

KMU im Fadenkreuz der WEKO

Bei Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz drohen Unternehmen Millionenbussen. Die Beurteilung, ob ein Verhalten rechtskonform ist, kann insbesondere für KMU sehr aufwendig sein. Die WEKO hat deshalb Sonderregeln für KMU aufgestellt, die es diesen erleichtern, ihr eigenes Verhalten zu beurteilen. Dennoch geraten KMU immer wieder in den Fokus der WEKO.

Text: **Fabio Babey und Patrick L. Krauskopf**

In der Schweiz waren Kartelle bis Mitte der 1990er-Jahre fester Bestandteil der Wirtschaft. Die Harmonisierung des Preisverhaltens erfolgte oft im Rahmen der Verbandstätigkeit. 1996 wurde mit der Einführung des Kartellgesetzes die langjährige Kartelltradition beendet. Das Unrechtsbewusstsein ist aber auch 20 Jahre später noch nicht in allen Branchen angekommen. Vor allem bei vielen KMU stösst das Kartellgesetz mit seinem Postulat eines unverfälschten Wettbewerbs immer noch auf grosse Skepsis. Für KMU sind Kooperationen untereinander im Rahmen sogenannter Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oft das einzige Mittel, um im Wettbewerb mit den Grossen mithalten zu können.

Spezielle Marktanteile für KMU

Um die negativen Auswirkungen des Kartellgesetzes für KMU abzufedern, hat die Wettbewerbskommission (WEKO) 2005 die KMU-Bekanntmachung verabschiedet und publiziert. Diese legt fest, dass Abreden zwischen KMU zulässig sind, wenn sie die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen verbessern und ihnen nur eine beschränkte Marktwirkung zukommt. Die Marktwirkung orientiert sich dabei an den Marktanteilen der involvierten KMU:

- Der gesamte Marktanteil aller KMU, die an einer horizontalen Kooperation (einer Abrede zwischen Konkurrenten) beteiligt sind, darf auf dem betroffenen Markt nicht mehr als 10 Prozent betragen.

- Der Marktanteil aller KMU, die an einer vertikalen Wettbewerbsabrede (einer Abrede von Unternehmen auf verschiedenen Ebenen der Wertschöpfungskette) beteiligt sind, darf auf dem relevanten Markt 15 Prozent nicht übersteigen.

Sonderfall ARGE

In der Praxis müssen KMU oft kooperieren, um im Wettbewerb mit den grossen «Playern» mithalten zu können. Wenn Unternehmen, die grundsätzlich miteinander in Konkurrenz stehen, ein gemeinsames Angebot vereinbaren, statt getrennt anzubieten, spricht man von einer

«Für KMU sind Kooperationen untereinander oft das einzige Mittel, um im Wettbewerb mit den Grossen mithalten zu können.»

Arbeitsgemeinschaft (ARGE). Eine solche ist zwar grundsätzlich erlaubt, die Grenze zwischen einer zulässigen ARGE und einem unzulässigen Kartell ist aber nicht immer einfach zu ziehen.

- **Zulässige ARGE.** Eine ARGE lässt sich meist rechtfertigen, wenn KMU erst durch die Kooperation in der Lage sind, ein Angebot einzureichen. Veranlasst

beispielsweise ein Bauherr eine ARGE, fehlt es in der Regel bereits an der vorausgesetzten wettbewerbsbeschränkenden Wirkung oder an einem wettbewerbsbeschränkenden Zweck. ARGE, die keinen der zentralen Wettbewerbsparameter (z.B. Preis, Menge, Gebiet, Kunden) betreffen, sind ebenfalls zulässig. Das Kartellgesetz ist nicht anwendbar.

- **Unzulässiges Kartell.** Aus kartellrechtlicher Sicht wird durch eine ARGE der Wettbewerb beeinträchtigt, wenn sich die Partner ohne Not über wesentliche Wettbewerbsparameter (z.B. Preis, Menge) einigen. Lässt sich die ARGE zudem nicht durch Effizienzgewinne rechtfertigen, ist sie unzulässig und kann Bussgelder nach sich ziehen. Dies trifft zumeist auf sogenannte Submissionskartelle (Form des Preiskartells) zu.

Existenzbedrohende Geldbussen und Schadenersatzforderungen

Mit der Möglichkeit, Millionenbussen gegen Unternehmen zu verhängen, wurde der WEKO ein wirkungsvolles Instrument zur Durchsetzung des Kartellrechts in die Hand gegeben. KMU, die in den Fokus der Wettbewerbsbehörden

«Zusätzlich zu den hohen Geldzahlungen droht den Kartellisten ein Reputationschaden, wenn der Fall an die Öffentlichkeit gelangt.»

geraten, riskieren im Falle einer Verurteilung Geldbussen in Millionenhöhe. Die Maximalgrenze einer Sanktion liegt bei 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Bei der Festlegung der Busse berücksichtigt die WEKO strafmildernde Faktoren (z.B. Kooperation, Kronzeugenregelung) sowie strafverschärfende Faktoren (z.B. Zurückhaltung von Informationen, Verweigerung der Kooperation).

Der Albtraum für die beteiligten KMU geht weiter, wenn geschädigte Kunden oder Zulieferer Schadenersatz verlangen. Obwohl in der Schweiz bis anhin die zivile Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen noch nicht etabliert ist und die Praxis erst wenige Fälle aufweist, müssen verantwortungsvolle KMU auch dieses Risiko einkalkulieren. Denn für die Zukunft sind folgende Tendenzen erkennbar:

- Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen geschädigter Kunden oder Zulieferer nimmt zu, vor

allem im grenzüberschreitenden Handel. So kann ein Schweizer KMU ohne Weiteres von Kunden in der EU oder in den USA eingeklagt werden.

- Die zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche können die Geldbussen der WEKO um ein Vielfaches übersteigen und bedrohen dadurch die Existenz vieler KMU.

Zusätzlich zu den hohen Geldzahlungen droht den Kartellisten ein Reputationsschaden, wenn der Fall an die Öffentlichkeit gelangt. Sie werden in den Medien nicht nur negativ dargestellt, sondern oftmals gleich vorverurteilt. Die Berichterstattung zeichnet das Bild von profit-süchtigen Unternehmen, die mittels Kartellabsprachen erhöhte Preise zulasten der Konsumenten bewirken. Unter dem Imageschaden, den die negative Berichterstattung bei der Marktgegenseite (Konsumenten, Lieferanten, Abnehmer) bewirkt, leiden die Geschäftsbeziehungen langfristig.

Verhaltensguidelines für unangekündigte Hausdurchsuchungen

Die WEKO führt bei KMU Hausdurchsuchungen durch, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht, dass ein Kartell vorliegt, und es wahrscheinlich ist, dass Beweismittel (u.a. E-Mail, Bundesordner) gefunden werden. Die Hausdurchsuchung beginnt in der Regel um neun Uhr. Die WEKO wartet nicht, bis der Anwalt des Unternehmens eingetroffen ist. Nur äusserst selten wird bei einem KMU zweimal eine Hausdurchsuchung angeordnet. Man kann somit nicht «on the Job» lernen. KMU haben also nur eine Chance, sich richtig oder falsch zu verhalten. Widerstand gegen die Hausdurchsuchung ist strafrechtlich relevant. Die Vereitelung, etwa die Vernichtung von Beweismitteln, ist zu unterlassen.

- **Pflichten.** Die Pflicht des KMU zur Mitwirkung beschränkt sich im Wesentlichen auf eine passive Duldung: Der WEKO muss Zugang zu den Räumlichkeiten und zum Computersystem gewährt werden, wobei die WEKO Räume versiegeln kann, um sicherzustellen, dass keine Beweismittel entfernt werden. Im Übrigen müssen Mitarbeitende aus eigenem Antrieb keine Angaben darüber machen, wo sich bestimmte Akten befinden. Gewisse sachdienliche Hinweise, etwa zur Lage gewisser Büros innerhalb des Gebäudes oder zur eingesetzten Hard- und Software, sind hingegen empfehlenswert. Sie führen dazu, dass die Hausdurchsuchung auf die für die Behörde relevanten Bereiche fokussiert werden kann, sodass der übrige Betrieb weniger gestört wird.

- **Rechte.** Das KMU hat das Recht, einen externen Anwalt beizuziehen. Dieser wird die beschlagnahmten Beweismittel einsehen und allenfalls eine Siegelung verlangen. Damit kann die WEKO die Beweismittel vorläufig nicht verwerten. Die Unterlagen aus dem Verkehr zwischen dem Anwalt und dem Unternehmen unterstehen dem Anwaltsgeheimnis und sind vor einer Beschlagnahme geschützt.

Die Kronzeugenregelung soll für beteiligte Kartellisten Anreize schaffen, mit der WEKO zu kooperieren. Nur der erste Kronzeuge geht strafflos aus. Eine solche Kooperation mit der WEKO ist indes sorgfältig zu prüfen, denn die Auswirkungen sind schwer vorauszusehen

«Die finanziellen Folgen von Behörden- wie auch Zivilverfahren können gerade KMU die gesamte Existenzgrundlage entziehen.»

(u.a. Schadenersatz, Reputationsrisiken). Vor, während und nach dem WEKO-Verfahren ist eine (Kartellrechts-)Strategie unerlässlich. Für das betroffene Unternehmen gilt es dabei, politische, rechtliche, mediale und wirtschaftliche Kriterien gleichermaßen zu berücksichtigen.

Risiken abklären lassen

Aufgrund der zahlreichen Unsicherheiten, die mit Kartellrechtsverfahren einhergehen, schwebt das Kartellrecht mit seinen Sanktionen wie ein Damoklesschwert über potenziell betroffenen KMU. Behördenverfahren können nicht nur zu hohen Bussen führen, sondern auch zivile Schadenersatzklagen nach sich ziehen. Die finanziellen Folgen von Behörden- wie auch Zivilverfahren können gerade KMU die gesamte Existenzgrundlage entziehen. Daher ist es unerlässlich, dass nicht nur während, sondern auch vor und nach einem Kartellrechtsverfahren eine umfassende rechtliche, politische, mediale und wirtschaftliche Analyse der möglichen Risiken durch externe Kartellrechts- und Compliance-Experten vorgenommen wird.

CAS International Competition Law and Compliance

Der Kurs richtet sich in erster Linie an Führungskräfte von KMU aller Branchen, die sich auf dem Gebiet der Kartellrechts-Compliance solides technisches, strategisches und praktisches Wissen aneignen möchten.

www.zhaw.ch/zw/h/cas-iclc

Checkliste ARGE, abrufbar unter:

www.bit.ly/checkliste-arge

Fabio Babey

Dr. iur. Fabio Babey ist Dozent am Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht und Managing Director bei AGON Partners. Er ist als externer Compliance Officer eines weltweit agierenden Unternehmens tätig, publiziert regelmässig zur Compliance und organisiert bedeutende Compliance Events wie die «Ateliers de la Concurrence».

Patrick L. Krauskopf

Prof. Dr. iur. Patrick L. Krauskopf, LL.M. (Harvard), RA Zürich / New York, ist Leiter des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht an der ZHAW School of Management and Law und Chairman der auf Kartellrecht spezialisierten Anwaltskanzlei AGON Partners. Neben seiner Tätigkeit in der Wissenschaft ist er in der Praxis beratend für Rechts- und Compliance-Fragen bei Verbänden, KMU und internationalen Unternehmen tätig.



Royal Döner AG

Angebot: Produktion von Döner Kebab

Gründungsjahr: 1993

Anzahl Mitarbeitende: 122

www.royaldoener.ch