

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)
Direktion für Wirtschaftspolitik
Vernehmlassung KG Motion Schweiger
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

6. Juli 2011 /Ls

Stellungnahme zur Revision des BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen in Umsetzung der Motion Schweiger (07.3856)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (nachfolgend Kartellgesetz) im Hinblick auf die Erfüllung der Motion Schweiger zu äussern.

Die Motion Schweiger verlangt, dass Unternehmen, welche ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten Verwaltungssanktion belegt werden. Um die Compliance Anstrengungen zu stärken, sollen im Kartellgesetz zudem Strafsanktionen für natürliche Personen verankert werden, für den Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern.

I. Sanktionsmindernde Berücksichtigung von Compliance Programmen

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

Der VSE lehnt den Gesetzesvorschlag zur Umsetzung der Motion Schweiger aus den nachfolgenden Gründen ab:

1. Die der Vernehmlassung zu Grunde liegende Motion basiert auf der Erfahrung einzelner Unternehmen, dass selbst weitgehende Compliance Programme nicht immer verhindern können, dass einzelne Mitarbeitende dennoch Wege finden, um aktiv Kartellrechtsverstösse zu begehen. In solchen Situation soll sichergestellt sein, dass kartellrechtliche Sanktionen entsprechend dem Verschulden der einzelnen Akteure verhängt werden. Auf der einen Seite sollen fehlbare Mitarbeiter neu direkt bestraft werden können, auf der



anderen Seite soll gesetzlich verankert werden, dass Unternehmen, welche hohe Compliance Ansprüche erfüllen, eine angemessene Sanktionsreduktion erhalten.

2. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass mit der Motion Schweiger die Compliance Anstrengungen der Unternehmen bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden sollen. Soweit bekannt, berücksichtigt die WEKO jedoch Compliance Anstrengungen der Unternehmen bei der Sanktionsbemessung bereits heute sanktionsmindernd. Dies entspricht auch der Praxis der meisten Europäischen Kartellbehörden. Eine explizite gesetzliche Regelung der Compliance Defence ist aus Sicht der Unternehmen grundsätzlich zu begrüßen. Wir würden jedoch eine umfassende Regelung zum Verschuldensprinzip im Schweizer Kartellrecht bevorzugen. Mit der Ablehnung der Konzeption des Organisationsverschuldens bleibt letztlich nach wie vor offen, ob und inwieweit ein Verschulden Voraussetzung dafür ist, dass ein Unternehmen sanktioniert werden kann.
3. Der vorgeschlagene neue Art. 49a, Abs. 1 bis Kartellgesetz sieht vor, dass angemessene Vorkehrungen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen sanktionsmindernd zu berücksichtigen sind, wenn sie und deren Wirksamkeit von den Unternehmen hinreichend dargetan werden. Dieser Ansatz verlangt von den Unternehmen, dass sie wirksame auf die Verhinderung von Kartellrechtsverstössen ausgerichtete Compliance Vorkehrungen getroffen haben, um eine Sanktionsminderung zu erlangen. Der Nachweis der Wirksamkeit hat eine Beweislastumkehr zur Folge, die sowohl rechtsdogmatisch als auch von der praktischen Seite her nicht akzeptabel ist. In einem konkreten Fall müsste ein Unternehmen nachweisen, dass ein Compliance Programm etabliert war, welches Kartellrechtsverstösse der begangenen Art verhindern soll. Die Tatsache, dass ein Kartellrechtsverstoss begangen wurde, wird in jedem Fall gegen das Unternehmen verwendet werden können.
4. Wenn der Bundesrat bzw. das Parlament die Sanktionsminderung auf Grund von Compliance Massnahmen ohne den zweiten Teil betreffend der Strafbarkeit der natürlichen Personen für umsetzbar hält, befürworten wir dies, wenn eine Sanktionsminderung bereits dann erfolgt, wenn ein Unternehmen alle erforderlichen und zumutbaren Compliance Vorkehrungen getroffen hat und nicht erst dann, wenn es die Wirksamkeit dieser Compliance Massnahmen nachgewiesen hat.

II. Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen

Für die Umsetzung des zweiten Anliegens, die Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen, werden zwei Varianten vorgeschlagen. 

Variante A

Die Variante A sieht vor, dass neu gegen Person, die innerhalb von Unternehmen an Kartellrechtsverstössen beteiligt waren, verwaltungsrechtliche Massnahmen erlassen werden können. Diese bestehen einerseits in der zeitlich begrenzten, ganzen oder teilweisen Untersagung der beruflichen Tätigkeit, bei den an der Kartellabrede beteiligten Firmen und andererseits im Einzug der Lohnbestandteile wie Boni, die der verantwortliche Mitarbeiter auf Grund der Kartellabrede erzielte.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht soll bei dieser ersten Variante die Wettbewerbsbehörde im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens sowohl gegenüber dem betroffenen Unternehmen als auch gegenüber den verantwortlichen Mitarbeitern ermitteln und das Bundeswettbewerbsgericht über die Sanktionen entscheiden.

Variante B

Die Variante B sieht vor, dass für natürliche Personen im Falle ihrer Mitwirkung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern strafrechtliche Sanktionen ausgesprochen werden können. Als Strafrahmen ist Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren vorgesehen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind bei der zweiten Variante zwei voneinander unabhängige Verfahren vorgesehen. Einerseits die Untersuchung der Wettbewerbsbehörde, welche mit dem Entscheid des Bundeswettbewerbsgerichts abgeschlossen wird und sich ausschliesslich gegen das Unternehmen richtet. Dagegen soll das Verfahren gegen die verantwortlichen Mitarbeiter von der Bundesanwaltschaft geführt werden und zum erstinstanzlichen Entscheid vor Bundesstrafgericht führen.

Der VSE lehnt beide Varianten der Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen ab und zwar aus folgenden Gründen:

Variante A

1. Die Kriminalisierung von Arbeitnehmern bei Kartellrechtsverstössen, widerspricht unserer Rechtstradition. Sie entspringt einem angelsächsischen Rechtsverständnis, in welchem die Grenzen der Trennung von Recht und Moral - die in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition seit Immanuel Kant verankert ist -, zunehmend verwischt werden. Beim Wettbewerbsrecht handelt es sich um einen Erlass des Wirtschaftsverwaltungsrechts, mit dem Unternehmen aber nicht natürliche Personen angesprochen sind. Das geschützte Rechtsgut ist der freie Wettbewerb für dessen Einhaltung die Unternehmen verantwortlich sind. Diese haben wiederum die Möglichkeit im Rahmen arbeitsrechtlicher Vorschriften aber allenfalls auch strafrechtlicher Grundlagen (Art. 158 StGB, ungetreue Geschäftsbesorgung) auf die Verantwortlichen Arbeitnehmer zurückzugreifen.
2. Die mögliche Untersagung der beruflichen Tätigkeit gemäss vorgeschlagenem Artikel 52a KG trifft einen breiten Personenkreis. Erfasst hiervon sind alle Personen, welche eine unzulässige horizontale Wettbewerbsabrede veranlasst, durchgeführt oder entgegen einer Rechtspflicht nicht verhindert haben. Dieser Adressatenkreis ist zu umfassend und könnte theoretisch dazu führen, dass vom VR-Mitglied bis zur Assistentin alle mit einem Berufsverbot belegt werden. Im Weiteren fehlt bei dieser Norm auch eine Differenzierung nach Tatbeitrag und subjektivem Tatbestand. Möglichkeiten Berufsverbote auszusprechen gibt es bis anhin nur bei Berufen, welche unter staatlicher Aufsicht stehen (Ärzte, Anwälte, etc.).
3. Problematisch ist auch die im neuen Artikel 52b Absatz 2 KG vorgesehene Möglichkeit, wonach die WEKO den Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte schätzen kann, wenn sich dieser nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lässt. Die

WEKO ist von ihrem Auftrag her kaum zu solchen Schätzungen in der Lage und die Bestimmung ist anfällig auf eine willkürliche Handhabung.

Variante B

4. Der in Variante B vorgesehene Straftatbestand, welcher als Vergehen ausgestaltet sind, ist in rechtsstaatlicher Hinsicht unseres Erachtens nicht haltbar. Angesichts der Komplexität kartellrechtlicher Fragestellungen, ist die Formulierung des Tatbestandes derart offen, dass er dem Grundsatz 'Keine Strafe ohne Gesetz' nicht standhält. So ist es insbesondere für eine natürliche Person schwer feststellbar, ob sie an einer Abrede über Preise, Gebiete oder Mengen mitwirkt und der andere Kartellteilnehmer tatsächlich oder der Möglichkeit nach, mit „ihrem“ Unternehmen im Wettbewerb steht.
5. Zusätzlich zu den erwähnten rechtsdogmatischen Problemen, stellen sich zahlreiche Fragen im Hinblick auf die Umsetzung in der Praxis. Das Strafverfahren wird durch die Bundesanwaltschaft geführt. Solange das WEKO-Verfahren noch hängig ist, darf wegen derselben Abrede das Strafverfahren nicht mit einer Verurteilung abgeschlossen werden. Das bedeutet, dass sich der Strafrichter auf das Untersuchungsergebnis der WEKO abstützen muss und keine eigene wettbewerbsrechtliche Beurteilung vornehmen soll, wozu er in der Regel auch nicht in der Lage sein dürfte. Eine zügige strafrechtliche Erledigung wird damit illusorisch.
6. Weiter stellen sich Fragen im Zusammenhang mit einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden. Wie soll zum Beispiel ein Unternehmen, das bis anhin nichts von Wettbewerbsabreden seiner Mitarbeiter gewusst hat, im Rahmen einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden von der Kronzeugenregelung Gebrauch machen können, wenn die Interessenkonflikte zwischen Mitarbeiter und Unternehmen durch die Strafdrohung bereits zu Beginn der Untersuchung virulent werden? Der betroffene Mitarbeiter wird vermutlich umgehend seinen Anwalt beiziehen und alles daran setzen, nicht zur Aufklärung des Sachverhaltes beizutragen, sondern ausschliesslich seine Interessen im Hinblick auf ein mögliches Strafverfahren zu wahren.

III. Abschliessende Überlegungen

Auf Grund teilweise unklarer und offener Formulierungen im Kartellgesetz gibt es im Unternehmensalltag immer wieder kartellrechtliche Fragestellungen, die auch nach einer umfassenden rechtlichen Analyse nicht restlos klar beantwortet werden können. Auch die Beratungen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission sind in ihren Aussagen oft nicht verbindlich genug, weshalb mit den vorgesehenen Strafsanktionen den beteiligten Mitarbeitern ein Risiko auferlegt wird, dass in keinem Verhältnis steht zu sonstigen unternehmerischen Entscheidungen, die sie zu treffen haben. Dies wird dazu führen, dass Geschäftsoportunitäten, die, wie sich im Nachhinein herausstellen würde, kartellrechtlich zulässig wären, nicht genutzt werden, aus Angst vor möglichen strafrechtlichen Sanktionen. Die Praxis der vorgesehenen Regelung würde dazu führen, dass das Rechtsgut des freien Wettbewerbs eingeschränkt wird.

Aus all diesen Gründen ist für den VSE die Umsetzung der Motion Schweiger in der vorgeschlagenen Form nicht akzeptabel. Die institutionellen Neuerungen hingegen, wie sie in der ersten Revisionsvorlage vorgeschlagen wurden, können wir unterstützen.

Wir bitten Sie, sehr geehrte Damen und Herren, die Bemerkungen und Hinweise des VSE als Branchendachverband der Schweizerischen Elektrizitätswirtschaft in der weiteren Behandlung des Geschäfts zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'M. Frank'.

Michael Frank
Direktor

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'A. Bücher'.

Anton Bücher
Bereichsleiter Public Affairs
Mitglied der Geschäftsleitung

