



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD

Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen im Kartellrecht

Bericht des EVD zuhanden der WAK-S in Erfüllung des Ordnungsantrages Schweizer vom 21./22. Juni 2010

16. August 2010

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	3
A.1	Ausgangslage.....	3
A.2	Position des Bundesrates.....	4
A.3	Bericht des EVD	4
B	Mögliche Modelle zur Umsetzung	5
B.1	Übersicht	5
B.2	Variante 1 Bundesanwaltschaft	6
B.3	Variante 2 Verwaltung	9
B.4	Variante 3 Wettbewerbsbehörde	11
B.5	Variante 4 Verwaltungsmassnahmen	13
C	Beurteilungskriterien	14
D	Bewertung der Varianten	15
D.1	Präventivwirkung	15
D.2	Kompatibilität mit der Bonusregel.....	16
D.3	Verfahrensdauer und Kosten.....	18
D.4	Einbettung in das bestehende System	20
D.5	Tabellarische Zusammenfassung der Bewertung im Vergleich zum Status Quo.....	24
E	Fazit	25
F	Anhang: Schematische Darstellungen der Varianten basierend auf bisherigem System	27
F.1	Variante Bundesanwaltschaft.....	27
F.2	Variante Verwaltung	28
F.3	Variante Wettbewerbsbehörde	29
F.4	Variante Verwaltungsmassnahmen.....	30

A Einleitung

Der vorliegende Bericht des EVD an die WAK-S vom 16. August 2010 über die Beurteilung der Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen im Kartellrecht wird in Erfüllung des Ordnungsantrages Schweiger vom 21./22. Juni 2010 vorgelegt. Er soll der WAK-S bei der Beratung der Motion 07.3856 eine Diskussion ermöglichen, „(...) wie bei Annahme der Motion die Möglichkeit strafrechtlicher Sanktionen für Personen, welche an Kartellabsprachen beteiligt sind, umzusetzen ist.“¹

A.1 Ausgangslage

Der Wortlaut der Mo. Schweiger (07.3856) lautet in ihrer aktuellen Fassung wie folgt:

„Der Bundesrat wird beauftragt, im Kartellgesetz durch eine ausdrückliche Regelung sicherzustellen, dass Unternehmen, welche ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten Verwaltungssanktion belegt werden können. Zur Stärkung der Compliance-Anstrengungen der Unternehmen sollen im Kartellgesetz gleichzeitig Strafsanktionen für natürliche Personen im Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern verankert werden.“

Ursprünglich hatte die Motion die Möglichkeit der Sanktionsbefreiung bei Vorliegen eines hohen Anforderungen genügenden **Compliance-Programms** verlangt, was die Präventivwirkung des Kartellgesetzes (KG) gefährdet hätte. Der Nationalrat beschloss die Streichung des entsprechenden Satzteils. Die Sanktion soll nur gemildert, nicht aber vollständig erlassen werden können, wenn ein Compliance-Programm installiert ist und auch gelebt wird.

Mit dem zweiten Satz der Motion wird verlangt, dass die **Mitarbeiter, welche sich aktiv an Kartellabsprachen beteiligen, neu strafrechtlich belangt werden können**. In der Debatte im Plenum des Nationalrates vom 3. Dezember 2009 wurde einhellig davon ausgegangen, dass die Sanktionierung der Mitarbeitenden **kumulativ** zur Sanktion gegen die Unternehmung hinzutreten soll. Dies ist denn auch unabdingbar, um das Ziel der verbesserten Wirksamkeit des Kartellrechts zu erreichen. In der vom Nationalrat überwiesenen Motion kommt somit eine starke kartellpräventive Zielrichtung zu Ausdruck, die bereits im Titel der Motion („Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht“) angelegt ist.

Natürliche Personen sollen – auch gemäss der parlamentarischen Initiative Kaufmann 08.443 – des Weiteren nur im Falle von Absprachen zwischen Wettbewerbern (also bei Vorliegen unzulässiger „harter“ horizontaler Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG), nicht aber bei Vorliegen von vertikalen Abreden oder Marktmachtmissbrauch (Art. 5 Abs. 4 und Art. 7 KG) sanktioniert werden. Diesem Ansatz kann gefolgt werden, weil horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden eindeutig als volkswirtschaftlich schädlich zu beurteilen und von den Rechtsunterworfenen wie (Straf-)Behörden eindeutig zu bestimmen sind. Demgegenüber braucht es zur Beurteilung von vertikalen Vereinbarungen und Marktmachtmissbräuchen eine komplexe Einzelfallanalyse unter Berücksichtigung auch der volkswirtschaftlicher Auswirkungen.

¹ Ordnungsantrag Schweiger, WAK-S, Sitzung vom 21./22. Juni 2010.

A.2 Position des Bundesrates

Der Bundesrat ist mit den Räten einig, dass ernsthafte Compliance-Bemühungen zu einer Strafmilderung für Unternehmen führen können sollen. Der Bundesrat begrüßte in seiner Stellungnahme vom 20. Februar 2008 auf die Motion Schweiger auch grundsätzlich die Einführung einer direkten Strafbarkeit von natürlichen Personen kumulativ zur Sanktionierbarkeit der Unternehmen für volkswirtschaftlich schädliche harte Kartelle. Er hielt jedoch auch fest, dass **eine solche Strafbestimmung je nach Ausgestaltung die bestehenden Möglichkeiten der Kartellrechtsdurchsetzung sogar gefährden könnte**. Im Weiteren wäre im Zusammenhang mit den in der Motion aufgeworfenen Fragen auch zu prüfen, inwiefern die Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen eine grundlegende Reform der Sanktionsmechanismen im Kartellrecht verlangen würde, beispielsweise die Übertragung der Zuständigkeit für die Beurteilung solcher Strafsanktionen an die Strafgerichte. Der Bundesrat beantragte angesichts dieser Unsicherheiten die Ablehnung der Motion. Er stellte aber in Aussicht, dass er bereit wäre, die Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen im Kartellrecht als Prüfungsauftrag entgegenzunehmen.

A.3 Bericht des EVD

Abklärungen über die Zweckmässigkeit der Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen in kartellrechtlichen Verfahren erfolgten bereits im Rahmen der Evaluation des KG, wobei das Gutachten Baudenbacher zu einem eher negativen Ergebnis kam². Diese Abklärungen wurden bei der Erarbeitung der Vernehmlassungsunterlage für eine neuerliche KG-Revision seitens des EVD vertieft. Angesichts des Behandlungsstandes der Motion Schweiger sollte nur eine Institutionenreform in die Vernehmlassung gegeben werden, die für die Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen offen ist. Bei der nachfolgenden Präsentation handelt es sich um ein Zwischenergebnis der auch verwaltungsextern noch andauernden Abklärungen³.

Der Bericht ist folgendermassen aufgebaut:

- In Kapitel B werden theoretisch denkbare institutionelle Modelle und Verfahrenswege zur Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen vorgestellt.
- In Kapitel C werden Beurteilungskriterien für die Modelle definiert.
- In Kapitel D werden die Modelle innerhalb der hergeleiteten Beurteilungskriterien bewertet.

Exkurs: Laufende Vernehmlassung zur Teilrevision des KG

Der Bundesrat hat am 30. Juni 2010 die Vernehmlassung zur Teilrevision des KG eröffnet. Er will damit – unter anderem gestützt auf die Evaluation des KG – materielle und institutionelle Verbesserungen im Kartellrecht umsetzen. Die Vernehmlassung dauert bis zum 19. November 2010.

Die Ausarbeitung der Vernehmlassungsunterlage erfolgte gestützt auf die Evaluation des Gesetzes, welche das Parlament bei der letzten Revision des KG im Jahr 2003 in Auftrag gegeben hatte. In seinem Evaluationsbericht vom 25. März 2009 folgerte der Bundesrat, dass am bestehenden Konzept des Wettbewerbsrechts sowie an den 2003 neu eingeführten Instrumenten (direkte Sanktionen, Bonusregelung, Hausdurchsuchungen und Widerspruchsverfahren) grundsätzlich festzuhalten sei. Gleichzeitig hatte er jedoch auch gewisse Mängel ausgemacht und das EVD beauftragt, konkrete Vorschläge für eine Anpassung des KG zu erarbeiten.

² CARL BAUDENBACHER, Institutionelles Setting, Vertikalbeschränkungen, Individualsanktionen, Private Enforcement, Strukturberichterstattung, 44/3, SECO, Bern 2009.

³ Vgl. hinten, Fn 4.

Ein Kernelement der Vorlage und im vorliegenden Zusammenhang besonders hervorzuheben ist die vorgesehene Aufwertung der Institutionen zwecks Stärkung der Rechtsstaatlichkeit. Die Reform sieht die Schaffung einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde vor, welche die Untersuchungen führt und Antrag stellt. Ihr Antrag geht an ein neu zu schaffendes, erstinstanzliches Bundeswettbewerbsgericht. Dem hohen Erfordernis nach ökonomischen Kenntnissen und praktischer wirtschaftlicher Erfahrung entsprechend sollen neben hauptamtlichen Richterinnen und Richtern auch nebenamtliche Fachrichterinnen und Fachrichter im Bundeswettbewerbsgericht Einsitz nehmen, angelehnt an den Aufbau des Bundespatentgerichts. Alle Richterinnen und Richter haben hohen Anforderungen an die Unabhängigkeit von wirtschaftlichen und politischen Interessen zu genügen.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Mo. Schweiger zum Zeitpunkt der Vernehmlassungseröffnung noch nicht überwiesen war, beschloss der Bundesrat, vorerst die Thematik der Sanktionierung natürlicher Personen sowie der Compliance-Programme auszuklammern. Im Falle einer Überweisung der Motion ist vorgesehen, rasch eine Zusatzvernehmlassung zu eröffnen.

Die Institutionenreform wird aus den in der Vernehmlassungsunterlage genannten Gründen vorgeschlagen. Der Wechsel von einem verwaltungsrechtlich geprägten Weg zu einem gerichtlichen Verfahren der Entscheidungsfindung soweit gegen Unternehmen vorgegangen wird begünstigt aber die Abstimmung mit dem in der Motion geforderten Vorgehen auch gegen natürliche Personen. Letztere könnten nur in einem gerichtlichen Verfahren verurteilt werden, jedenfalls soweit es um die Verhängung von Freiheitsstrafen geht.

B Mögliche Modelle zur Umsetzung

B.1 Übersicht

Die vom EVD geprüften Varianten für eine Umsetzung der Motion Schweiger wurden von zwei Prämissen geleitet, die sich in den parlamentarischen Debatten zur Frage der Überweisung dieser Motion herausgeschält hatten:

- die Verfolgung der Unternehmen bleibt das primäre Anliegen;
- die Durchsetzungsinstrumente des Kartellrechts sollten durch die Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen nicht geschwächt, sondern nach Möglichkeit ergänzt und die Präventivwirkung des Gesetzes somit gestärkt werden.

Die nachfolgenden Ausführungen zeigen den gegenwärtigen Stand der Arbeiten, wobei die Resultate des Gutachtens, welches das SECO in Auftrag gegeben hat und welches eine Vielzahl von strafrechtlichen und institutionellen Fragen beantworten soll, noch ausstehen⁴.

Die Umsetzung der Motion unter Einhaltung der beiden Prämissen erwies sich nicht als einfach. Verschiedene rechtsstaatliche Probleme und Einwände sind zu lösen. An dieser Stelle werden in einem ersten Schritt folgende drei Varianten der Umsetzung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen skizziert:

- Variante 1 **Bundesanwaltschaft**
- Variante 2 **Verwaltung**
- Variante 3 **Wettbewerbsbehörde**

Sie berücksichtigen jeweils andere rechtsstaatliche Probleme und Einwände (vgl. Kapitel B). Wegen der in jedem Fall verbleibenden Umsetzungsschwierigkeiten werden anschliessend als zusätzliche Alternative zu Strafsanktionen (Abschnitt B.5) so genannte

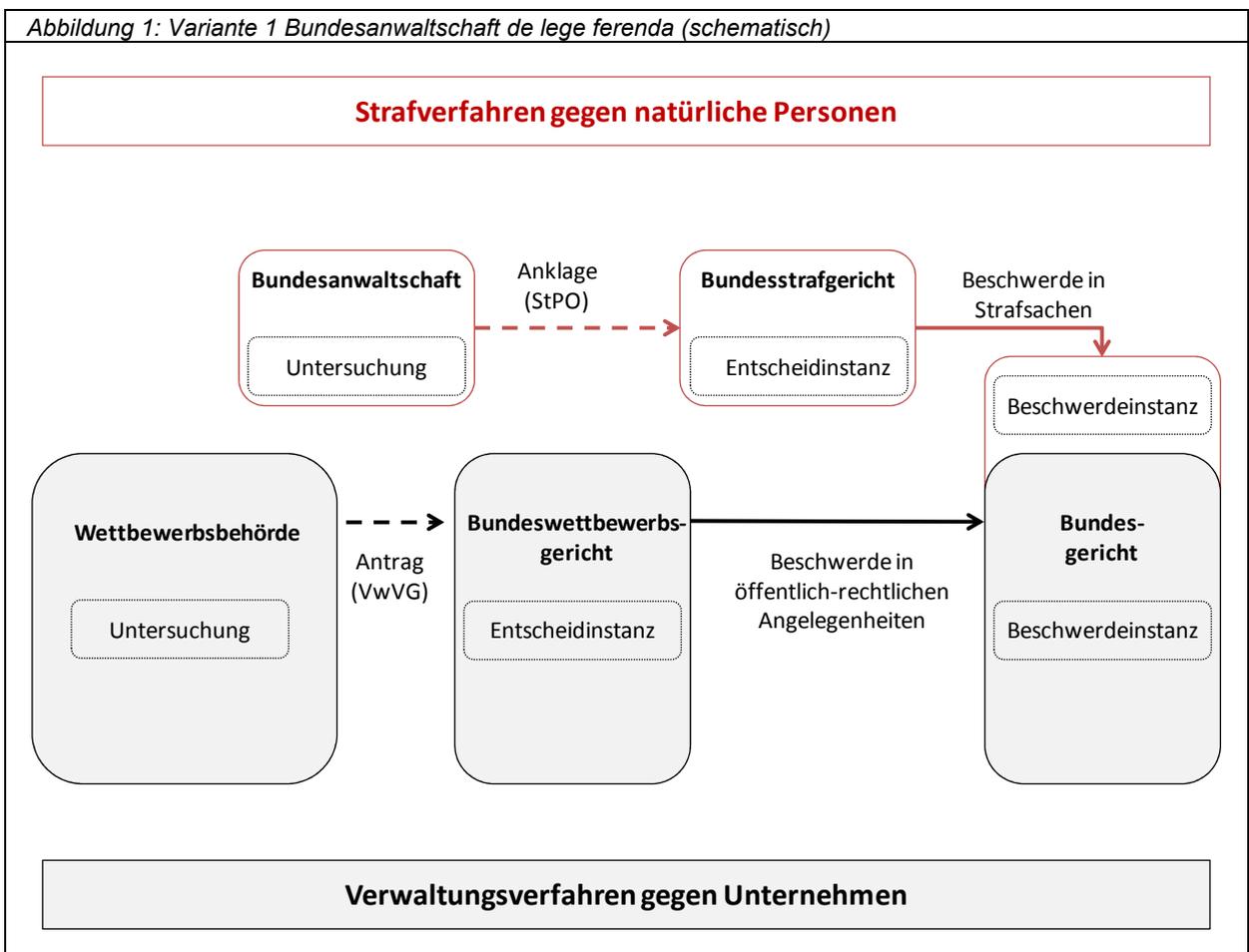
- Variante 4 **Verwaltungsmassnahmen gegen natürliche Personen** diskutiert.

⁴ Sich in Erarbeitung befindliches Gutachten der Professoren GÜNTHER HEINE (Uni Bern) und ROBERT ROTH (Uni Genf).

Die Darstellung der Varianten, insbesondere in Form von grafischen Darstellungen, basiert auf der in der Vernehmlassungsunterlage des Bundesrats vom 30. Juni 2010 vorgesehenen Reform der Institutionen (d.h. Schaffung einer Wettbewerbsbehörde und eines Wettbewerbsgerichts anstelle der Wettbewerbskommission [WEKO] und ihres Sekretariats sowie Bundesverwaltungsgericht). Mit Ausnahme der Variante *Wettbewerbsbehörde* sind grundsätzlich alle Varianten kompatibel mit der bisherigen Behördenorganisation (vgl. Anhang für eine schematische Darstellung der Varianten basierend auf den Institutionen de lege lata). Es ergäben sich jedoch je nach Variante zusätzliche verfahrens- und rechtsstaatliche Probleme.

B.2 Variante 1 Bundesanwaltschaft

Grundgedanke dieser Variante ist, dass das Verfahren gegen das Unternehmen im Vordergrund steht und verfahrensrechtlich gesehen möglichst in den eingespielten Bahnen ablaufen soll. Die strafrechtliche Verfolgung von natürlichen Personen tritt als zusätzliches Verfahren hinzu; sein Ausgang tangiert das Verfahren gegen das Unternehmen nicht.



- Die **Wettbewerbsbehörde** (nach geltendem KG das Sekretariat der WEKO und die WEKO) und das **Bundeswettbewerbsgericht** führen und entscheiden wie bisher gestützt auf das durch die Bestimmungen des KG ergänzte **Verwaltungsverfahrensgesetz** (VwVG) die kartellrechtlichen Verfahren gegen **Unternehmen**. Dabei werden gegen die Unternehmen allenfalls für die in Artikel 49a KG vorgesehenen Tatbestände Sanktionen ausgefällt.

- Die **Bundesanwaltschaft** führt bei Verdacht auf unzulässige horizontale Preis-, Mengen oder Gebietsabreden gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG ein **eigenes Verfahren nach den Regeln der Strafprozessordnung (StPO)** gegen diejenigen **natürlichen Personen**, welche verdächtigt werden, solche Abreden getroffen zu haben. Gegebenenfalls erhebt die Bundesanwaltschaft gegen die natürlichen Personen Anklage beim **Bundesstrafgericht**.
- Das Strafverfahren der Bundesanwaltschaft gegen die natürlichen Personen und die verwaltungsrechtliche Untersuchung der Wettbewerbsbehörde gegen die Unternehmen laufen **parallel und grundsätzlich unabhängig voneinander**. Jede Behörde wendet die ihr gestützt auf das jeweils anwendbare Verfahrensrecht (StPO bzw. VwVG/KG) zur Verfügung stehenden Untersuchungsmittel und Zwangsmassnahmen an (zu nennen sind hier insbesondere die Auskunftspflicht im Verwaltungsverfahren resp. die Instrumente der vorläufigen Festnahme von verdächtigen Managern bzw. Mitarbeitenden oder der Telefonüberwachung nach den Regeln der StPO). Aus Praktikabilitäts- und Effizienzüberlegungen wird jedoch insbesondere eine gewisse Koordination zwischen den beiden Untersuchungsbehörden vorzusehen sein, namentlich um zu verhindern, dass Beweiserhebungsmassnahmen einer Behörde (z.B. Hausdurchsuchungen) durch unkoordiniertes Vorpreschen der anderen Behörde torpediert werden. Daneben ist zu prüfen, in welchem Ausmass zumindest im Grundsatz Informationen und Beweismittel zwischen den Behörden ausgetauscht werden dürfen. Dabei ist zu beachten, dass sich die Verfahren gegen unterschiedliche Adressaten richten (Unternehmen im Verwaltungsverfahren resp. natürliche Personen im Strafverfahren), weshalb sich dabei die Frage nach der Wahrung von Parteirechten und nach Verwertungsverboten im jeweils anderen Verfahren stellen kann. Als problematisch erscheint in diesem Zusammenhang vor allem die Verwendung von gestützt auf die verwaltungsrechtliche Auskunftspflicht erhobenen Beweisen im Strafverfahren.
- Unternehmen würden eine allfällige **Bonusmeldung** wie bis anhin bei der Wettbewerbsbehörde, **natürliche Personen neu zusätzlich eine (strafbefreiende) Selbstanzeige bei der Bundesanwaltschaft** einreichen. Letztere ist notwendig, um das bisherige bewährte Instrument zur Aufdeckung von Kartellen nicht zu gefährden.⁵ Die genauere Ausgestaltung der Interaktion von in verschiedenen Verfahren eingereichten Bonusmeldungen, insbesondere die Frage, inwieweit eine verfahrensübergreifende Wirkung von Bonusmeldungen zur Sicherung der Anreize notwendig bzw. zulässig ist, ist gegenwärtig noch Gegenstand von vertiefenden Abklärungen.
- Anstelle der vorgeschlagenen Bundesstrafgerichtsbarkeit wäre die Zuständigkeit der jeweiligen **kantonalen Strafverfolgungsorgane** (Staatsanwaltschaften und Strafgerichte) denkbar. Diese Lösung kann aber im Hinblick auf eine wirksame Kartellrechtsdurchsetzung nicht im Vordergrund stehen: Kartelle verlaufen kaum je entlang von Kantonsgrenzen, was zumindest zunächst die Zuständigkeit mehrerer kantonalen Staatsanwaltschaften für dasselbe Kartell zur Folge haben könnte. Dazu kommen Probleme etwa betreffend Kompetenzfragen, Verfahrensdauer, Aufbau von Know-how oder die Entwicklung einer einheitlichen Praxis.

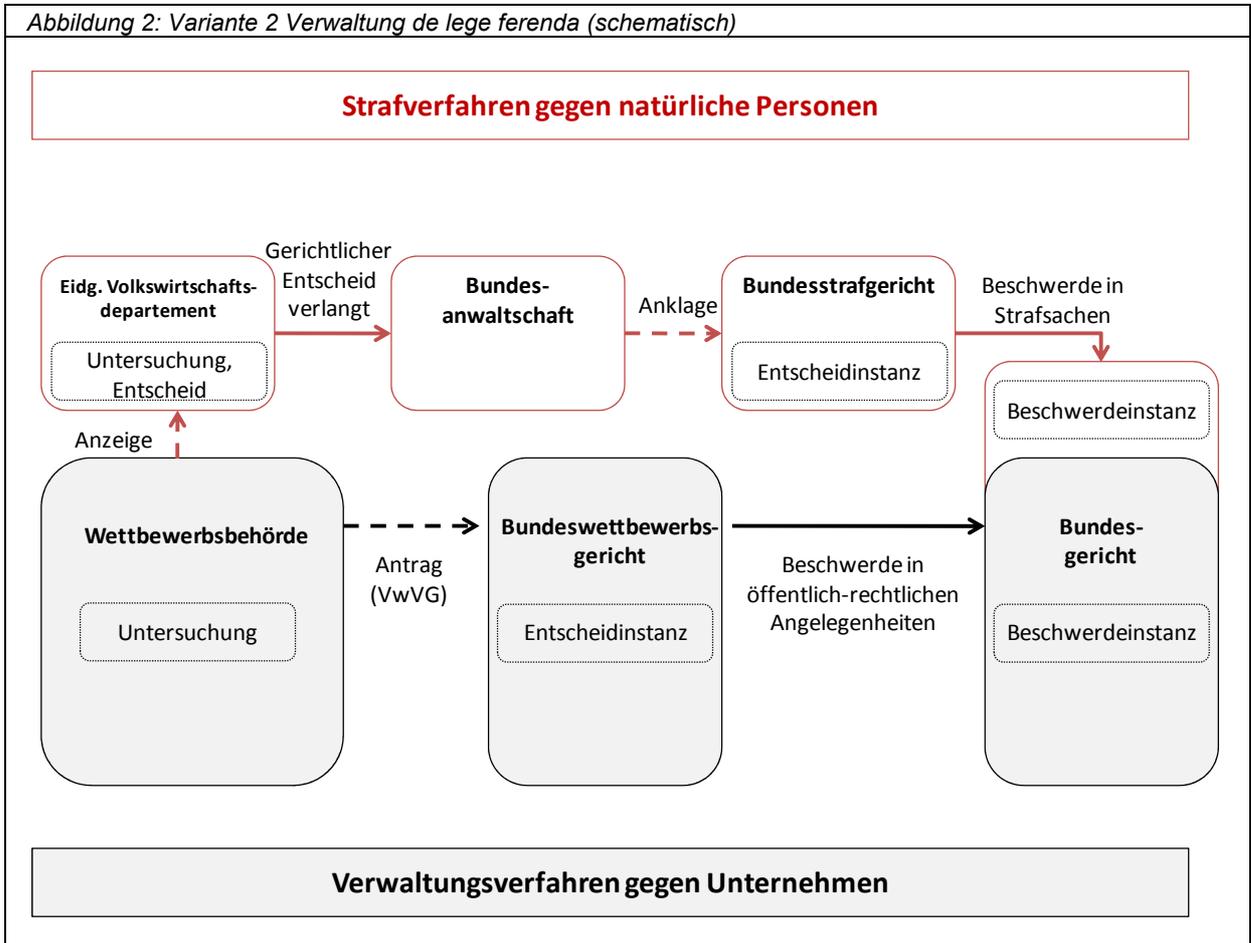
Zur Verhinderung einer uneinheitlichen Rechtsprechung und zum effizienten Einsatz der Ressourcen sollte der Aufbau der kartellrechtlichen Kenntnisse im Zusammenhang mit der Sanktionierung natürlicher Personen deshalb

⁵ Vgl. zur Notwendigkeit der Einführung einer Bonusregelung für natürliche Personen hinten, S. 15.

sinnvollerweise bei einer (spezialisierten) Staatsanwaltschaft und einem Strafgericht auf Stufe Bund konzentriert werden. Zumal es wenig konsequent ist, gegen die natürlichen Personen in den Kantonen vorzugehen, für dasselbe Kartell das Parallelverfahren gegen die Unternehmen jedoch auf Stufe Bund durch die Wettbewerbsbehörden zu führen.

B.3 Variante 2 Verwaltung

Bei dieser Variante bleibt es beim Grundgedanken, dass das Verfahren gegen das Unternehmen primär ist und verfahrensrechtlich gesehen möglichst in den eingespielten Bahnen ablaufen soll. Die strafrechtliche Verfolgung von natürlichen Personen tritt als zusätzliches Verfahren hinzu. Anders als in Variante 1 wird hierfür nicht der strafrechtliche, sondern der verwaltungsstrafrechtliche Weg gewählt.



- Die **Wettbewerbsbehörde** (nach geltendem KG das Sekretariat der WEKO und die WEKO) und das **Bundeswettbewerbsgericht** führen und entscheiden wie bisher gestützt auf das durch die Bestimmungen des KG ergänzte VwVG die kartellrechtlichen Verfahren gegen Unternehmen. Dabei werden gegen die Unternehmen allenfalls für die in Artikel 49a KG vorgesehenen Tatbestände Sanktionen ausgefällt. Liegen der Wettbewerbsbehörde (bzw. de lege lata der WEKO oder ihrem Sekretariat) – gestützt auf Beweiserhebungen, die den Verfahrensregeln für die Verfolgung natürlicher Personen nach Verwaltungsstrafrecht (VStrR) genügen – hinreichende, nicht durch ein Verwertungsverbot belastete Beweismittel gegen natürliche Personen vor, so reicht sie beim EVD ein vorbereitetes „Dossier“ ein.

- Das **EVD ist dann in einem Verwaltungsstrafverfahren verfolgende und urteilende Instanz** (analog zum EFD beim FINMAG)⁶. Es ermittelt in dieser Funktion gegen die natürlichen Personen und wendet die neue Strafbestimmung des KG an. Geldstrafen könnte das EVD in gewissem Umfange selber verhängen. Soweit die natürlichen Personen eine gerichtliche Beurteilung des Entscheides des EVD verlangen oder das EVD die Voraussetzungen für die Verhängung einer Freiheitsstrafe für gegeben hält, würde das EVD der Bundesanwaltschaft eine Anklage überweisen, welche die Bundesanwaltschaft beim Bundesstrafgericht einreichte. In dieser Ausgestaltung untersteht die strafbare Handlung der natürlichen Person (analog zur Regelung im FINMAG) somit der Bundesgerichtsbarkeit.
- Dieses Verfahren wäre – je nach Zeitpunkt der Überweisung des Dossiers – in geringerem oder grösserem Masse sequentiell. Die **Verfahren werden jedoch unabhängig voneinander** geführt.
- Unternehmen und natürliche Personen können die Bonusmeldung bei der Wettbewerbsbehörde einreichen.⁷ Auf eine gesetzlich geregelte Bonusregelung für natürliche Personen könnte bei diesem Umsetzungsmodell ohne allzu starke Beeinträchtigung der Funktionsweise der Bonusregelung für Unternehmen eventuell dann verzichtet werden, wenn eine besondere Gesetzesbestimmung es der Wettbewerbsbehörde gestatten würde, in freiem Ermessen über die Übermittlung des Dossiers zu entscheiden, wobei die übergeordneten Instanzen zudem zusätzlich an die von der Wettbewerbsbehörde getroffenen Auswahl der anzuklagenden Personen gebunden wären. Damit würde für die Verfolgung natürlicher Personen nicht mehr die *Offizialmaxime*, sondern das *Opportunitätsprinzip* – bzw. sogar eine Art „*Dispositionsmaxime*“ der Wettbewerbsbehörde, welche über ein „**Anzeigemonopol**“ verfügte – gelten. Dann könnte die Wettbewerbsbehörde dem selbstanzeigenden Unternehmen zusichern, dass sie nicht gegen seine Manager und Mitarbeitenden Anzeige erheben wird.
- Eine Überweisung der Anklage durch das EVD an die kantonalen Strafverfolgungsbehörden wäre denkbar, ist aber aus den oben beim Modell *Bundesanwaltschaft* genannten Gründen, wenn auch mit weniger Vehemenz, abzulehnen. Da in der Variante *Verwaltung* nicht die Bundesanwaltschaft, sondern das Departement tätig werden würde, wäre eine als politisch verstandene Behörde involviert.

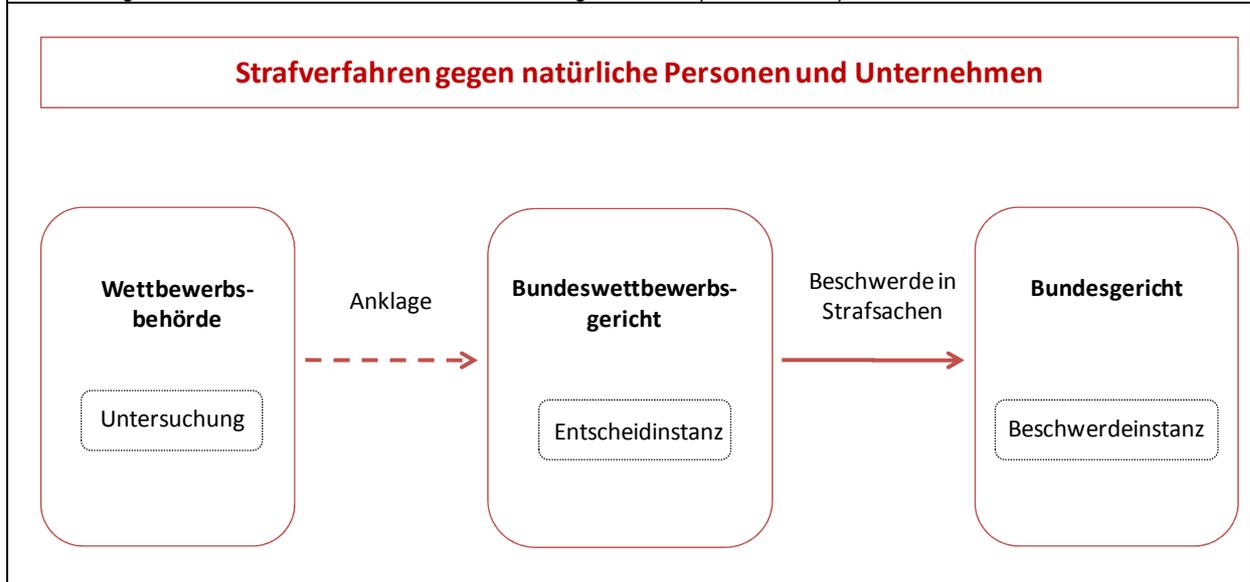
⁶ Das Verwaltungsstrafrecht ist dahingehend konzipiert, dass zumindest der erste Entscheid grundsätzlich von einer Verwaltungsbehörde gesprochen wird. Diese Aufgabe wird hier dem EVD übertragen, da die Wettbewerbsbehörde nicht gleichzeitig als „Staatsanwaltschaft für den Wettbewerb“ gegen die Unternehmen Anklage vor dem Wettbewerbsgericht führen, die involvierten Manager oder Mitarbeitenden jedoch gleich selber verurteilen kann.

⁷ Vgl. zur Notwendigkeit der Einführung einer Bonusregelung für natürliche Personen hinten, S. 15.

B.4 Variante 3 Wettbewerbsbehörde

In dieser Variante wird von der Idee paralleler Verfahren (gegen das Unternehmen resp. gegen die natürliche Person) ausgegangen. Es wird geprüft, welche Implikationen es hätte, wenn im selben Verfahren gegen das Unternehmen und gegen die natürliche Person vorgegangen würde. Damit verbunden wäre beim Unternehmen der Wechsel von einem verwaltungsrechtlichen zu einem nach strafrechtlichen Grundsätzen ablaufenden Verfahren.

Abbildung 3: Variante 3 Wettbewerbsbehörde de lege ferenda (schematisch)



- Die Wettbewerbsbehörde führt **ein einziges kartellrechtliches Verfahren sowohl gegen die betroffenen Unternehmen wie auch die verantwortlichen natürlichen Personen**⁸ und erhebt Anklage gegen alle Beteiligten vor dem neu zu schaffenden Bundeswettbewerbsgericht, das damit – zumindest teilweise – auch zu einem (Bundes-)Strafgericht würde⁹. Spricht man sich für ein Einheitsverfahren aus, müsste für alle Verfahrensbeteiligten, also die juristischen wie die natürlichen Personen, ein Strafverfahrensrecht zur Anwendung gelangen.
- Konsequenterweise müsste das Einheitsverfahren nicht nur bei den horizontalen Abreden (Art. 5 Abs. 3 KG), sondern auch für alle anderen Untersuchungen gegen Unternehmen gelten, selbst wenn im jeweiligen Fall keine Bestrafung einer natürlichen Person zur Debatte steht. M.a.W. müsste sich die grosse Mehrheit der Verfahren (d.h. insb. auch Fälle von vertikalen Abreden [Art. 5 Abs. 4] und Marktmachtmissbrauch [Art. 7 KG]), welche sich weiterhin einzig gegen Unternehmen richten wird, den wenigen Einzelfällen, in welchen natürliche Personen verfolgt werden, anpassen.

⁸ Juristische und natürliche Personen würden die Bonusmeldung bei der Wettbewerbsbehörde einreichen. Vgl. zur Notwendigkeit der Einführung einer Bonusregelung für natürliche Personen hinten, S. 15.

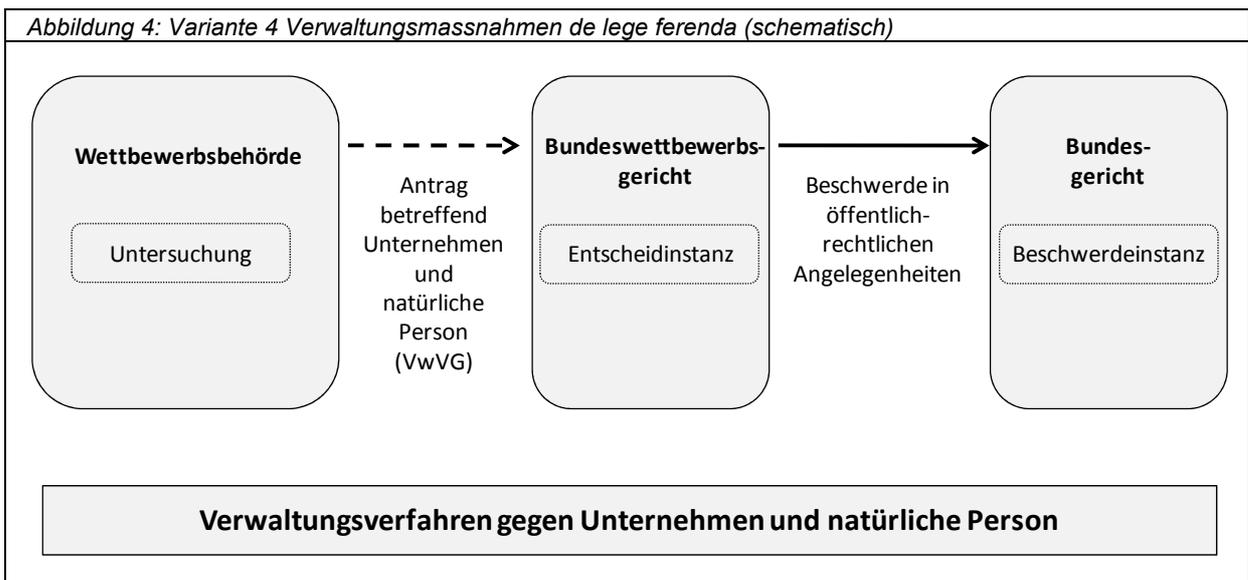
⁹ Theoretisch könnte die Anklage auch vor dem Bundesstrafgericht erhoben werden. In den kartellrechtlichen Untersuchungen stehen jedoch überwiegend ökonomische Fragen, z.B. betreffend Marktdefinitionen und Effizienzeinreden, im Vordergrund (Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs ist Hauptzweck des KG; Sanktion ist nur eine zusätzliche Folge eines Verstosses), für welche ein Strafgericht nicht konzipiert ist.

- Grundlegende Voraussetzung für diese Variante dürfte eine institutionelle Ordnung sein, welche die Anforderung an eine genügende Unabhängigkeit erfüllt. Dies ist etwa der Fall bei der in der Vernehmlassungsunterlage des Bundesrats vom 30. Juni 2010 vorgeschlagenen unabhängigen Wettbewerbsbehörde und des Wettbewerbsgerichts. Mit Bezug auf die bisherige Ausgestaltung der Institutionen dürfte die Variante solange nicht umsetzbar sein, als Interessensvertreter in der Wettbewerbskommission Einsitz haben. Da es sich bei der vorliegenden Variante um ein Einheitsverfahren handelt, müssten bei einer Ausgestaltung der Institutionen *de lege lata* auch die Verfahren gegen Unternehmen – entsprechend denjenigen gegen natürliche Personen – nach Strafverfahrensrecht geführt werden. Das würde bedeuten, dass der Rechtsweg auch für Unternehmen über die Bundesanwaltschaft und das Bundesstrafgericht führen würde¹⁰.
- Grundsätzlich besteht ein gewisses Risiko, dass die Umsetzung der Bestrafung auch der natürlichen Person mit dem Verbot der Doppelbestrafung („ne bis in idem“) in Konflikt steht. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn – wie bei Einzelfirmen, Einmann-AG etc. – natürliche Person und Unternehmen wirtschaftlich als Einheit anzusehen sind. Für diesen Fall müssten Sonderregeln geschaffen werden, welche dem Umstand Rechnung tragen, dass zwar stets das Unternehmen zur Wiederherstellung des Wettbewerbs zu verpflichten ist, daneben wohl jedoch nur entweder das Unternehmen oder die natürliche Person sanktioniert werden kann. Die Variante *Wettbewerbsbehörde* könnte sich für solche Fälle allenfalls als Lösung anbieten.

¹⁰ Vgl. dazu die Darstellung auf S. 28.

B.5 Variante 4 Verwaltungsmassnahmen¹¹

Bei der vierten Variante wird auf ein repressives strafrechtliches Vorgehen gegen natürliche Personen aufgrund der unter C. dargestellten Schwierigkeiten verzichtet. Stattdessen werden präventive Verwaltungsmassnahmen gegenüber den Unternehmen und verwaltungsrechtliche Massnahmen gegenüber den verantwortlichen Personen (ggf. auf dem Weg von Auflagen, die das Unternehmen einzuhalten hat und die den für den Kartellverstoss verantwortlichen Mitarbeiter betreffen) verfügt, die gegen das Kartellrecht verstossen haben. Bei verwaltungsrechtlichen Massnahmen muss der präventive Charakter im Vordergrund stehen, d.h., die Massnahmen müssen geeignet sein, weitere Kartellverstösse zu vermeiden bzw. Unrecht zu beseitigen. Diese Alternative ist durch den Gang der Diskussionen bei der Reform der Finanzmarktaufsicht vorgezeichnet worden:



- Als mögliche, im Vergleich zum heutigen KG zusätzliche Instrumente kämen konkret einerseits ein **beschränktes Anstellungs- bzw. Tätigkeitsverbot** und andererseits ein **Vorteilsentzug** direkt beim verantwortlichen Manager bzw. Mitarbeitenden in Frage.
 - Mit dem **Tätigkeitsverbot** soll einer Person bei schweren Verletzungen kartellrechtlicher Bestimmungen die **Tätigkeit in leitender Stellung beim sanktionierten Unternehmen und den andern Unternehmen, die in den Kartellverstoss verwickelt waren, für eine bestimmte Dauer untersagt werden**. Denkbar ist auch, den am Kartell beteiligten Unternehmen die Weiterbeschäftigung von an den Kartellabreden beteiligten Mitarbeitenden zu verbieten (**Anstellungsverbot**). Mit dem Herauslösen von Kartellbeteiligten aus ihrem gewohnten Netzwerk soll eine künftige Gefährdung des wirksamen Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt vermindert werden.
 - Mit der **Einziehung von Vorteilen**, etwa in Form von umsatzabhängigen Lohnbestandteilen oder Bonuszahlungen, welche der einzelne Manager bzw.

¹¹ Sollten statt Strafsanktionen für natürliche Personen die in diesem Abschnitt diskutierten Massnahmen mit präventivem Charakter vorgesehen werden, wäre in einer puristisch juristischen Sicht nicht die vorliegende Motion zu überweisen, sondern ein dahingehender neuer Kommissionsvorstoss einzureichen.

Mitarbeitende dank des Wettbewerbsverstosses erzielt hat, soll – sofern sich denn solche rechtsgenüchlich nachweisen lassen – sodann **verhindert werden, dass sich Regelverletzungen für natürliche Personen lohnen**. Die Vorteilseinziehung stellt dabei lediglich die teilweise Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands sicher und trägt zur Fairness im Wirtschaftsleben bei.

- Diese beiden verwaltungsrechtlichen Massnahmen zum Schutz des Wettbewerbs würden, auch wenn sie sich gegen natürliche Personen richten, im gegen die Unternehmen geführten Verfahren verfügt. Weil es sich bei diesen Instrumenten um zukunftsgerichtete, präventive Administrativmassnahmen und nicht um repressive Strafen handelt, ist – in Anlehnung an das FINMAG – das VwVG anwendbar. Somit lassen sie sich in die bestehende Konzeption des KG (und wohl auch der bestehenden Institutionen) einfügen.
- Es läge im pflichtgemässen Ermessen der zuständigen Behörden/Gerichte, ob sie Administrativmassnahmen, vor allem ein Tätigkeitsverbot, gegen Mitarbeitende beantragen bzw. verfügen („**Kann**“-**Vorschrift**). Bei ihrem Entscheid, insbesondere bei der sich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung stellenden Frage, ob das Verbot einer bestimmten Tätigkeit gegen einen bestimmten Mitarbeitenden notwendig ist, kann sie die Einsicht der Mitarbeitenden, welche sich z.B. in einer Selbstanzeige und der Kooperation mit den Behörden geäussert hat, positiv berücksichtigen.

C Beurteilungskriterien

Ziel der Motion ist gemäss ihrem Titel ein ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht. **Erstes Beurteilungskriterium für die Modelle sollte die präventive Wirksamkeit im juristischen und volkswirtschaftlichen Sinne** sein, also die Erreichung des Ziels, dass mit dem Sanktionssystem einerseits möglichst viele schädliche Abreden und Verhaltensweisen verhindert, andererseits aber nützliche Kooperationsformen möglichst nicht beeinträchtigt werden. Namentlich darf deshalb die Funktionsweise der mit der KG-Revision 2003 eingeführten, präventiv wirkenden direkten Sanktionen gegen juristische Personen, welche sich auch gemäss der Evaluation des KG sehr bewährt haben, nicht beeinträchtigt werden.

Besondere Aufmerksamkeit verdient **als zweites Kriterium die Kompatibilität mit der Bonusregel**: Die heute sehr wirksame Bonusregel im KG darf unter keinen Umständen gefährdet werden. Sie ermöglicht es, dass Unternehmen, die zu einer Aufdeckung eines Kartells beitragen, von der Sanktion befreit werden können. Die Wirksamkeit der Bonusregel wäre nicht mehr gegeben, wenn nicht auch die betreffenden Mitarbeitenden von der Sanktionsbefreiung profitieren könnten.

Die Verfolgung natürlicher Personen und ein allfälliger Umbau des Verfahrensrechts kann je nach Modell in unterschiedlichem Ausmass **Kosten verursachen und die Verfahrensdauern beeinflussen; dies ist als drittes Beurteilungskriterium zu berücksichtigen**. Aus kostenorientierter Sicht ist einerseits der verursachte Aufwand bei Behörden und Gerichten zu berücksichtigen, der mit neuen Kompetenzen und Verfahren einhergeht. Andererseits ist aber auch der Aufwand bei den Unternehmen und in der Anwaltschaft zu berücksichtigen, der durch zusätzliche oder anders gelagerte Untersuchungen und Gerichtsverfahren entsteht. Denkt man über einen Wechsel des Verfahrensrechts nach, so ist auch zu berücksichtigen, dass dann das bei Behörden, Unternehmen und Anwälten diesbezüglich erworbene Know-how über das Kartellverfahren verloren ginge und neu aufgebaut werden müsste.

Die Einführung strafrechtlicher Sanktionen im Kartellrecht stellt in vielerlei Hinsicht Neuland dar und wirft zahlreiche rechtliche Spezialfragen auf. Vor diesem Hintergrund ist **im vierten Beurteilungskriterium zu prüfen, inwiefern die vorgestellten Modelle mit dem bestehenden System und den vorherrschenden Rechtstraditionen kompatibel sind.** Jede Änderung, die das bestehende System grundsätzlich in Frage stellt, birgt das Risiko einer mehrjährigen Lähmung der Kartellverfahren. Es ist deshalb anzustreben, dass neu eingeführte Sanktionen sich aufbauend auf dem heutigen bzw. dem in der Vernehmlassung zur KG-Teilrevision vorgesehenen Kartellrecht einführen lassen.

D Bewertung der Varianten

Im Folgenden werden die dargestellten Varianten in aller Kürze hinsichtlich der dargelegten Beurteilungskriterien bewertet. Die Ausführungen stützen sich auf die verwaltungsinternen Abklärungen, Hinweise der von der WAK-S bereits angehörten Experten sowie die vorläufigen Ausführungen von Gutachten, die das SECO in diesem Zusammenhang in Auftrag gegeben hat.

D.1 Präventivwirkung

Alle strafrechtlichen Umsetzungsvarianten (Varianten 1-3)

- Die Einführung der Sanktionen gegen natürliche Personen **kann unter gewissen Voraussetzungen zu einer höheren Präventivwirkung** des KG führen. Eine zusätzliche Abschreckung ergibt sich daraus, dass Manager und/oder Mitarbeitende, die gegen das KG verstossen, direkt für ihre Handlungen verantwortlich gemacht und (allenfalls öffentlichkeitswirksam) mit Freiheits- oder Geldstrafe sanktioniert werden. Die staatliche Androhung von Strafen gegen natürliche Personen unterstützt auch firmeninterne Massnahmen zur Beachtung kartellgesetzlicher Regeln (sog. Compliance-Programme). Die tatsächliche Einhaltung der unternehmensinternen Vorschriften zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen durch jeden einzelnen Mitarbeiter wird dadurch gefördert, dass diesem im Widerhandlungsfall nicht nur firmenintern mögliche Sanktionen drohen (z.B. Entlassung, ggf. Schadenersatzklagen, Anzeige wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung), sondern zusätzlich gegen ihn auch noch der staatliche Strafverfolgungsmechanismus in Gang gesetzt wird. Dies ist positiv zu werten.
- Aufgrund der strafrechtlichen Praxis in der Schweiz ist jedoch davon auszugehen, dass für kartellrechtliche Erstverstösse von den Gerichten höchstens bedingte Freiheits- oder Geldstrafen ausgesprochen würden. Die Abschreckungswirkung von bedingten Strafen ist zwar noch nicht vollständig geklärt, möglicherweise jedoch bescheiden. Die Abschreckungswirkung von Kartellstrafen wird noch durch die Tatsache relativiert, dass selbst unbedingt ausgesprochene Geldstrafen von den Unternehmen, die ja von den Kartellabsprachen in erster Linie profitieren, bezahlt werden könnten, obwohl Strafvereitelung verboten ist. Als gewisse Verstärkung der Abschreckungswirkung bliebe dann nur noch ein drohender Strafregistereintrag. Die **Präventivwirkung wäre deshalb wohl in den meisten Fällen eher bescheiden.**

Variante 4 Verwaltungsmassnahmen

- **Allzu hohe Erwartungen in die Verwaltungsmassnahmen in Sachen Präventivwirkung wären ebenfalls verfehlt**, zielen diese doch gerade nicht auf die Vergeltung eines Fehlverhaltens ab, sondern auf den Schutz des Wettbewerbs in Zukunft.

- Obwohl der sich aus der verfügten Massnahme ergebende Eingriff in die Rechtssphäre des betroffenen Mitarbeiters allenfalls durchaus erheblich ist, kann unter Umständen von einem eher untergeordneten Anreiz zur Verhinderung von Kartellverstössen ausgegangen werden; die Präventivwirkung kann nicht mit derjenigen von echten Kriminalstrafen (mit zumindest angedrohtem Freiheitsentzug) verglichen werden. Dies gilt neben dem Tätigkeitsverbot insb. auch für die Vorteilseinziehung, da der vom einzelnen Mitarbeitenden durch einen Wettbewerbsverstoss erzielte „Vorteil“ wohl nicht oft abgeschätzt, geschweige denn exakt beziffert werden kann.
- Verwaltungsmassnahmen passen im Vergleich zu Strafsanktionen besser ins Konzept des bestehenden KG. Sie orientieren sich an bestehenden schweizerischen Rechtsnormen (FINMAG). Trotzdem könnte im Sinne der parlamentarischen Vorstösse erreicht werden, dass – quasi als Nebenfolge der auf den Schutz des Wettbewerbs gerichteten Administrativmassnahme – auch die Präventivwirkung des KG leicht erhöht und die ernsthaften Compliance-Anstrengungen von Unternehmen gefördert würden. Im Verhältnis sind diese Massnahmen zu echten Kriminalstrafen wie ein temporärer Fahrausweisentzug zur Strafe wegen eines Verkehrsdelikts.

D.2 Kompatibilität mit der Bonusregel

Alle strafrechtlichen Umsetzungsvarianten (Varianten 1-3)

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

- Soll die Bonusregel für sich selbst anzeigende Unternehmen weiterhin funktionieren, so ist bei einer allfälligen Sanktionierung natürlicher Personen eine identische Bonusregelung zwingend auch für natürliche Personen, die an der Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirken, vorzusehen (oder analog wirkende Vorkehren wie Anzeigemonopole, Verwertungsverbote usw.). Mit der Einführung einer solchen Bonusregelung würden indes bereichsübergreifend geltende Rechtsprinzipien durchbrochen. Denn das Schweizer Recht kennt – abgesehen von der Steueramnestie – (bisher) keine Bonusregelung für natürliche Personen. So zum Beispiel auch nicht nach der neuen Strafprozessordnung (StPO). Vor diesem Hintergrund ist daher fraglich, weshalb gerade für das Kartell(straf)recht eine Ausnahmeregelung geschaffen werden soll.
- Würde hingegen im Sinne der hiesigen Rechtstradition auf die Einführung einer Bonusregelung für natürliche Personen verzichtet, so gefährdete man dadurch das Funktionieren der bestehenden Bonusregelung für sich selbst anzeigende Unternehmen. Denn es würde das unhaltbare Resultat entstehen, dass die Selbstanzeige, welche ein Organ oder Mitarbeiter eines Unternehmens bei den Behörden einreicht, zwar Strafbefreiung für das Unternehmen zur Folge hätte, die Person selbst aber bestraft würde. Damit würden die Organe und Mitarbeitenden davon abgehalten, sich unternehmensintern für die Aufdeckung und Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen einzusetzen, was wiederum die Unternehmens-Compliance erschweren bzw. verunmöglichen würde. Überdies würden Organe und Mitarbeitenden zukünftig kaum mehr Selbstanzeigen einreichen, weshalb auch die

Unternehmen nicht mehr von der Bonusregelung und damit von der Sanktionsbefreiung profitieren könnten.

Im Ergebnis würde bei einem Verzicht auf die Einführung einer Bonusregelung für natürliche Personen **die bisher bestehende und gut funktionierende Bonusregelung für Unternehmen aus den Angeln gehoben. Das heute wirksame Kartellrecht würde in einem tragenden Pfeiler in Frage gestellt.** Ohne Ausdehnung der Sanktionsbefreiung auf die Unternehmensangehörigen bei Selbstanzeige wäre eine Reform ein Verlust für die Wettbewerbsordnung. Es ist hingegen noch ungeklärt, wie die Bonusregelung für natürliche Personen – v.a. auch im Verhältnis zu derjenigen für das Unternehmen – genau ausgestaltet werden müsste, um die Anreize für die Aufdeckung von KG-Verstössen zu fördern oder zumindest im Vergleich zum heutigen Stand nicht zu verschlechtern (gilt z.B. eine Selbstanzeige nur für die sich anzeigende natürliche Person oder automatisch auch für das Unternehmen? Wer entscheidet darüber? Etc.).

Variante 1 Bundesanwaltschaft

- Eine **Bonusregelung** einschliesslich der Möglichkeit der vollständigen Straffreiheit für die verantwortlichen natürlichen Personen ist für diese Umsetzungsvariante unabdingbar. Ohne Einführung einer Bonusregelung für natürliche Personen besteht ein erhebliches Risiko der Schwächung der heutigen Bonusregel für Unternehmen.

Variante 2 Verwaltung und Variante 3 Wettbewerbsbehörde

- Die Einführung einer umfassenden Bonusregelung für natürliche Personen ist auch für diese Varianten im Grundsatz unverzichtbar. Als Alternative könnte in den Varianten *Verwaltung* und *Wettbewerbsbehörde* die Wirksamkeit der Bonusregelung allenfalls erhalten werden, falls die Wettbewerbsbehörde selbst und nach freiem Ermessen entscheiden könnte, gegen welche natürlichen Personen ermittelt wird („**Anzeigemonopol**“ resp. „Dispositionsmaxime“ anstatt Bonusregelung). Ein solches Vorgehen wäre allerdings ebenfalls aus praktischen, juristischen und rechtsstaatlichen Gründen mit grösseren Unsicherheiten behaftet und der Schweizer Rechtstradition mindestens ebenso fremd wie eine Bonusregelung für natürliche Personen.
- Im Übrigen ist Folgendes zu bedenken: Die Anwendung der Dispositionsmaxime an Stelle einer Bonusregelung für Selbstanzeigen von natürlichen Personen bei den Wettbewerbsbehörden schafft ein gewisses Risiko, dass die Behörde allenfalls ein Strafverfahren auch gegen natürliche Personen, unter Umständen gar gegen den Anzeiger, eröffnet. Inwieweit eine Behörde vorab und dazu in Unkenntnis der vollständigen Sachlage die Nichteröffnung eines Verfahrens gegen natürliche Person zusichern will und kann, ist ungewiss.

Variante 4 Verwaltungsmassnahmen

- In der Variante *Verwaltungsmassnahmen* wird die bestehende Bonusregelung für Unternehmen kaum tangiert. Widersprüche infolge Beurteilung durch verschiedene Behörden und Gerichte wären in dieser Variante minimiert, einer echten zusätzlichen Bonusregelung für natürliche Personen bedarf es nicht, sofern die Verwaltungsmassnahmen in einer „**Kann**“-**Vorschrift** konzipiert werden (womit auf das bereits im Verhältnismässigkeitsprinzip angelegte Ermessen der Behörden abgestützt wird).

D.3 Verfahrensdauer und Kosten

Alle Umsetzungsvarianten (Varianten 1-4)

- Wie die verwaltungsinternen Abklärungen zeigen, ist die strafrechtliche Verfolgung natürlicher Personen in Wirtschaftsdelikten mit einem **ausserordentlich hohen personellen und finanziellen Aufwand sowie langen Verfahrensdauern** verbunden. Diese in verwandten Rechtsbereichen gemachten Erfahrungen decken sich auch mit denjenigen aus dem Ausland. Während der Nachweis der Beteiligung eines Unternehmens an einem Kartell relativ einfach handhabbar ist, ist die Zurechnung einzelner Tathandlungen oder Kenntnisse zu einer bestimmten Person innerhalb des Unternehmens für die untersuchende Behörde sehr zeitraubend und die damit verbundenen Abklärungen für die beteiligten Unternehmen und Personen sind sehr belastend. Es ist zu bedenken, dass bei horizontalen Abreden üblicherweise zahlreiche Unternehmen beteiligt sind. Pro Unternehmen ist jeweils von mehreren zu verdächtigenden natürlichen Personen auszugehen, was zu einer Vervielfachung der am Verfahren beteiligten Parteien führt. Es ist fraglich, ob der ausgelöste Aufwand bei Behörden, Gerichten, Unternehmen und verdächtigten Managern und Mitarbeitenden in einem sinnvollen Verhältnis zum erwarteten Ertrag (erhöhte Präventivwirkung, Bestrafung der Täter, nicht der Aktionäre) stehen würde. Das heutige Verfahren ist demgegenüber vergleichsweise schlank und effizient.

Variante 1 Bundesanwaltschaft

- Die Variante Bundesanwaltschaft hat den Vorteil, dass der **Mechanismus – zumindest auf dem Papier – ein relativ einfacher** wäre und auf den bestehenden Institutionen aufgebaut werden könnte. Je unabhängiger das verwaltungs- und das strafrechtliche Verfahren voneinander laufen, desto weniger kommt es zu Verfahrensüberschneidungen und desto geringer ist die Verwertungsverbotproblematik von Dokumenten aus den verschiedenen Verfahren. Allfällige Schwierigkeiten im strafrechtlichen Verfahren gegen die natürliche Person beim Nachweis, wer im Unternehmen aus welchen Motiven eine Kartellabsprache eingegangen ist, würden sich im Grundsatz nicht auf das parallele Verfahren gegen das Unternehmen auswirken. Dieses könnte vergleichsweise rasch und unabhängig zu einem Abschluss gebracht werden.
- Nachteilig wirkt sich der **sehr hohe Ressourcenbedarf** aus: Es kommt je nach Ausgestaltung zu einer Verdoppelung der Verfahren (Verwaltungsverfahren gegen Unternehmen, Strafverfahren gegen natürliche Personen). Damit wird auch ein doppelter Ressourcenbedarf bei Behörden, Gerichten und Unternehmen einhergehen. Zentral für das Gelingen dieser Variante ist, wie gut die Bundesanwaltschaft und das Bundesstrafgericht, welche ihre Schwerpunkte primär in den Bereichen organisierte und internationale Kriminalität haben, ihre neue Aufgabe im Kartellrecht wahrnehmen können. Jedenfalls müssten sie zunächst ein entsprechendes Know-how im Wettbewerbsrecht erlangen, wozu zusätzliche personelle und finanzielle Ressourcen gesprochen werden müssten.

Variante 2 Verwaltung

- Nachteil: Die Variante *Verwaltung* ist mit **mehr Unsicherheiten** und offenen Fragen behaftet als die Variante Bundesanwaltschaft und der Mechanismus wäre zudem umständlicher. Die Verwertungsverbotproblematik ist in dieser Umsetzungsvariante, die zumindest während den ersten Phasen der Sachverhaltsfeststellung auf Stufe Wettbewerbsbehörde zu einer gewissen Vermischung von VwVG und VStrR führt, tendenziell grösser als in der Variante Bundesanwaltschaft. Zudem müsste das **EVD intern einen neuen Dienst**

aufbauen, der für die Verfolgung von natürlichen Personen zuständig wäre, was mit entsprechenden Ressourcen verbunden wäre.

- Vorteil: Es ist eine geringere Koordination zwischen den Wettbewerbsbehörde und anderen Behörden (bzw. dem EVD) notwendig, allerdings nur soweit, als dass das EVD nicht sämtliche Beweismittel erneut erheben muss. Anderenfalls wäre das EVD-Verwaltungsstrafverfahren sehr zeit- und ressourcenintensiv.

Variante 1 Bundesanwaltschaft und Variante 2 Verwaltung

- Werden künftig neben den Unternehmen auch die für sie handelnden natürlichen Personen kartell(straf)rechtlich verfolgt, so besteht die Gefahr, dass es zu langen und komplexen Parallelverfahren kommen könnte: Betroffen davon wären das Unternehmen einerseits und die verdächtigten natürlichen Personen andererseits, deren Verhalten von unterschiedlichen Gerichten bzw. Spruchkörpern mit allenfalls widersprüchlichen Entscheiden beurteilt würde und die – aufgrund möglicher gegenseitiger Beschuldigung – je für sich eigene Rechtsanwälte beiziehen müssten. Und zwar ungeachtet dessen, dass es um die Beurteilung desselben Sachverhalts, mithin eines einzigen Kartells, geht. Die Folge davon könnte jahrelange Unsicherheit für die persönlich Betroffenen sein. Dies würde der allseits geforderten – und mit der aktuellen KG-Teilrevision angestrebten – Verkürzung der Kartellverfahren zuwiderlaufen.

Variante 3 Wettbewerbsbehörde

- Ein Nachteil dieser Variante ist, dass alle Unternehmen und ihre Mitarbeiter in einem Verfahren zu beurteilen sind. Dies gibt eine Vielzahl von Parteien. Zudem müssen den natürlichen Personen die subjektiven Tatbestandsmerkmale nachgewiesen werden. Sofern die Anknüpfung an eine natürliche Person im Einzelfall nicht gelingt, könnte sich das Unternehmen allenfalls einer Verfolgung entziehen¹². Die FINMA hat betont, wie viel aufwändiger es ist, einer Person ihre Rolle im Unternehmen nachzuweisen als nur dem Unternehmen den Verstoß gegen das Gesetz.
- Soweit ein einheitliches Verfahren gegen die natürlichen und die juristischen Personen geführt werden könnte, wäre auch für Unternehmen – zumindest wenn es um die Untersuchung von allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen geht – nicht mehr das VwVG massgebend, sondern ein Strafverfahrensrecht mit all den entsprechenden verfahrensrechtlichen Konsequenzen¹³. Wie bereits erwähnt, müsste sich der Regelfall – Verfahren gegen Unternehmen – wohl dem Ausnahmefall – Verfahren gegen natürliche Personen – anpassen. Der Wechsel weg von den bewährten Bestimmungen des VwVG/KG zur Führung kartellrechtlicher Verfahren gegen Unternehmen hin zum Strafverfahrensrecht – welches weder für Verfahren gegen Unternehmen, noch für rechtsgestalterisches Wirken konzipiert ist – hätte für die Unternehmen wie die Behörden eine **Verkomplizierung, Verlängerung und Verteuerung der Verfahren** zur Folge.

Im Ergebnis müsste die Wettbewerbsbehörde neu zwei verschiedene Verfahrensrechte anwenden (ein Strafverfahrensrecht für die [sanktionierbaren] Untersuchungen und das VwVG für die Zusammenschlusskontrolle). Im Gegensatz zur Bundesanwaltschaft hat die Wettbewerbsbehörde (als mögliche

¹² Diese Sachlage hat sich mit Bezug auf die Situation in Deutschland aus Gesprächen mit dem Bundeskartellamt ergeben.

¹³ Nachdem die Strafprozessordnung der Bundesanwaltschaft reserviert ist, steht vorliegend das Verwaltungsstrafrecht im Vordergrund, wo Strafmandate etabliert sind.

Nachfolgebehörde des Sekretariats der WEKO) keine Erfahrungen mit Strafverfahrensrecht und müsste entsprechendes Know-how aufbauen.

Variante 4 *Verwaltungsmaßnahmen*

- Die Beschränkung auf verwaltungsrechtliche Massnahmen (Tätigkeitsverbot und Vorteilseinziehung) würde es ermöglichen, die **Verfahren weiterhin so einfach wie möglich zu halten und auf der heutigen verfahrensrechtlichen Praxis** aufzubauen. Die Einführung von Verwaltungsmaßnahmen – im Gegensatz zu Strafsanktionen – wurde schon früher, im Rahmen der Evaluation des KG, als gangbarer Weg beurteilt.¹⁴
- Gleichwohl ist schwierig abzuschätzen, inwiefern natürliche Personen, gegen welche Massnahmen verhängt werden sollen, mit Verfahrensanträgen auch das Verfahren gegen das Unternehmen in die Länge ziehen können.
- **Ressourcenbedarf und Verfahrensdauer wären in dieser Umsetzungsvariante immer noch deutlich höher** als heute, aber geringer als in jenen mit echten Strafsanktionen.

D.4 Einbettung in das bestehende System

Alle Umsetzungsvarianten

- International betrachtet mag zwar eine Tendenz in Richtung Bestrafung natürlicher Personen zu beobachten sein¹⁵: Eine Vorreiterrolle spielen dabei die USA, welche den Fokus der Kartellrechtsdurchsetzung gegen Unternehmen auf das Zivilrecht und gegen natürliche Personen auf das Strafrecht legen. Entscheidend für die Wirkung des Kartellstrafrechts ist dort, dass – auch unter Zuhilfenahme von so genanntem „Plea Bargaining“ – regelmässig unbedingte, hohe (bis zehnjährige) Freiheitsstrafen gegen die Mitarbeitenden von kartellbeteiligten Firmen verhängt werden. Demgegenüber erweist sich der **Weg über das Strafrecht insbesondere vor dem Hintergrund der kontinentaleuropäischen Rechtstradition derzeit nicht als erfolgsversprechend**, insbesondere weil hier das „Plea Bargaining“ nicht verankert ist. In denjenigen europäischen Staaten, welche gewisse Formen von Kriminalstrafen gegen natürliche Personen kennen (z.B. Dänemark, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Österreich), haben Strafsanktionen bislang nur eine geringe praktische Relevanz. So kennt die französische Rechtsordnung zwar Strafsanktionen, hat sie aber in der Praxis bisher noch kaum angewandt. In Deutschland und Österreich wiederum ist die strafrechtliche Verfolgung eingeschränkt auf Fälle von Submissionsabsprachen und in ihrer Bewertung sehr umstritten. Selbst Grossbritannien und Irland, welche sich am amerikanischen Vorbild orientieren, fällten bisher nur sehr vereinzelt Kriminalstrafen aus. Zum jetzigen Zeitpunkt gibt es – mit Ausnahme der USA – erst eine spärliche internationale Anwendungspraxis¹⁶.
- Die geltenden kartellrechtlichen Bestimmungen richten sich an Unternehmen und sind **nicht zugeschnitten für die Bestrafung natürlicher Personen**, da sie beispielsweise an volkswirtschaftliche Auswirkungen des Verhaltens von

¹⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden CARL BAUDENBACHER, Institutionelles Setting, Vertikalbeschränkungen, Individualsanktionen, Private Enforcement, Strukturberichterstattung, 44/3, SECO, Bern 2009.

¹⁵ Vgl. dazu auch BAUDENBACHER (2009).

¹⁶ Vgl. dazu auch BAUDENBACHER (2009).

Unternehmen anknüpfen. Entweder ist deshalb für die Bestrafung natürlicher Personen trotzdem der Tatbestand zu übernehmen, der für die Unternehmen gilt, womit auch für die Bestrafung der natürlichen Person auf volkswirtschaftliche Kriterien wie z.B. die Effizienzeinrede des Unternehmens zurückgegriffen werden müsste, oder der neue Tatbestand stimmt nicht überein mit jenem, der für die Unternehmen gilt, was wiederum zu Wertungswidersprüchen und allenfalls sich widersprechenden Urteilen führen kann.

- Eine grundlegende Reform des Sanktionssystems des KG ist nicht angezeigt. Insbesondere ein **Wechsel auf das Modell des Unternehmensstrafrechts gemäss Strafgesetzbuch (StGB) wäre keine sachgerechte Lösung**: Denn dieses geht – anders als das KG – von der primären Verantwortlichkeit der natürlichen Person aus und sieht eine subsidiäre Bestrafung der Unternehmung dann vor, wenn das Delikt infolge mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann oder das Unternehmen nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern (Art. 102 StGB). Im Kartellrecht wird das Unternehmen aber nicht für eine blosser Unterlassung sanktioniert, sondern dafür, dass es sich an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt. Denn in aller Regel profitiert in erster Linie das Unternehmen (und damit nicht Einzelne sondern in der Regel zahlreiche Eigentümer und Mitarbeitende) von einer Kartellrente und verursacht den Schaden, der dadurch der Volkswirtschaft und letztlich den Konkurrenzunternehmen sowie Konsumentinnen und Konsumenten entsteht. Mit Blick auf die Präventivwirkung wäre zudem eine Anpassung des bisherigen umsatzbezogenen Sanktionsrahmens an den Bussenrahmen nach Unternehmensstrafrecht (maximal 5 Mio. Franken) geradezu fatal. Ein derart geringer Bussenrahmen stünde gerade bei grösseren Unternehmen häufig in keinem Verhältnis zur Profitabilität von Kartellabreden. Die heutige Konzeption der Unternehmenssanktion nach Artikel 49a KG dient nämlich zu einem nicht unwesentlichen Teil auch dazu, dass sich der Kartellverstoss für das sanktionierte Unternehmen nicht lohnt, indem neben einer Strafkomponente damit auch die – in der Praxis vorhandene, aber meist kaum zu berechnende – Kartellrente abgeschöpft wird.
- In der Schweiz steht die **kartellrechtliche Sanktionspraxis gegen Unternehmen – im Gegensatz zu vielen anderen Industrienationen – erst in den Anfängen**. Der Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen sollte die Entwicklung einer ausgereiften verwaltungsrechtlichen Anwendungspraxis vorangehen¹⁷.
- Die Strafbarkeit auch der natürlichen Personen führt zu einem **Loyalitätskonflikt**, der sich zu Lasten des Unternehmens sowie seiner Eigentümer und Mitarbeitenden auswirken kann: Ein Unternehmensverantwortlicher, der sich persönlich strafbar gemacht hat oder sich auch nur mit einem entsprechenden Vorwurf konfrontiert sieht, kann nicht mehr unvoreingenommen die für das Unternehmen allenfalls vorteilhafteste Entscheidung – z.B. die Einreichung einer Selbstanzeige – treffen. Um sich selber in seinem Strafverfahren möglichst zu entlasten, kann er den Anreiz haben, die Verantwortung seiner Arbeitgeberin oder anderen Organen/Mitarbeitenden zuzuschieben, während umgekehrt das Unternehmen seine Verantwortung auf den Mitarbeitenden abzuschieben versucht. Der Interessenkonflikt gefährdet zudem die Kartellrechtsdurchsetzung direkt, wenn das Unternehmen, um von einer tieferen Sanktion zu profitieren, den Kartellverstoss den

¹⁷ Vgl. dazu auch BAUDENBACHER (2009).

Wettbewerbsbehörden selbst anzeigen will, dafür aber auf das Wissen und die Mitarbeit derjenigen Mitarbeitenden angewiesen ist, die sich dadurch einer Strafverfolgung aussetzen könnten. Gerade aber bei den harten horizontalen Kartellen, mithin den schädlichsten Verstössen, kann auf die bestehende Bonusregelung als Mittel zur Aufdeckung nicht verzichtet werden.

- Kritisch zu hinterfragen ist auch, ob der Anreiz zur gegenseitigen Belastung unter Mitarbeitenden, aber auch zwischen Unternehmen und Mitarbeitenden, nicht zu einem **generellen Vertrauensbruch** führen und damit die Geschäftstätigkeit der betreffenden Unternehmen auch in den Fällen lähmen könnte, in denen zwar eine Untersuchung durchgeführt, am Ende aber kein Kartellrechtsverstoss gerichtlich festgestellt wird.

Variante 2 Verwaltung

- Ein zusätzlicher Nachteil dieser Variante ist, dass eine Behörde der zentralen Bundesverwaltung (das Departement bzw. sein Generalsekretariat) für die Untersuchung und Verfolgung des Kartellverstosses verantwortlich wäre, womit die allfällige Bestrafung des Täters **eine zusätzliche, in der Vergangenheit bewusst entfernte politische Komponente bekommt**. Unabhängig von der tatsächlichen Durchführung entstünde in der Öffentlichkeit die Wahrnehmung, dass Kartellstrafverfahren von politischen Behörden geführt werden. Dies läuft der in der laufenden Vernehmlassung angestrebten Unabhängigkeit der Entscheidbehörde in Kartellverfahren diametral entgegen und würde auch im Ausland nicht verstanden.

Variante 3 Wettbewerbsbehörde

- Die Variante *Wettbewerbsbehörde* führt zu einer grossen **Machtkonzentration** bei einer einzigen Behörde. Eine vergleichbare Reformidee wurde im Bereich der Finanzmarktaufsicht deshalb als politisch unerwünscht/inkompatibel mit der Schweizer Rechtstradition beurteilt.
- Werden wie in der Variante *Wettbewerbsbehörde* im selben Verfahren neben Unternehmen auch natürliche Personen ins Recht gefasst, führt dies rasch zu einer grossen Anzahl von Verfahrensbeteiligten. Dies birgt die Gefahr der Verlängerung allenfalls sogar „Versandung“ von Verfahren, welche sich dadurch vergrössert, dass das Verfahren, im Unterschied zu den Varianten *Bundesanwaltschaft* und *Verwaltung*, auch gegen die Unternehmen nach strafrechtlichen Grundsätzen durchgeführt werden müsste.
- In der Variante *Wettbewerbsbehörde* ist die Anwendung von Strafrecht auch gegen Unternehmen notwendig. Dies ist unpassend. Denn die Durchsetzung von Kartellrecht beinhaltet in erster Linie rechtsgestalterische Aspekte (Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs), welchen im Verwaltungsverfahren besser Rechnung getragen werden kann.¹⁸ Das Einheitsverfahren hätte bei der Variante *Wettbewerbsbehörde* gemäss institutioneller Ausgestaltung de lege lata überdies die negative Konsequenz, dass die Verfahren gegen die Unternehmen – entsprechend denjenigen gegen natürliche Personen – über die Bundesanwaltschaft und das Bundesstrafgericht geführt würden.

Variante 4 Verwaltungsmassnahmen

- Die Beschränkung auf verwaltungsrechtliche Massnahmen (Tätigkeitsverbot und Vorteilsentziehung) würde insofern eine Einbettung ins bestehende System

¹⁸ Vgl. auch vorn, D.3.

erlauben, als dass auf der heutigen verfahrensrechtlichen Praxis aufgebaut werden könnte. Verwaltungsmassnahmen könnten sich an bestehenden Bestimmungen, so beispielsweise an denjenigen des FINMAG, orientieren. Negativ fällt dabei allerdings ins Gewicht, dass die im FINMAG geregelten vergleichbaren Instrumente in der Praxis der FINMA bisher keine grosse Wirkung entfalten konnten.

- Somit gilt es keine allzu hohen Erwartungen in diese Instrumente zu setzen. Dies gilt insb. für die Vorteilseinziehung, da der vom einzelnen Mitarbeiter durch einen Wettbewerbsverstoss erzielte „Vorteil“ wohl nicht oft abgeschätzt, geschweige denn exakt beziffert werden kann. Zudem ist schwierig abzuschätzen, inwiefern die natürlichen Personen, gegen welche Massnahmen verhängt werden sollen, mit Verfahrensanträgen auch das Verfahren gegen das Unternehmen in die Länge ziehen können.



D.5 Tabellarische Zusammenfassung der Bewertung im Vergleich zum Status Quo

Beurteilung: Variante:	Strafsanktionen durch Bundesanwaltschaft (Variante 1)	Strafsanktionen durch Verwaltung (Variante 2)	Strafsanktionen durch Wettbewerbsbehörde (Variante 3)	Verwaltungsmassnahmen durch Wettbewerbsbehörde (Variante 4)
Präventivwirkung ¹⁹	<ul style="list-style-type: none"> - Positive Wirkung auf Abschreckung und Compliance - Geringes Sanktionsniveau bei Gerichten erwartet <i>Bewertung: Leicht positiv</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Positive Wirkung auf Abschreckung und Compliance - Geringes Sanktionsniveau bei Gerichten erwartet <i>Bewertung: Leicht positiv</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Positive Wirkung auf Abschreckung und Compliance - Geringes Sanktionsniveau bei Gerichten erwartet <i>Bewertung: Leicht positiv</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Leicht positive Wirkung auf Abschreckung und Compliance - Schwierige Umsetzung (v.a. Vorteilsberechnung) <i>Bewertung: Leicht positiv</i>
Wirkung auf Bonusregel (Unternehmen)	<ul style="list-style-type: none"> - Falls keine Bonusregelung für die verantwortlichen natürlichen Personen <i>Bewertung: Stark negativ</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Falls der Wettbewerbsbehörde kein Anzeigemonopol zukommt <i>Bewertung: Stark negativ</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Falls der Wettbewerbsbehörde kein Anzeigemonopol zukommt <i>Bewertung: Stark negativ</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Bonusregel kann erhalten werden <i>Bewertung: Neutral</i>
Verfahrensdauer und Kosten	<ul style="list-style-type: none"> - Ausserordentlich hoher personeller und finanzieller Mehraufwand (bei Unternehmen, nat. Personen und Behörden) - Lange Verfahrensdauern - Einfacher Mechanismus - Parallele, unabhängige Verfahren gegen Unternehmen und natürliche Person (aber evtl. uneinheitliche Entscheide) - Aufbau eines Dienstes bei BA <i>Bewertung: Negativ</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Ausserordentlich hoher personeller und finanzieller Mehraufwand (bei Unternehmen, nat. Personen und Behörden) - Lange Verfahrensdauern - Umständlicher Mechanismus - Parallele, unabhängige Verfahren gegen Unternehmen und nat. Person (aber evtl. uneinheitliche Entscheide) - Aufbau eines Dienstes im EVD - U.U. wenig Koordinationsbedarf <i>Bewertung: Stark negativ</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Ausserordentlich hoher personeller und finanzieller Mehraufwand (bei Unternehmen, nat. Personen und Behörden) - Lange Verfahrensdauern - Einfacher Mechanismus - Vielzahl von Verfahrensbeteiligten (in Einheitsverfahren) <i>Bewertung: Stark negativ</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Beschränkter personeller und finanzieller Mehraufwand (bei Unternehmen, nat. Personen und Behörden) - U.U. Verfahrensverzögerung durch Anträge natürlicher Personen - Einfacher Mechanismus <i>Bewertung: Leicht negativ</i>
Einbettung ins System	<ul style="list-style-type: none"> - KG nicht auf Sanktionierung nat. Personen zugeschnitten - Zeitpunkt zu früh, selbst Sanktionspraxis gegen Unternehmen steht erst am Anfang - Loyalitäts-/Vertrauenskonflikte - Anwendung des VwVG gegen Unternehmen bleibt unangetastet <i>Bewertung: Leicht negativ</i>	<ul style="list-style-type: none"> - KG nicht auf Sanktionierung nat. Personen zugeschnitten - Zeitpunkt zu früh, selbst Sanktionspraxis gegen Unternehmen steht erst am Anfang - Loyalitäts-/Vertrauenskonflikte - Anwendung des VwVG gegen Unternehmen bleibt unangetastet - Einfließen einer zusätzlichen politischen Komponente ins Verfahren, insbesondere gegen nat. Person <i>Bewertung: Negativ</i>	<ul style="list-style-type: none"> - KG nicht auf Sanktionierung nat. Personen zugeschnitten - Zeitpunkt zu früh, selbst Sanktionspraxis gegen Unternehmen steht erst am Anfang - Loyalitäts-/Vertrauenskonflikte - Kompletter Umbau des Verfahrens, da Anwendung von Strafverfahrensrecht auch gegen Unternehmen - Machtkonzentration bei Behörde <i>Bewertung: Stark negativ</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Anwendung des VwVG gegen Unternehmen bleibt unverändert - Instrument des Vorteilsentzugs im FINMAG ohne grosse Wirkung <i>Bewertung: Leicht negativ</i>
Gesamt	Negativ	Deutlich negativ	Sehr deutlich negativ	Leicht negativ

¹⁹ Strafsanktionen gegen natürliche Personen führen unter der Voraussetzung zu einer erhöhten Präventivwirkung, dass sie **kumulativ** zu den bestehenden Sanktionen gegen Unternehmen eingeführt werden. Das ist in der Beurteilung in der Tabelle unterstellt. **Anderenfalls** ist die **Präventivwirkung** bei allen Varianten **sehr deutlich negativ** zu beurteilen.



E Fazit

Bezüglich des ersten Teils der Motion Schweiger sind sich der Nationalrat und die WAK-S wie auch der Bundesrat **einig, dass ernsthafte Compliance-Bemühungen zu einer Strafmilderung für Unternehmen führen sollen**. Eine Berücksichtigung von Compliance-Programmen ist indessen bereits unter dem geltenden KG möglich.

Die bisherigen Abklärungen haben gezeigt, dass die Einführung von kartellrechtlichen Strafsanktionen gegen natürliche Personen – bei schwierig abschätzbarem Nutzen – sowohl den Behörden wie auch den Unternehmen und ihren Managern und Angestellten zweifellos erheblich mehr Aufwand und Kosten verursacht, u.a. indem sie die Verfahren verlängert und verkompliziert. Aufgrund einer Aufwand-Ertrag-Beurteilung auf dem Stand der erfolgten bisherigen Abklärungen ist **die bisherige Position des Bundesrates, die Motion abzulehnen, zu bestätigen**.

Insgesamt sind alle beschriebenen Umsetzungsvarianten als negativ zu bewerten, da die Nachteile überwiegen. Schlimmstenfalls wird nicht nur die neue Regelung ein Papiertiger bleiben, sondern sie führt auch zu einer Erschwerung oder gar Verunmöglichung der Verwaltungsverfahren gegen die Unternehmen und gefährdet somit letztlich die Durchsetzung des heute funktionierenden Kartellrechts und damit den wirksamen Wettbewerb. Dies gilt in ausgeprägtem Mass, falls auf die Einführung einer Bonusregelung für natürliche Personen verzichtet würde.

Für das EVD ist klar, dass das **Verfahren gegen die Unternehmen weiterhin nach dem VwVG** geführt werden soll. Das VwVG dient in erster Linie dazu abzuklären, ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, welche den Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt und nicht gerechtfertigt werden kann. Rechtsfolge ist diesfalls die behördliche Verpflichtung des Unternehmens zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung. Zu diesem Hauptzweck des KG ist die Anwendbarkeit des VwVG bestens erprobt und geeignet. Auf den nur für die Fälle von Artikel 5 Absatz 3 und 4 sowie Artikel 7 KG vorgesehenen *Sanktionsteil* des Verfahrens, der nicht vom Rest abgespalten werden kann, passt im Prinzip keines der zur Verfügung stehenden Verfahrensrechte (VwVG, Verwaltungsstrafrecht [VStrR] oder Strafprozessordnung [StPO]) optimal. Die einheitliche Verfahrensführung und damit die generelle Anwendung des VwVG – unter Berücksichtigung höherrangiger Vorschriften zum Schutz der Parteien (insb. Europäischer Menschenrechtskonvention [EMRK] und Bundesverfassung [BV]) – für die gesamten Kartellverfahren (inkl. Sanktionierung), hat sich aber in der Vergangenheit als praktikabel und zweckmässig erwiesen und wird in der Praxis auch kaum kritisiert. Die Institutionenreform gemäss laufender Vernehmlassung stärkt die Rechtsstaatlichkeit der nach VwVG laufenden Verfahren noch. Die Beurteilung erfolgt durch ein Gericht statt in einem Verwaltungsverfahren vor einer Behördenkommission, in der zudem Interessenvertreter Einsitz haben.

Eine grundlegende Reform des Sanktionssystems des KG ist nicht angezeigt. Insbesondere ein **Wechsel auf das Modell des Unternehmensstrafrechts gemäss Strafgesetzbuch (StGB) wäre keine sachgerechte Lösung**: Denn dieses geht – anders als das KG – von der primären Verantwortlichkeit der natürlichen Person aus und sieht eine begrenzte subsidiäre Bestrafung der Unternehmung dann vor, wenn das Delikt infolge mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann oder das Unternehmen nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern (Art. 102 StGB). Im Kartellrecht wird das Unternehmen aber nicht für eine blosse Unterlassung sanktioniert, sondern dafür, dass es sich an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt. Denn in aller Regel profitiert in erster Linie das Unternehmen (und damit nicht Einzelne sondern in der Regel zahlreiche Eigentümer und Mitarbeitende) von einer Kartellrente und

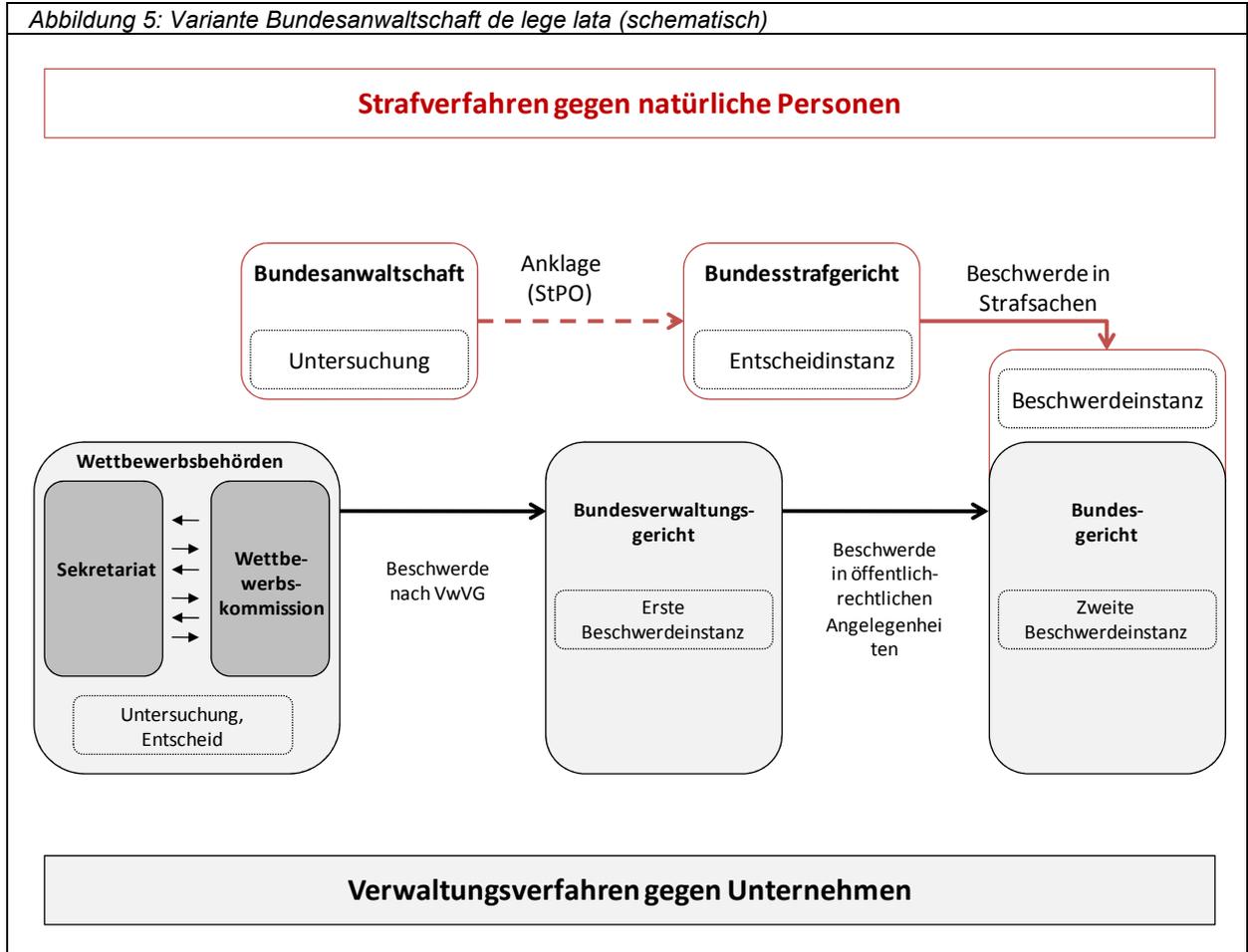
verursacht den Schaden, der dadurch der Volkswirtschaft und letztlich den Konkurrenzunternehmen sowie Konsumentinnen und Konsumenten entsteht. Mit Blick auf die Präventivwirkung wäre zudem eine Anpassung des bisherigen umsatzbezogenen Sanktionsrahmens an den begrenzten Bussenrahmen nach Unternehmensstrafrecht, der in keinem vernünftigen Verhältnis zu Kartellrenten steht, geradezu fatal.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist die Einführung von kartellrechtlichen Strafsanktionen gegen natürliche Personen abzulehnen. Wenn natürliche Personen wegen Kartellverstößen, die sie veranlasst haben, dennoch persönliche Konsequenzen tragen sollen, müsste eigentlich die Wirtschaft selber die notwendigen Massnahmen ergreifen (z.B. Entlassung, Verweis, Lohnkürzung etc., was bereits gestützt auf das geltende Recht möglich ist). Von den hier ausgeführten Möglichkeiten wären Verwaltungsmassnahmen (Vorteilseinzug und Tätigkeitsverbot) gegen natürliche Personen klar am wenigsten schädlich. Wenn auch der Nutzen solcher Massnahmen schwierig vorherzusehen ist, so erscheint doch deren Gefährdungspotenzial für die bestehende, funktionierende Wettbewerbsordnung geringer zu sein als bei den Kriminalstrafmaßnahmen.

F Anhang: Schematische Darstellungen der Varianten basierend auf bisherigem System

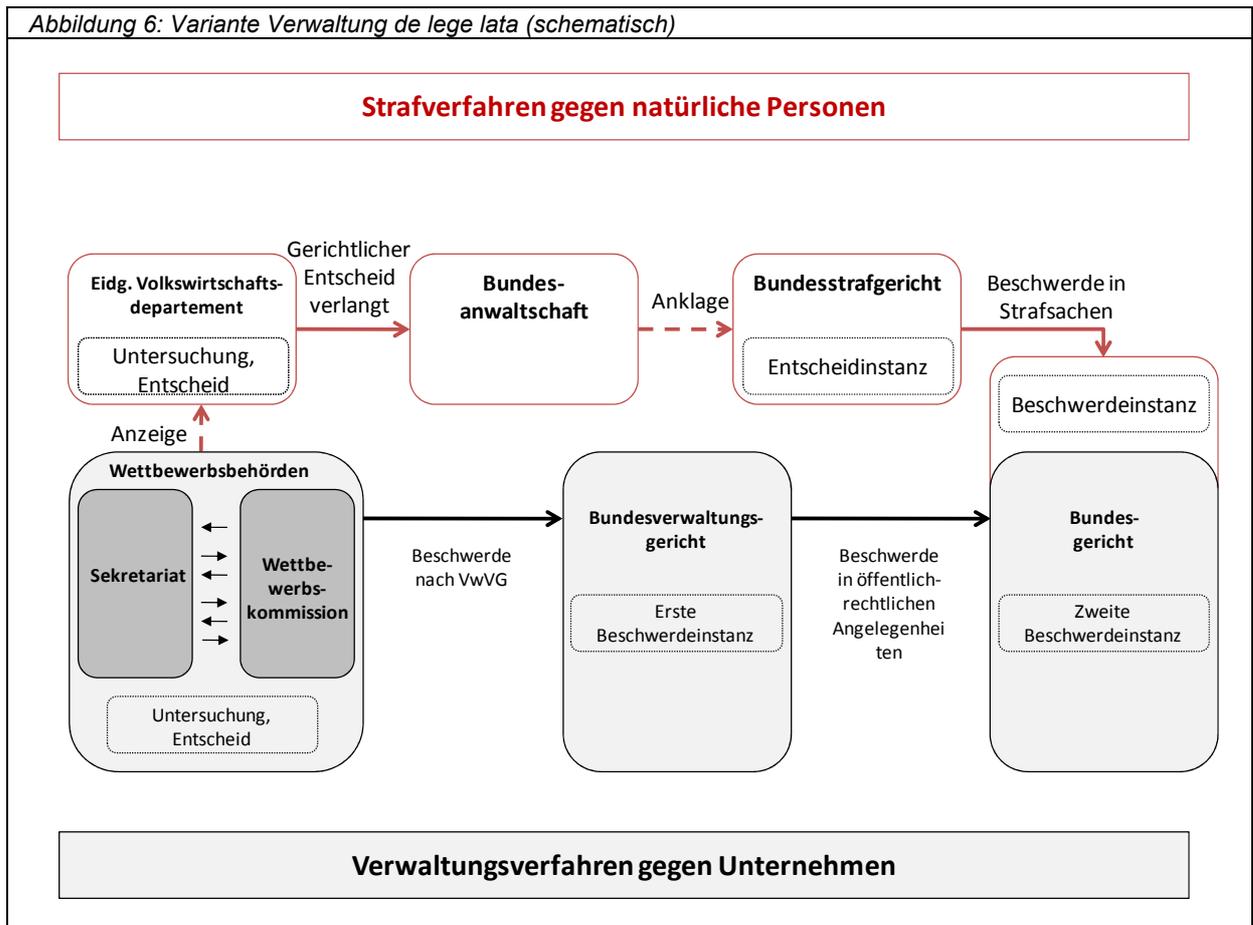
F.1 Variante Bundesanwaltschaft

Abbildung 5: Variante Bundesanwaltschaft de lege lata (schematisch)



F.2 Variante Verwaltung

Abbildung 6: Variante Verwaltung de lege lata (schematisch)



F.3 Variante Wettbewerbsbehörde

Abbildung 7: Variante Wettbewerbsbehörde de lege lata (schematisch)*



* Variante dürfte solange nicht umsetzbar sein, als Interessensvertreter in der Wettbewerbskommission Einsitz haben (vgl. vorn, B.4)

F.4 Variante Verwaltungsmassnahmen

Abbildung 8: Variante Verwaltungsmassnahmen de lege lata (schematisch)

