

Positionspapier Revision Kartellgesetz

1. September 2014/aktualisierte, sechste Fassung

Teilkartellverbot gefährdet bewährte Arbeitsgemeinschaften (ARGE) und führt zu Rechtsunsicherheiten

In der laufenden Kartellgesetzrevision soll ein sog. „Teilkartellverbot“ eingeführt werden. Das Teilkartellverbot will gewisse Arten von Abreden verbieten und zwar unabhängig von der Frage, ob diese Abreden überhaupt schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb bzw. die Schweizer Volkswirtschaft haben oder nicht. Die betroffenen Unternehmen haben einzig die Möglichkeit, den Nachweis zu erbringen, dass die „Abrede“ effizienzsteigernde Wirkungen hat. Dafür sollen sie die Beweislast tragen. Diese Effizienzrechtfertigung ist bereits im geltenden Kartellgesetz vorgesehen. Seit Einführung der direkten Sanktionen (Bussen) im Rahmen der letzten Revision gelang es noch keinem Unternehmen, sich erfolgreich darauf zu berufen.

Unter das Teilkartellverbot und die damit verbundene Sanktionsandrohung (bis zu 10% des Umsatzes der letzten drei Jahre) fällt auch die Bildung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) im Vorfeld von öffentlichen oder privaten Ausschreibungen. Das Modell der Arbeitsgemeinschaften hat sich nicht nur im Bauhauptgewerbe, sondern auch bei Planungsgemeinschaften (Ingenieurgemeinschaften/INGE) unter Beteiligung von zwei oder mehreren Planungs- und Ingenieurbüros bewährt. Durch das Teilkartellverbot könnte dieses bewährte System gefährdet werden.

Das Teilkartellverbot

Bislang musste die Behörde den Unternehmen nachweisen, dass eine Wettbewerbsabrede erheblich bzw. schädlich ist, bevor eine Sanktion ausgesprochen werden konnte. Mit dem Teilkartellverbot sollen auch *unerhebliche Abreden*, d.h. Abreden ohne negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, gebüsst werden. Den Unternehmen soll zur Verteidigung einzig die Möglichkeit bleiben, die Effizienz der *nota bene* unerheblichen Abrede nachzuweisen. Dafür sollen sie gemäss der Revisionsvorlage die Beweislast tragen müssen. Ein ganzer Strauss *bewährter, durchaus wettbewerbsfördernder Kooperationsformen* zwischen Unternehmen wird durch diese überschüssende Regulierung gefährdet.

Bau- und Planungsbranche besonders betroffen

Von dieser neuen Regelung besonders betroffen wären die Bauunternehmen und die Ingenieur- bzw. Planungsbüros. Komplexe Bauvorhaben, z.B. im Nationalstrassenbereich, werden oft in sogenannten Arbeitsgemeinschaften (ARGE, INGE o.ä.) von mehreren Ingenieur- und Planungsbüros gemeinsam geplant. Im Vorfeld von Ausschreibungen schliessen sich die Planungsbüros zu Arbeitsgemeinschaften zusammen, um das konkret geforderte Fachwissen gegenseitig zu ergänzen und der Grösse der Aufträge entsprechende Ressourcen bereitzustellen.

Die Bildung einer ARGE im Vorfeld einer Submission wird von den Wettbewerbsbehörden in gewissen Fällen bereits als horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 des Kartellgesetzes beurteilt (vgl. Verfügung der WEKO Submissionsabreden Kanton Zürich vom 22. April 2013, Rz. 12).

Unproblematisch sollen gemäss ständerätlicher Debatte im Jahre 2013 Arbeitsgemeinschaften sein, wenn es sich um **Firmen unterschiedlicher Sparten handelt oder eine Firma die ausgeschriebene Leistung alleine nicht erbringen kann.**

Darüber hinaus kommen aber in der Praxis unter anderem folgende Fallgruppen vor:

- **1. Fallgruppe:** Die Unternehmen könnten zwar die ausgeschriebene Leistung alleine erbringen, bilden aber eine ARGE, um die **Erfolgchancen in der Submission zu verbessern**, z.B. weil sie sich in der Submission bei den Zuschlagskriterien Schlüsselpersonen, Referenzen, Kapazitäten etc. mehr Punkte erhoffen, wenn sie ein gemeinsames Angebot einlegen.
- **2. Fallgruppe:** Bildung von ARGE zur **Verbesserung der Kapazitätsplanung**. Planungsbüros nehmen an verschiedenen Ausschreibungen gleichzeitig teil. Würden sie plötzlich mehrere parallel auszuführende Ausschreibungen gewinnen, würden Kapazitätsengpässe entstehen, obgleich die nötigen Kapazitäten für den einzelnen Auftrag vorhanden wären. Um diese abzufedern, ist die Bildung von ARGE sinnvoll.
- **3. Fallgruppe: Eingespielte Arbeitsprozesse zwischen Personen verschiedener Firmen:** ARGE werden auch gebildet, weil Personen verschiedener Unternehmen bereits in der Vergangenheit (spezifisch gelagerte) Aufträge gemeinsam ausgeführt haben. Es haben sich eingespielte Teams entwickelt, selbst wenn die beteiligten Unternehmen die Aufträge auch ohne Kooperation ausführen könnten.

Die Aufzählung dieser drei Fallgruppen erfolgt bloss beispielhaft. Sie zeigt, dass – entgegen den Behauptungen des Bundesrates und des SECO – der Grossteil der ARGE mit Einführung des Teilkartellverbots problematisch würde. Ob diese Fallgruppen unter das Teilkartellverbot fallen würden bzw. ob sie aus Gründen der Effizienz zu rechtfertigen wären, ist unsicher und wird kontrovers diskutiert. Nach EU-Recht, woran sich die Schweizer Kartellrechtssprechung orientiert, wären die drei genannten Fallgruppen unzulässig. Vertreter des Sekretariats der Wettbewerbskommission haben sich anlässlich einer Fachtagung in diesem Sommer auf den Standpunkt gestellt, dass diese drei Fallgruppen auch nach Einführung des Teilkartellverbotes zulässig wären. Diese Aussagen sind zu begrüssen. Die Frage wird aber von der Wettbewerbskommission und nicht von einzelnen Vertretern des Sekretariats (die personelle Zusammensetzung kann wechseln) und letztinstanzlich vom Bundesgericht entschieden werden müssen. Die zur Verfügung stehenden Materialien (Entscheide der WEKO, Rechtsprechung in der EU) sprechen eher dafür, dass die drei genannten Fallgruppen als rechtswidrig und damit sanktionierbar qualifiziert würden. Das entsprechende Beurteilungsrisiko können und wollen die Bau- und Planungsbüros nicht auf sich nehmen, was *de facto* zu einem Verbot führt.

Die Bussenhöhe beträgt bis zu 10% des Umsatzes der letzten drei Jahre. Solche Sanktionen sollen gemäss der Revisionsvorlage künftig auch dann ausgesprochen werden können, wenn die Bildung einer ARGE oder das Eingehen einer anderen Kooperationsform **überhaupt keine negativen Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb** haben.

Die sog. **Erheblichkeitsprüfung sollte beibehalten werden**. Damit kann verhindert werden, dass effiziente ARGE die aufwändige und mit unsicherem Ausgang behaftete Effizienzverteidigung auf sich nehmen müssen. Die vom Ständerat im Jahr 2013 vorgeschlagene *Bagatellklausel* (Art. 27 1^{bis}) ist kein genügendes Ventil, um dieses Problem in den Griff zu bekommen. Sie ändert nichts an der grundsätzlichen Sanktionierbarkeit unerheblicher Abreden und lässt die Durchsetzung des Kartellgesetzes vor Zivilgerichten und in Submissionsverfahren unberührt.

Auch Einkaufsgemeinschaften und andere bewährte Kooperationsformen sind gefährdet

Das Beispiel der ARGE zeigt, dass effiziente Kooperationsformen zwischen Unternehmen durch das Teilkartellverbot erschwert werden. Dies würde auch für andere bewährte Zusammenarbeitsformen gelten, wie etwa *Einkaufsgemeinschaften*, welche regelmässig zu billigeren Einkäufen und damit zu tieferen Preisen für die Konsumentinnen und Konsumenten führen. Ebenso wären Franchise-Systeme mit einheitlicher Preispolitik oder Pool-Verträge mit Versicherungen gefährdet.

Geltende Regelung genügt und hat sich bewährt; Revisionsanliegen bleibt unbegründet

Der Revisionsbedarf ist nicht gegeben. Das Hauptanliegen der Revision, die institutionelle Änderung (Wettbewerbsgericht), wird voraussichtlich nicht umgesetzt. Die Praxis zeigt in materieller Hinsicht, dass das aktuell geltende Gesetz der Behörde reichlich Mittel in die Hand gibt, um die vom Bundesrat anvisierten Ziele umzusetzen. Es genügt, um den Schweizer Markt für Parallelimporte zu öffnen (Fälle *BMW*, *Nikon*, *GABA* bzw. *Elmex*). Auch im Baugewerbe konnte erfolgreich gegen Submissionskartelle vorgegangen werden. **Insgesamt wurden Bussen in der Höhe von CHF 760 Mio. gegen 120 Unternehmen verhängt!**

Nach Durchführung einer aufwändigen Evaluation wollte der Bundesrat im Juni 2010 das Gesetz bei den sog. vertikalen Abreden (z.B. zwischen Händlern und Herstellern) sogar lockern. Damit die volkswirtschaftliche Zielsetzung des Kartellgesetzes im Bereich der vertikalen Vereinbarungen optimal erreicht werden könne, wollte er diese Sache differenzierter regeln. Ein Jahr später wollte er davon nichts mehr wissen und schlug stattdessen das Teilkartellverbot vor. Sind solche *opportunistischen Kehrtwenden* tatsächlich ausreichende Grundlagen für eine Gesetzesrevision?

Übereifrige Reformen verunmöglichen die Auslegung geltenden Rechts und führen zu Rechtsunsicherheit

Seit der Einführung direkter Sanktionen gab es noch keinen einzigen Bundesgerichtsentscheid im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden. Einige Fälle sind zurzeit vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig. Zwei Fälle wurden an das Bundesgericht weitergezogen (*Hors-Liste* und *GABA* bzw. *Elmex*). Zuerst sollten diese Gerichtsentscheide, insbesondere der GABA-Entscheid, der möglicherweise Unsicherheiten zur Erheblichkeitsprüfung klären wird, abgewartet werden, bevor über eine Gesetzesrevision nachgedacht wird. Das Abändern von Gesetzen ohne eindeutigen Revisionsbedarf bringt Rechtsunsicherheit, da die neuen Regelungen wiederum Auslegungsfragen mit sich bringen, die in jahrelangen Rechtsmittelverfahren geklärt werden müssen. Diese Rechtsunsicherheit führt bei den Unternehmen zu kostspieligen Compliance-Bemühungen und zu langwierigen Verfahren.

Vorschlag der WAK-N zur Revision von Art. 4 Abs. 2bis und Art. 7 Abs. 1 KG ist abzulehnen

Die WAK-N will die Verhaltenskontrolle und die Sanktionsandrohung von Art. 7 KG auf „relativ marktmächtige“ Unternehmen ausdehnen. Die vorgeschlagene Bestimmung zur relativen Marktmacht ist mit vielen Unsicherheiten verbunden und erfasst potentiell auch KMU. Die Regeln sind sehr kompliziert und mit hohen Geldbussen verbunden. Die KMU müssten viel Geld für Compliance bzw. Rechtsberatung ausgeben. Unter dem Strich wäre eine solch komplizierte und unsichere Regelung volkswirtschaftlich kontraproduktiv.

Antrag der usic:

Die Revision ist abzulehnen, d.h. der Nichteintretensentscheid des Nationalrates ist zu bestätigen. Sollte auf die Revision eingetreten werden, ist Art. 5 des Kartellgesetzes in der geltenden Fassung zu belassen.

Autor: Dr. Daniel Emch, Kellerhals Anwälte, Bern
(daniel.emch@kellerhals.ch)

Die usic

Die usic vereint rund 930 Ingenieur- und Planungsunternehmen in der ganzen Schweiz mit insgesamt über 11'000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Die usic-Unternehmungen generieren einen jährlichen Bruttoumsatz von über CHF 1.9 Mia., was ungefähr einem Anteil von 40% am gesamten ingenieurrelevanten Ausgabenanteil im Baubereich entspricht. Damit steuern die usic-Mitgliedsunternehmen mit ihrer Tätigkeit rund einen Drittel der gesamten Ausgaben im Baubereich der Schweiz bei.

www.usic.ch
www.ingenieure-gestalten-die-schweiz.ch

Dr. Mario Marti, Geschäftsführer

Schweizerische Vereinigung Beratender Ingenieurunternehmungen usic
Effingerstrasse 1, PF 6916, 3001 Bern
Tel. 031 970 08 88
mario.marti@usic.ch



@usic_ch



www.facebook.com/usic.ch