

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

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Basel, 5. Juli 2011
CWI/JSA

Revision des Kartellgesetzes (Motion Schweiger)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrter Herr Staatssekretär
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 30. März 2011 haben Sie eine zweite Vernehmlassung zur Revision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) eröffnet, diesmal zur Umsetzung der Motion Schweiger (Compliance Defence, Strafbarkeit natürlicher Personen). Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns nachstehend wie folgt, wobei wir uns im Übrigen der Haltung von economiesuisse anschliessen.

Auch wenn wir das Anliegen von Herrn Ständerat Schweiger verstehen und ein griffiges Wettbewerbsrecht unterstützen, gerade im Blick auf die verantwortlich handelnden Personen im Unternehmen, erscheint uns die zur Vernehmlassung stehende Vorlage in wesentlichen Teilen unausgereift.

Die Verankerung der Compliance Defence im Gesetz entspricht für uns einem alten und berechtigten Anliegen. Nur sollte die Nachhaltigkeit der Compliance-Organisation ausreichen und kein „Wirksamkeitsbeweis“ gefordert sein (der nach einem erfolgten Verstoss kaum erbracht werden kann).

Das Zusammenspiel der Strafbarkeit des Unternehmens auf der einen und seiner Mitarbeitenden auf der andern Seite müsste besser ausdifferenziert sein, nicht zuletzt im Blick auf den Kronzeugen. Es darf kein Anreiz für Mitarbeitende entstehen, an einem Verstoss mitzuwirken in der Erwartung, nachher als Kronzeuge straflos zu bleiben. Auf der anderen Seite müsste der Straftatbestand sorgfältiger eingegrenzt und als Tätigkeitsdelikt ausgestaltet, mithin auf die Unterlassungsvariante verzichtet werden. Sonst würden insbesondere Compliance Officers durch die Strafdrohung erfasst, und das hielten wir für kontraproduktiv. Hinzu kommt, dass eine zu breit formulierte Strafdrohung das Risiko in sich trüge, ein Unternehmen durch Strafuntersuchungen zu behindern. Denn ein beschuldigter Mitarbeitender, dem die Kronzeugenstellung nicht zuteil wird, hat selbstverständlich das Recht, die Aussage zu verweigern und sich selber nicht zu belasten. Das wiederum schränkt die Möglichkeiten des Unternehmens ein, mit der Behörde bei der Aufklärung des Verstosses zusammenzuarbeiten.

Aus diesen Überlegungen können wir den Vorschlag in beiden Varianten (Verwaltungs- und Strafsanktionen) nicht unterstützen. Auch sollten zuerst Alternativen geprüft werden (fristlose Entlassung im Arbeitsvertragsrecht, ungetreue Geschäftsbesorgung im Strafgesetzbuch).

Wenn Sie sich entschliessen, die Vorlage durch eine Expertengruppe überarbeiten zu lassen, wären wir gern bereit, dabei mitzuwirken.

1. Compliance Defence

Wir begrüssen den Vorschlag, die Compliance Defence in Art. 49a des Kartellgesetzes ausdrücklich zu verankern. Sie gewährleistet ein Stück **Rechtsstaatlichkeit** im Kartellverfahren, indem das Organisationsverschulden des Unternehmens bessere Berücksichtigung findet.

Indessen darf nicht verlangt werden, dass die „Wirksamkeit“ der Compliance im konkreten Fall dargetan werden muss (Art. 49a Abs. 1^{bis} Satz 3 VE-KG), sondern es hat zu genügen, dass sie ernsthaft und nachhaltig angelegt war. Die entsprechende „**Best Practice**“ liesse sich auf verschiedene Art umschreiben, z.B.:

- in einer Verordnung des Bundesrates,
- in einer Bekanntmachung der Wettbewerbskommission
- oder in einer behördlich anerkannten Selbstregulierung (nach dem Vorbild des Rechts der Finanzmarktaufsicht).

Es wäre auch denkbar, auf eine Regulierung zu verzichten und die Nachhaltigkeit aufgrund der **Verhältnisse des betroffenen Unternehmens im Einzelfall** zu beurteilen. Auf jeden Fall gilt es eine Bürokratisierung oder Überregulierung der Compliance zu vermeiden, gerade auch im Blick auf kleine und mittlere Unternehmen.

2. Sanktionierung Mitarbeitender

Das Grundanliegen der Motion Schweiger ist begründet und nachvollziehbar: Wenn ein Unternehmen alles für eine wirksame Compliance getan hat und trotzdem – durch individuelles Verhalten Mitarbeitender – ein Verstoss erfolgt, trifft der **Vorwurf weniger das Unternehmen als die Mitarbeitenden**. So ergibt sich aus demselben Gedanken, welcher der Compliance Defence zugrunde liegt, die Idee einer Strafbarkeit des Mitarbeitenden als natürlicher Person.

Freilich zieht eine solche Strafbarkeit Probleme nach sich, die im Vorschlag nicht oder nur unzureichend gelöst sind. Das betrifft insbesondere die im geltenden Recht für das Unternehmen schon enthaltene **Kronzeugenregelung** (Art. 49a Abs. 2 KG). Diese muss im Fall der Strafbarkeit natürlicher Personen auf diese erstreckt werden (so ansatzweise richtig Art. 53a Abs. 3 VE-KG, fehlend in Variante A bzw. Art. 52a und 52b VE-KG). Dabei ist ein Risiko nach zwei Richtungen im Auge zu behalten:

- Wird – zu restriktiv – beschuldigten Mitarbeitenden die Kronzeugenstellung nicht gewährt, steht diesen aus rechtsstaatlichen Gründen ein Aussageverweigerungsrecht zu, und das wiederum kann die Führung des Unternehmens blockieren, gerade im Blick auf eine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde bei der Aufklärung des Verstosses.
- Ist umgekehrt – zu liberal – die Kronzeugenstellung leicht erhältlich, könnte dies für Mitarbeitende einen Anreiz schaffen, den Verstoss zu „riskieren“ im Vertrauen darauf, sich nachträglich als Kronzeuge aus der Verantwortung stehlen zu können. Damit wäre der Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts ein Bärendienst erwiesen.

Die Probleme stellen sich in **beiden Varianten des Vorschlags** – Verwaltungs- oder Strafsanktionen –, weil auch Verwaltungssanktionen gemäss der Europäischen Menschenrechtskonvention strafrechtlichen Charakter haben.

Eine Möglichkeit – wenn Sie an Ihrem Vorhaben festhalten –, die Problematik einzugrenzen, läge darin, die Sanktionierung Mitarbeitender **nur auf Antrag** vorzusehen (der Weko allein oder zusammen mit dem Unternehmen).

3. Schlussbemerkung

Im Übrigen schliessen wir uns der **Stellungnahme von economiesuisse** an und hoffen auf Ihre wohlwollende Beurteilung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Renate Schwob

Christoph Winzeler