

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich

Sitzung vom 29. Juni 2011

833. Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; Umsetzung der Motion Schweiger (Vernehmlassung)

Mit Schreiben vom 30. Juni 2010 lud das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) die Kantonsregierungen ein, sich zur geplanten Teilrevision des Kartellgesetzes vernehmen zu lassen. Mit Beschluss Nr. 1646/2010 äusserte sich der Regierungsrat zu diesem Vorhaben. Im Grundsatz vertrat er eine ablehnende Haltung. Zur Begründung führte er an, dass das noch junge Kartellgesetz nicht bereits kurze Zeit nach der letzten Überarbeitung revidiert werden sollte. Zudem seien keine schwerwiegenden Mängel festgestellt worden und es habe sich auch noch keine gefestigte Praxis entwickeln können.

Dessen ungeachtet treibt der Bundesrat die Revision des Kartellgesetzes weiter voran. Mit Schreiben vom 31. März 2011 unterbreitete das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) eine ergänzende Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Kartellgesetzes, deren Auslöser die Motion Schweiger (07.3856) ist.

Die Motion verlangt erstens, dass Unternehmen, die ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten Verwaltungssanktion belegt werden können. Dieses Anliegen ist im Parlament und im Bundesrat unbestritten.

Sodann sollen zweitens gegen fehlbare natürliche Personen Sanktionen verhängt werden können. Dazu beschreibt der Erläuternde Bericht zwei Varianten. Die erste Variante sieht vor, dass gegen Personen, die innerhalb von Unternehmen an Kartellrechtsverstössen beteiligt waren, näher umschriebene verwaltungsrechtliche Massnahmen erlassen werden können. Dies geschieht in einem Verwaltungsverfahren, das die Wettbewerbsbehörde gegen das Unternehmen und die verantwortlichen Mitarbeiter führt. Die zweite Variante sieht strafrechtliche Sanktionen gegen natürliche Personen vor, die an Kartellabsprachen beteiligt waren.

Der Bundesrat ist der Auffassung, dass im Kartellrecht nach wie vor die Wiederherstellung des Wettbewerbs und damit die Verhaltenskorrektur beim Unternehmen und dessen Sanktionierung im Vordergrund stehen sollen. Deshalb lehnt er Sanktionen gegen natürliche Personen grundsätzlich ab. Sollen in schweren Fällen trotzdem solche erfolgen, erachtet er das Verwaltungsverfahren als zweckmässiger. Dieses soll zur Sanktionierung der Unternehmen bei besonders schädlichen Arten von

horizontalen Abreden hinzutreten, d.h. bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen und über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern; darunter fallen auch Submissionsabsprachen. In materieller Hinsicht sollen diese Sanktionen in einem befristeten Verbot der beruflichen Tätigkeit und im Einzug von Lohnbestandteilen (z. B. Boni), die aufgrund der Kartellabrede erzielt wurden, bestehen. In formeller Hinsicht soll in einem Verfahren gegen alle am Kartell beteiligten Unternehmen und alle daran mitwirkenden natürlichen Personen entschieden werden. Der damit verbundene Aufwand sei jedenfalls bescheidener als bei einem Vorgehen über ein Strafverfahren.

Das Parlament hingegen bevorzugt strafrechtliche Sanktionen in Form von Geld- oder Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren. Dabei wären zwei voneinander unabhängige Verfahren vorzusehen. Das (mit der geplanten Revision des Kartellgesetzes noch einzuführende) Bundeswettbewerbsgericht soll im Verfahren gegen die Unternehmen entscheiden, das Bundesstrafgericht gegen die beteiligten natürlichen Personen. Im Vergleich zum verwaltungsrechtlichen Verfahren hat dies einen erheblichem Mehraufwand des Staates zur Folge.

Auf die Kantone hat das Geschäft keine unmittelbaren Auswirkungen. Auf Bundesebene wäre die Verfolgung natürlicher Personen in den Unternehmen – wie regelmässig bei Wirtschaftsdelikten – mit hohem personellem und finanziellem Aufwand sowie mit langen Verfahrensdauern verbunden. In gesamtwirtschaftlicher Hinsicht räumt der Bundesrat zwar ein, dass mit einer Ausdehnung der Verantwortlichkeit auf diese Personen deren Rechtstreue verbessert werden kann. Er befürchtet indessen, dass dadurch die bestehenden, gut funktionierenden kartellrechtlichen Instrumente gegen kartellierende Unternehmen (allein) negativ beeinflusst werden könnten. Zudem werde bei einer Ausdehnung der Untersuchung auf die natürlichen Personen der Aufwand von diesen, ihren Unternehmen und den staatlichen untersuchenden und richtenden Behörden deutlich zunehmen (Erläuternder Bericht S. 49 ff.).

Auf Antrag der Volkswirtschaftsdirektion

beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Zustelladresse: Staatssekretariat für Wirtschaft, Direktion für Wirtschaftspolitik, Vernehmlassung KG Motion Schweiger, Holzikofenweg 36, 3003 Bern)

Für die uns mit Schreiben vom 31. März 2011 gebotene Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Vorhaben danken wir Ihnen und äussern uns wie folgt:

1. Grundsätzliches

Mit Schreiben vom 17. November 2010 haben wir Ihnen mitgeteilt, dass wir eine Revision des Kartellgesetzes (KG) zum jetzigen Zeitpunkt ablehnen. Wir bedauern, dass Sie unserer Argumentation nicht folgen und die Revision weiter vorantreiben. Eine Revision dieses Gesetzes erscheint uns derzeit aus den gleichen Gründen wie damals weder zweckmässig noch notwendig. Namentlich kann eine Sanktionsminderung für Unternehmen bereits heute gestützt auf Art. 6 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG, SR 251.5) erfolgen. Wir lehnen die Revision daher ab.

Sollten Sie sich trotzdem für eine Weiterführung des Vorhabens entscheiden, unterstützen wir grundsätzlich die Haltung des Bundesrates, wobei wir zur Sanktionierung der Unternehmen eine Änderung vorschlagen.

2. Sanktionsminderung bei Compliance-Programmen

Erleichterungen für Unternehmen, die über ein entsprechendes Compliance-Programm verfügen, sind grundsätzlich zweckmässig. Allerdings ist dabei zu beachten, dass Sanktionen gegen das Unternehmen neben vorbeugendem auch strafenden Charakter haben. Damit ist bei der Bemessung der Sanktion auch das Verschulden zu berücksichtigen. Insbesondere bei Unterlassungen wird für die Bemessung einer Sanktion regelmässig das Mass der vorwerfbaren Pflichtwidrigkeit berücksichtigt. Eine solche wird angenommen, wenn der Sanktionierte von jenem Verhalten abweicht, das von ihm nach objektiven Gesichtspunkten erwartet werden darf. Was die (strafrechtliche) Verantwortlichkeit von Unternehmen im Besonderen anbelangt, ist der Gedanke der mangelhaften Unternehmensorganisation massgebend. So wird ein Unternehmen nach Art. 102 Abs. 2 StGB bestraft, wenn ihm vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren

getroffen hat, um die sanktionierte Tat zu verhindern. Welche Vorkehren zu treffen und angemessen sind, ist im Einzelfall zu beurteilen.

Wenngleich Art. 49a KG für eine Sanktionierung keine Pflichtverletzung des Unternehmens voraussetzt, sollten die Überlegungen zum Unternehmensstrafrecht doch zumindest in die Sanktionsbemessung einfließen. Bei der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen die Einführung eines Compliance-Programmes strafmildernd sein kann, ist vom Grundsatz auszugehen, dass jedes Unternehmen grundsätzlich und aus eigenem Interesse die Pflicht hat, sich so zu organisieren, dass im Rahmen seiner Tätigkeit die geltende Rechtsordnung eingehalten wird. Im Zusammenhang mit Art. 49a KG ist demnach davon auszugehen, dass von jedem Unternehmen – als Selbstverständlichkeit – verlangt werden muss, dass es von sich aus angemessene organisatorische Massnahmen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen trifft. Welche Massnahmen «angemessen» sind, ist u. a. von der Geschäftstätigkeit und Branche abhängig. Demnach kann aber nicht schon die Einhaltung dieser Pflicht zu einer Minderung der Sanktion gemäss Art. 49a KG führen. Eine Sanktionsminderung ist vielmehr nur angezeigt, wenn ein Unternehmen in qualitativer oder quantitativer Hinsicht Massnahmen trifft, die *über* das «angemessene» Mass hinausgehen. Umgekehrt muss die Verletzung der Pflicht, angemessene Massnahmen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen zu treffen, bei der Beurteilung des Verschuldens zulasten des Unternehmens berücksichtigt werden.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass eine Sanktionsminderung nicht bereits beim Ergreifen «angemessener» Vorkehren einsetzen sollte, sondern erst, wenn ein Unternehmen weitergehende Vorkehren trifft, als für die betreffende Geschäftstätigkeit und Branche üblicherweise erwartet werden darf.

3. Massnahmen gegen natürliche Personen

Zutreffend ist, dass im Kartellrecht die Sicherstellung bzw. Wiederherstellung des Wettbewerbs und wenn nötig die Verhaltenskorrektur *beim Unternehmen* im Vordergrund steht. Soll mit Blick auf die natürlichen Personen – gegenüber besonders schwerwiegenden Widerhandlungen – eine wirksame Abschreckung mit empfindlich treffenden Massnahmen erzielt werden, sind in materieller Hinsicht verwaltungsrechtliche Sanktionen wie Berufsverbot oder Bonuseinzug wirksamer als strafrechtliche Massnahmen. Die entsprechenden Ausführungen im Erläuternden Bericht (insbesondere auf den Seiten 14 ff.) treffen zu.

In formeller Hinsicht würde die Aufteilung in verwaltungs- und strafrechtliche Verfahren gegen Unternehmen und deren handelnde Personen indessen ohne erkennbaren Zusatznutzen zu erheblichem Mehraufwand führen. In der strafrechtlichen Sanktion ist weder mit Blick

auf eine vorbeugende Wirkung noch auf Verfahrenseffizienz und staatlichen Aufwand eine zweckmässige Massnahme zu erkennen.

Sollte hinter der Favorisierung der strafrechtlichen Version die Absicht stehen, einzig die unmittelbar handelnden Personen ins Recht zu fassen, nicht aber beispielsweise die übergeordneten Organe eines Unternehmens, stiesse dies ins Leere. Denn strafrechtlich erfasst würden auch durch Unterlassung, Anstiftung oder Gehilfenschaft mittelbar teilnehmende Personen (Art. 11 und 24 f. StGB).

Zusammengefasst erscheint uns die Revision des Kartellgesetzes weder zweckmässig noch notwendig. Sollte jedoch an der Revision festgehalten werden, wird das Ziel eines wirksamen Kartellrechts mit dem Vorschlag des Bundesrats am besten erreicht, weil die Unternehmen Hauptadressaten des Kartellgesetzes sind und nicht die beteiligten Personen.

II. Mitteilung an die Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Mitglieder des Regierungsrates sowie an die Direktion der Justiz und des Innern und die Volkswirtschaftsdirektion.



Vor dem Regierungsrat
Der Staatsschreiber:

Husi