens den Beschluss fasst, keine Anzeige zu erstatten, ein Mitglied dieses Kollektivs sich aber nicht daran hält, etwa weil es das Risiko und die rechtlichen Weiterungen anders einschätzt als das Gremium, und deshalb Selbstanzeige erstattet, so erscheint es fragwürdig, die Wirkung auf das Unternehmen zu erstrecken. Da das Unternehmen durch jenes zuständige Gremium handelt, hat sich das Unternehmen, normativ betrachtet, gegen eine Anzeige entschieden. Es wäre widersprüchlich, dem Unternehmen gleichwohl eine Rechtswohltat zukommen zu lassen. Ebenso ist eine Ausnahme von der Doppelwirkung anzunehmen, wenn es um einen Manager geht, der die Voraussetzungen von Art. 53 a Absatz 1 (neu) erfüllt hat. Von ihm verlangt das Recht wegen des von ihm verwirklichten Unrechts eigene Anstrengungen im Sinne des Art. 53a Abs. 3 (neu), die Rechtswohltat muss in diesem Fall persönlich verdient sein. Eine automatische Erstreckung der Wirkung der Anzeige durch sein Unternehmen auf einen solchen gleichsam aus dem Ruder gelaufenen Manager wäre im Übrigen geeignet, den Eindruck von rechtlichen Sondervergünstigungen für die Wirtschaft aufkommen zu lassen. Im umgekehrten Fall dagegen, also dass jener Manager Anzeige erstattet, spricht nichts dagegen, die Wirkung nicht auf das Unternehmen zu erstrecken.

Folgende **Anpassungen** in der KG-Sanktionsverordnung sind notwendig, zumal die KG-Sanktionsverordnung (nur) von Unternehmen spricht (durch zusätzliche Erwähnung von „natürliche Person“ oder „natürliche Personen im Sinne des Art. 53a KG):

Art. 8 Abs. 4 lit. a; Art. 9 Abs. 1/Abs. 2, Abs. 3

Ergänzung von Art. 12: Abs. 4, Gleiches gilt für natürliche Personen im Sinne des Art. 53a KG).

Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und 2

Art. 17 Satz 2

Art. 18

Art. 19.

## 7. Spezielle Fragen

### a. Sanktionierung der Einzelfirma

Es hat sich gezeigt (o. 2. d.), dass **ne bis in idem verletzt** wird, wenn eine **Einzelfirma** mit einer Sanktion „belastet“ und gleichzeitig die natürliche Person mit einer Kriminalstrafe sanktioniert wird. Denn massgeblich ist eine **wirtschaftliche Betrachtungsweise**. Die Einzelfirma aber hat kein vom Privatvermögen des Einzelkaufmanns getrenntes Privatvermögen (s. *Meier-Hoyoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht 10. Aufl. § 26 N 2). Deshalb entspricht das Verbot der kumulativen „Belastung“ der Einzelfirma und der Bestrafung der betreffenden natürlichen Person zu Recht der h.M. (s. zB *Schmid*, FS-Forstmoser

aaO 771 und recht 2003, 222 f., sowie die Nachw. b. *Niggli/Gfeller*, BSK-StGB Art. 102 N 409).

Dabei stellt sich überhaupt die Frage, ob die Einzelfirma mit einer Sanktion iSd Art. 49 KG „belastet“ werden kann. Denn soweit dort ein originäres Organisationsverschulden verlangt wird (s.o. 1. c. bb.), fehlt es bei einer Einzelfirma an der entsprechenden rechtlichen Basis (s. *Heine* in *Niggli/Amstutz* aaO 108). Anderes gilt für die Haftungsgrundlage der h.M. (o. 1. c. aa.) bzw. die unerlaubte Risikoschaffung in der Alternative der fehlerhaften Unternehmensphilosophie (o. 1. c. cc.).

### b. Compliance-Programme und Strafmilderung

Die betriebliche Implementation eines einschlägigen Compliance-Programms führt bei Unternehmen, wie erläutert (s.o. 1. c. dd.), zu einer Sanktionsmilderung. Die Frage stellt sich, ob dies auch bei **natürlichen Personen** erfolgen sollte. Generell besteht hierzu **keinerlei Anlass**, weil sich die Grundlagen der Verantwortung unterscheiden.

Zu erwägen sind Strafmilderungen für natürliche Personen dort, wo sich die Haftungsgrundlagen annähern, also in bestimmten Bereichen der Geschäftsherrenhaftung (s.o. 2. c., d. ccc.).

### c. Parallelverantwortung von Unternehmen und natürlichen Personen

Die de lege ferenda erwogene Einführung von Kriminalstrafen gegen natürliche Personen sollte **keinesfalls** zur **Schwächung** der **Verantwortlichkeit von Unternehmen** führen. Zwar mögen eine neue Verantwortung von natürlichen Personen und die Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße zu einer Neubalancierung der Effekte führen. Freilich hat das hiesige Gutachten aufgezeigt, dass es um zwei unterschiedliche Regelkreise geht, hier die prinzipiell umfassendere Verantwortlichkeit des Unternehmens, dort die Verantwortung der natürlichen Person.

### d. Verfahrensrechte – Grundlinien

Im Hinblick auf die quasi-strafrechtliche „Belastung“ von Unternehmen (oben 1.) dürfte das VwVG in seiner bisherigen Form keine genügenden rechtsstaatlichen Garantien bereitstellen. Die Frage stellt sich, ob das VwVG insoweit aufzurüsten ist oder ob von vornherein das VStrR Anwendung finden sollte (s.o. 1. c.cc.).

Soweit bei **natürlichen Personen** zukünftig echte Kriminalstrafen, insbesondere Freiheitsstrafen, verhängt werden, so stellt das **VStrR** auf den ersten Blick das rechtsstaatliche Minimum dar, das VwVG verbietet sich als Grundlage dagegen von vornherein. Freilich stellt sich die Frage, weshalb bestimmte Garantien, die in der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung verbürgt sind, nach VStrR und für Kartellverstöße nicht gelten sollen. Dies betrifft etwa den Anwalt der ersten Stunde (vgl. einerseits Art. 129 I Schw. StPO und andererseits Art. 39 III VStrR).

Soweit dagegen **rein verwaltungsrechtliche Präventivsanktionen** ohne Ahndungscharakter gegenüber natürlichen Personen realisiert werden, so ist die rechtliche Heimat prinzipiell das **VwVG**. Je stärker freilich ein Ahndungscharakter im Gesetz oder in der Praxis zum Ausdruck kommt, desto eher führt kein Weg am VStrR vorbei.

Besondere Schwierigkeiten dürften dann auftreten, wenn eine **einzige Behörde** (WEKO) mit **Ermittlungsbefugnissen** gegenüber **beiden Normadressaten** ausgestattet würde und es um Kriminalstrafen gegen natürliche Personen und um die „Belastung“ des Unter-

nehmens geht. Dies mag zwar ressourcenökonomisch sinnvoll sein, vernachlässigt aber die rechtliche Seite, dass es prinzipiell um zwei unterschiedliche Verantwortungsbereiche geht, die auch im Hinblick auf verfahrensrechtliche Garantien nicht identisch einzulösen sind. Andernfalls würde auch naheliegender Weise eine Verletzung von ne bis in idem drohen. Unterschiede bestehen sowohl hinsichtlich der Bausteine der quasi-strafrechtlichen „Belastung“ des Unternehmens und der individualstrafrechtlichen Kategorien der Verantwortungszuweisung als auch prozessual etwa im Hinblick auf die behördliche Erlangung der erforderlichen Tatsachen und deren Verwertbarkeit für Sanktionszwecke.

Die separate Führung von zwei Aktenvorgängen bei einer einzigen Behörde kann diesen Unterschieden und ggfalls notwendigen Abschottungen insbesondere im Hinblick auf Tatsachen (so bei [problematischer, unbedachter] Aufrechterhaltung der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG) schwerlich ausreichend Rechnung tragen, selbst unter Berücksichtigung eines Notbehelfs (Beweisverwertungsverbot) bei natürlichen Personen.

### III. **Recommandations des experts**

Comme le projet du Conseil fédéral dans son état au 26 mai 2010, l'expertise s'exprime en faveur du maintien du régime actuel des sanctions administratives, en confiant à l'autorité de la concurrence l'instruction du cas et l'« accusation » devant l'autorité de jugement, qui sera après la réforme le tribunal de la concurrence.

Les sanctions administratives des articles 49a et suivants LCart sont indiscutablement des « *accusations en matière pénale* » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, CEDH . Toutefois, les objections quant au régime procédural actuel et au maintien de ce régime dans la loi révisée ne peuvent se fonder sur l'article 6 CEDH qui assure certaines garanties au justiciable, quelle que soit la qualification de la procédure par le droit national. La jurisprudence de Strasbourg n'a pas pour objet d'imposer aux Etats l'application d'une loi de *procédure pénale* selon la qualification nationale.

Les prémisses sur lesquelles se fondent les propositions quant au régime procédural de la poursuite des personnes physiques (à supposer qu'elle soit introduite dans la loi) sont les suivantes :

- i. Cette poursuite est *subsidaire* vis-à-vis de la répression des entreprises
- ii. La répression étant inscrite dans la régulation, il faut assurer une *coordination* et un *pilotage* de la répression.

Deux conséquences principales découlent de ces prémisses : la poursuite pénale contre les personnes physiques doit suivre la poursuite administrative qui vise l'entreprise ; l'autorité de la concurrence doit se voir confier le *monopole de la dénonciation* des responsables individuels à l'autorité de poursuite pénale.

Deux solutions sont possibles, s'agissant de la poursuite dirigée contre des personnes physiques en raison d'une violation grave de la réglementation sur les cartels : confier la poursuite au Ministère public de la Confédération et le jugement à la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral, ce qui amène à appliquer le Code de procédure pénale suisse, en vigueur dès le 1er janvier 2011 ; ou appliquer la loi sur le droit pénal administratif et confier la poursuite et le jugement au Département fédéral de l'économie publique ou au Secrétariat d'Etat à l'économie. Le rapport discute des avantages et inconvénients de ces deux solutions, ainsi que de celle, très subsidiaire, d'une attribution de compétence

aux autorités judiciaires cantonales. De l'avis des auteurs, la « solution DPA » présente le plus d'avantages et le moins d'inconvénients.

Le rapport discute également des garanties procédurales de l'entreprise, dans une *tension* qui peut se révéler pesante avec celles qui sont reconnues aux personnes physiques qui la représentent et pourraient être elles-mêmes incriminées. Quelques règles spécifiques sur l'*utilisabilité* des déclarations faites par le représentant de l'entreprise et la *transmission* des informations recueillies dans le cadre de la procédure de répression administrative au juge pénal ou pénal administratif méritent d'être introduites dans la loi.