

Vom Papiertiger zum Kartelljäger

Vorbeugen ist besser als heilen



Rolf Dähler
lic. iur. et lic. oec. HSG
Telefon +41 58 258 16 00
rolf.daehler@bratschi-law.ch

Die jüngsten Sanktionsentscheide der Wettbewerbskommission zeigen, dass sich auch die KMU's auf die neue Situation einstellen sollten.

1. Ausgangslage

2003 verabschiedete das Parlament eine Teilrevision des Kartellgesetzes, mit der direkte Sanktionen und eine Kronzeugenregelung eingeführt wurden. Konkret können damit Sanktionen bis zu 10% des kumulierten Unternehmensumsatzes der drei letzten Jahre verhängt werden. Und – wer als Mitglied eines Kartells die Abrede bei der Wettbewerbsbehörde anzeigt, bekommt vollständigen Bussenerlass.

Vierorts schon vergessen ist die drakonische Sanktion in der Höhe von CHF 330 Mio., welche die Wettbewerbskommission (Weko) bereits im Februar 2007 gegen die Swisscom verfügte. Seit 2 ½ Jahren liegt der Fall nun beim Bundesverwaltungsgericht. Die Weko hat also bei der Swisscom ein Exempel statuiert und in den letzten Tagen mit einer neuen Sanktion über CHF 220 Mio. nachgedoppelt. Damit wissen wir definitiv, dass die Sanktionsregelung für marktbeherrschende Unternehmen gilt.

2. Gilt die Sanktionsregelung auch für KMU's?

Am 25. Mai 2009 hat die Weko die Felco SA, einen Hersteller von Baumscheren mit CHF 50'000.- gebüsst, weil sie mit der Landi eine Preisabsprache für ein Scherenmodell traf. Die Landi wurde mit CHF 5'000.- gebüsst, weil sie mitmachte. Dies ist die erste Sanktion bei einer Vertikalabsprache.

Am 6. Juli 2009 verfügte die Weko Sanktionen gegen 7 Elektroinstallationsbetriebe aus dem Raum Bern: Gesamtsanktion CHF 1'214'950.- und Verfah-

renskosten von insgesamt CHF 486'400.-. Die höchste Sanktion für ein Unternehmen betrug CHF 395'272.- plus CHF 60'800.- Verfahrenskosten, die kleinste Sanktion CHF 29'192.- plus CHF 60'800.- Verfahrenskosten. Damit ist die Weko mit der Sanktionierung definitiv bei den gewerblichen Märkten angekommen. Das illustrieren auch die hängigen Untersuchungen der Weko auf folgenden Märkten:

- Kosmetik und Parfumerie
- Import französischer Bücher
- Türelemente
- Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen sowie
- Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Aargau und Zürich.

Das Programm der Weko ist nachzulesen im Jahresbericht 2008: Der Schwerpunkt liegt bei den Submissionsabsprachen. Die Weko will die Öffentlichkeit und die staatlichen Submissionsorgane sensibilisieren und ihr internes Instrumentarium in diesem Bereich verfeinern. Sie ist zu diesem Zweck im Kontakt mit der schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz, hat neu Kontakte zu den kantonalen Beschaffungsstellen aufgenommen und macht Schulungen bei den Beschaffungsstellen des Bundes.

Die Stossrichtung ist also kommuniziert und lässt es als ratsam erscheinen, sich mit den Wettbewerbsregeln spätestens jetzt näher auseinanderzusetzen.

3. Die Stolpersteine

Die jüngsten Entscheide im KMU-Bereich zeigen das wettbewerbswidrige Verhalten und die Folgen für die betroffenen Unternehmen auf. Daraus lassen sich erste Schlüsse ziehen.

3.1 Zweck und Wirkung der Absprache ist entscheidend, nicht die Form

Bei den Elektroinstallateuren hat alles sehr geordnet angefangen. Für Submissionen haben sie beim Branchenverband eine Meldestelle eingerichtet und derjenige, der in der Submission den Zuschlag forderte, erhielt auf der Liste ein Sternchen, damit sich die andern Mitglieder, welche alle geschützten Zugang zu dieser Liste hatten, einrichten konnten.

Später, konkret bei Einführung der Sanktionen, liessen sie die Meldestelle von der Weko überprüfen und verzichteten in der Folge auf den Stern.

Absprachen über den Zuschlag erfolgten trotzdem in verschiedenen Spielarten. So verschickte der Leader seine Offerte den andern, damit sie keinen Zusatzaufwand hatten und diese setzten einfach etwas höhere Beträge ein. Oder es bildete sich eine stille Arbeitsgemeinschaft in der alle mitboten, aber klar war, wer der günstigste sein durfte. Koordination gab es auch bei den Abgeboten.

Das heisst mit anderen Worten, dass die beteiligten Unternehmen der Region den Wettbewerb organisierten. Das ist eine Preis- und Mengenabsprache und ganz klar wettbewerbswidrig.

Solange nur eine Submission in Prüfung ist, wird als Basisbetrag für die Berechnung der Sanktion nur der Offertbetrag herangezogen. Wenn die Weko jedoch ein System in den Zuteilungsmechanismen erkennt, geht sie von einem Rotationskartell aus und dann werden sämtliche Submissionen in einer bestimmten Periode zusammengezählt, was zu erheblich höheren Sanktionen führt.

Was lernen wir daraus: Absprachen und Informationssysteme, welche zur Koordination der Submission durch die Wettbewerber führen, sind verboten. Arbeitsgemeinschaften sind möglich, müssen aber offengelegt werden und dürfen nur eine Offerte abgeben.

3.2 Eine Hausdurchsuchung kann jede Unternehmung treffen

Die Untersuchung der Weko im Fall Elektroinstalla-

teure wurde ausgelöst durch eine anonyme Anzeige. Der Anzeiger ist der Weko bekannt. Nach verdeckten Abklärungen entschloss sich das Sekretariat Hausdurchsuchungen durchzuführen. Auf die Minute genau erschienen Vertreter des Sekretariats bei den 7 Unternehmungen. Nicht alleine, sondern verstärkt durch Polizei und IT-Spezialisten der Bundespolizei.

Der Geschäftsverkehr wird kurz unterbrochen, der CEO orientiert und anschliessend werden die im Untersuchungsbefehl umschriebenen Akten beschlagnahmt sowie der E-Mail- und Mobiltelefonverkehr der bezeichneten Personen abgesaugt.

Der CEO wird auch darauf aufmerksam gemacht, dass er eine Selbstanzeige abgeben und volle Kooperation zusichern kann. Das kann zu einer Reduktion der Sanktion führen.

Im Elektrofall hat derjenige, der seinen Anwalt zuerst einschaltete und Selbstanzeige erstattete, vollen Sanktionserlass erhalten. Die übrigen, welche auch alle kooperierten, erhielten 40% Sanktionsrabatt.

In einer Untersuchung wurden Akten versteckt und in einer anderen Akten vernichtet, welche allerdings wieder rekonstruiert werden konnten. Beides führte zu 10% Sanktionszuschlag.

Was lernen wir daraus: Jede Unternehmung kann Ziel einer Hausdurchsuchung werden. Es lohnt sich deshalb, sich darauf vorzubereiten und einen Leitfaden für den Ernstfall bereitzustellen.

3.3 Eine Anzeige führt nicht immer zum Sanktionserlass

Im Baumscherenfall wollte die Unternehmung alles richtig machen, als die Preisabsprache festgestellt wurde. Sie machte eine Selbstanzeige und forderte Sanktionserlass. Dieser wurde aber nicht gewährt, weil in der Sanktionsverordnung geregelt wird, dass dem anstiftenden Unternehmen kein Sanktionserlass gewährt wird. Genau dies war vorliegend jedoch der Fall.

Was lernen wir daraus: Die Kenntnis des Wettbewerbsrechts ermöglicht zeitgerechte kompetente Entscheide.

4. Der Reputationsschaden ist gross

Anhand dieser zwei kleinen Fälle wird deutlich, dass das heutige Kartellgesetz erhöhte Anforderungen an die Unternehmen und Branchenverbände stellt. Fehler können teuer zu stehen kommen und zu einem nachhaltigen Reputationsschaden führen.

Für die erwähnten Elektrounternehmen ist die Beziehung zu ihren Kunden durch den Entscheid der Weko massiv belastet. Jede Submission wird genannt, jeder Bewerber und derjenige, der den Zuschlag erhielt – unter welchen Umständen. Dies schmerzt wohl noch mehr als die Busse selbst.

Fazit

Erstaunlich ist, dass praktisch alle Unternehmen, die in die beschriebenen Verfahren verwickelt waren, bereits eine Einführung ins neue KG hatten. Das Resultat zeigt, dass theoretische Vorträge ohne direkten Bezug zur Arbeit der Unternehmen kaum Erfolg haben.

Die Schulung muss auf die individuellen Bedürfnisse der Unternehmung zugeschnitten sein und sie muss direkten Bezug auf die relevanten Märkte und die dazugehörige Kartellrechtspraxis nehmen.

Die Schulung soll sich an die Unternehmensleitung und die Schlüsselpersonen im Ein- und Verkauf sowie an Vertreter in Branchenverbänden, Arbeitsgemeinschaften, Konsortien und dergleichen richten.

Erfolgreiche Compliance-Konzepte bieten neben der Schulung auch Interviews mit Schlüsselpersonen und die Überprüfung des Vertragswerks an.

Nur durch eine Compliance-Schulung in der Geschäftswelt des Unternehmens lässt sich ein nachhaltiges Resultat erzielen.

Das kostet zwar etwas, aber ist ein Klacks im Vergleich zu den geschilderten Sanktionen und insbesondere zum Reputationsschaden.

Vermeiden wir also durch präventive Massnahmen den Biss des Tigers. Es lohnt sich und spart Ärger.

Bratschi Wiederkehr & Buob in Kürze

Bratschi Wiederkehr & Buob, eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 60 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht, aber auch im Medien- und Kommunikationsrecht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Zürich Bahnhofstrasse 46/106, Postfach 1130, CH-8021 Zürich
Telefon +41 58 258 10 00, Fax +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi-law.ch

Bern Bollwerk 15, Postfach 5576, CH-3001 Bern
Telefon +41 58 258 16 00, Fax +41 58 258 16 99
bern@bratschi-law.ch

St.Gallen Vadianstrasse 44, Postfach 262, CH-9001 St.Gallen
Telefon +41 58 258 14 00, Fax +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi-law.ch

Basel Gerbergasse 14, CH-4001 Basel
Telefon +41 58 258 19 00, Fax +41 58 258 19 99
basel@bratschi-law.ch

Zug Unter Altstadt 28, CH-6300 Zug
Telefon +41 58 258 18 00, Fax +41 58 258 18 99
zug@bratschi-law.ch

www.bratschi-law.ch

© Bratschi Wiederkehr & Buob, Vervielfältigung bei Angabe der Quelle gestattet