

Dienstag, 2. Juli

# Mehr Rechtsunsicherheit für Arbeitsgemeinschaften

*Die Vorschläge der Kartellgesetzrevision zur Kooperation zwischen Firmen weisen in eine falsche Richtung. Von Philipp Zurkinden*

Das revidierte Kartellrecht bringt den aus dem Baugewerbe bekannten Arbeitsgemeinschaften mehr Rechtsunsicherheit. Der Autor glaubt, dass vielmehr eine Überarbeitung der KMU-Bekanntmachung dieser sinnvollen Kooperationsform zugutekäme.

Die kartellrechtliche Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften (Arge) ist schon unter dem geltenden Kartellgesetz (KG) weitgehend unklar. Die Verwaltung und die Befürworter des ständerätlichen Revisionsvorschlags zu Artikel 5 KG behaupten, dass dieser eine effiziente und sachgerechte Anwendung des Kartellrechts auf Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen und auch mehr Rechtssicherheit für die Firmen bringe. Anhand der Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften zeigt sich aber gerade, dass diese sicher wünschenswerten Zielen nicht erreicht werden können.

## Anhaltende Unsicherheit

Die Unsicherheit der Schweizer Wettbewerbsbehörde (Weko) bei der kartellrechtlichen Behandlung von Arbeitsgemeinschaften trat insbesondere im Weko-Verfahren gegen Berner Elektroinstallationsbetriebe (RPW 2009/3) zutage. Wer an diesem Verfahren beteiligt war, gewann nicht den Eindruck, dass aus der Sicht der Weko sogenannte Arge grundsätzlich erwünscht und zulässig seien. Erst auf den Druck der Beteiligten wurde in der einvernehmlichen Regelung vom Verbot des Informationsaustauschs bei grösseren Elektroinstallations-Projekten der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften ausgenommen. Zusätzlich wurde in dieser Regelung festgelegt, dass geplante Arbeitsgemeinschaften gegenüber dem Arbeitgeber spätestens zum Zeitpunkt der Offertstellung offenzulegen sind.

Bereits die Formulierung dieser beiden spezifischen Zusätze zu Arge zeigt, dass die Unsicherheit rund um die kartellrechtliche Behandlung von Arge nicht behoben wurde.

Auch die jüngsten Entscheide der Weko im Baubereich bringen diesbezüglich keine weiterführenden Erkenntnisse. Die Untersuchungsgegenstände haben insofern auch nichts mit den Arge zu tun, als es dort um die Frage des Bestehens von Submissionsabsprachen ging.

Weshalb die Weko angesichts dieser anhaltenden Unsicherheit nicht zumindest die längst zum Trauerspiel verfallene KMU-Bekanntmachung überarbeitet hat, erscheint umso fragwürdiger, als längst anerkannt ist, dass diese Bekanntmachung die KMU auch unter anderen wichtigen Aspekten der kartellrechtlichen Beurteilung von Abreden nicht anders behandelt als Grossunternehmen. Die bundes- und die ständerätliche Vorlage enthalten ein Verbot für Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen zwischen Konkurrenten mit Rechtfertigungsvorbehalt. Das gleiche Verbot soll für vertikale Gebietsabschottungen und Preisfestsetzungen zweiter Hand gelten. Die konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb müssen also von der Weko nicht mehr geprüft werden.

## Kooperation unter Druck

Es dürfte unbestritten sein, dass Arge im klassischen Sinn eine Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern und notwendigerweise auch den Austausch u. a. von Preisinformationen enthalten. Darum fallen diese aber automatisch unter das vorgeschlagene Verbot für sogenannte harte Horizontal-Abreden. Die Aussage der Verwaltung, wonach Arge weder das bisherige Kartellrecht noch die erwähnten Revisionsvorschläge zu fürchten haben, ist nur schwer verständlich.

Zum einen ist bereits die heutige Rechtsfrage unklar, und zum anderen führen die Revisionsvorlagen gerade dazu, dass Arge mit Preis-Elementen unter das Verbot fallen, da die konkreten Auswirkungen der Arge gar nicht mehr geprüft werden müssen. Eine Einzelfall-Betrachtung mit einer Prüfung der wettbewerbsbehindernden und -fördernden Wirkungen soll gerade nicht mehr stattfinden.

Völlig unverständlich ist zudem die Behauptung, dass die vom Ständerat geänderte Beweislast-Regelung im Zusammenhang mit Effizienzgründen die Rechtsposition der Unternehmen nicht verändere. Tatsache ist, dass die Beweislast für das Vorbringen von Effizienzgründen bei den Unternehmen hängenbleibt. Angesichts der fehlenden Rechtsprechung und der – im Unterschied zum EU-Kartellrecht – entweder ebenfalls fehlenden oder nicht auch nur im Ansatz aussagekräftigen Sekundär-Erlasse bedeuten die vorgeschlagenen Änderungen gerade für Arge-Mitglieder eine Schlechterstellung.

Wenn in Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Regelung der Beweislast behauptet wird, dass sich die verfahrensrechtliche Situation der Unternehmen gar nicht verändere,

sei zudem auch die Frage erlaubt, weshalb es dann überhaupt einer Neuformulierung dieser Bestimmung bedarf.

## Irrungen der Reform

Dass die vorgeschlagenen Einschübe in Artikel 5 Abs. 3 E-KG und 27 Abs. 1bis Erleichterungen bringen, dürfte zumindest mit Bezug auf Arge ein Trugschluss sein. Im ersten Einschub wird letztlich lediglich festgestellt, dass ein gemeinsames Angebot eine Abrede darstellt, und nicht, dass sie durch Effizienzgründe gerechtfertigt ist. Ebenso ist aufgrund der bisherigen Rechtsprechung und der KMU-Bekanntmachung kaum zu erwarten, dass die Weko Arge mit Preis-Elementen einen vernachlässigbaren Einfluss auf den Wettbewerb attestiert. Die KG-Revision hat sich mit Bezug auf die materiellen Beurteilungsregeln verirrt.

Die Irrungen sind nicht nur angesichts des geradezu unsinnigen Artikels 7a, sondern auch der vorgeschlagenen Änderungen zu Art. 5 KG offensichtlich. Arge sind ein eindrückliches Beispiel dafür, dass durch die Vergrösserung der bereits bestehenden Rechtsunsicherheit die betroffenen Unternehmen abgeschreckt werden, künftig solche Kooperationen durchzuführen. Das dürfte für bestimmte Wirtschaftsbereiche negative Folgen haben.

Ursprünglich wichtigster Reformpunkt war eine institutionelle Änderung, was auch sinnvoll erscheint. In diesem Fall sollte aber auch der neuen Behörde zunächst Gelegenheit gegeben werden, mit den heute geltenden Regeln eine aussagekräftige Rechtsprechung aufzubauen, statt aufgrund einer teilweise aufgebauschten Diskussion über hohe Preise in der Schweiz – deren Ursachen zudem weitgehend in den bestehenden Handelshemmnissen liegen – Schnellschüsse zu produzieren.

Weit dringender als die Änderung der bestehenden Beurteilungsregeln des Kartellgesetzes wäre eine Reform der KMU-Bekanntmachung, damit sie nun endlich zu einem verlässlichen Instrument gedeiht, auch mit Bezug auf die Arbeitsgemeinschaften.