

Grenzen von Arbeitsgemeinschaften

Seilziehen um Kartellrechtsrevision

Wirtschaftsnachrichten Heute, 06:00



Sinnvolle Kooperationen werden durch die Kartellrechtsrevision nicht unterbunden. Vielmehr stehen «harte» Absprachen im Vordergrund. Laut dem Autor soll zudem die Wettbewerbsbehörde auch künftig unbedeutende Fälle ignorieren.

Eric Scheidegger

Die laufende parlamentarische Beratung um die Revision des Kartellgesetzes (KG) wird intensiv geführt. Das ist gut so, denn die Wettbewerbsordnung ist ein zentraler Pfeiler eines marktwirtschaftlichen Systems. Änderungen der wettbewerbsrechtlichen Grundlagen müssen deshalb gut begründet und wohlgedacht sein. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, dass bei einer anstehenden Veränderung der Wettbewerbsregeln diejenigen Kreise Bedenken äussern, die mit dem Status quo gut leben können. Solche Einwände sind auch in eine Serie von Beiträgen in der NZZ vom 13. Juni 2013 eingeflossen. Dabei sind jedoch sachliche Klärung und Fiktion etwas durcheinandergeraten.

Harte Kartelle nicht harmlos

Im Mittelpunkt der Kritik steht der Revisionsvorschlag um Art. 5 des KG. Es wird moniert, dass im ungünstigsten Fall vor allem in der Bauindustrie viele KMU vor höheren oder neuen Hürden stehen dürften, wenn es um den Zugang zum Markt für grössere Bauvorhaben ginge. Um den Stellenwert der Revision richtig einordnen zu können, muss die Entstehungsgeschichte von Art. 5 in Erinnerung gerufen werden.

Die Schaffung dieses Artikels geht auf die Totalrevision des KG im Jahre 1995 zurück. Damals wurden die ökonomisch als besonders schädlich eingestuft und sogenannten harten horizontalen Kartellabreden wie Preis-, Mengen- und Gebietsabreden ins Visier genommen.

Harte Kartelle sind alles andere als harmlos. In Form einer Arbeitsgemeinschaft (Arge) verpackte Submissionsabsprachen gehören zu den schädlichsten Wettbewerbsbeschränkungen überhaupt. In der Literatur wird geschätzt, dass die Preise so um 10% bis 15% überhöht werden. Leidtragende der zu hohen Kartellpreise sind die Bauherren, also Private, Unternehmen, aber auch die öffentliche Hand und damit letztlich die Steuerzahler.

In einer nächsten Stufe wurden mit der Revision von 2003 direkte Sanktionen für solche Absprachen eingeführt. Das Parlament hat damals über den Vorschlag des Bundesrates hinausgehend auch zwei Formen von harten Vertikalabreden mit direkten Sanktionen unterstellt: nämlich Preisbindung zweiter Hand und absoluten Gebietsschutz.

Im erwähnten NZZ-Beitrag werden nun gängige (unbedenkliche) wirtschaftliche Kooperationen zwischen Unternehmen mit diesen harten Wettbewerbsabsprachen prinzipiell gleichgestellt. Aus diesem Gedankenfehler wird dann kurzgeschlossen, mit dem bundesrätlichen Vorschlag zur Revision von Art. 5 seien wirtschaftlich sinnvolle Kooperationen künftig verboten. Dies ist eine falsche Befürchtung.

Es war nie das Ziel des bundesrätlichen Revisionsvorschlages zum KG, effiziente und wirtschaftlich sinnvolle Zusammenarbeit zu verunmöglichen. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall. Mit der Revision von Art. 5 soll die Rechtssicherheit gestärkt werden, damit künftig die Trennlinie zwischen volkswirtschaftlich sinnvollen Kooperationen und ökonomisch verwerflichen Wettbewerbsbehinderungen klarer und vorhersehbarer ist. Dies ist insbesondere für KMU von Bedeutung.

Maurer mit Zimmermann

Die für die Bauwirtschaft wichtigen Arge bleiben auch in Zukunft erwünscht und zulässig. Die Mehrheit dieser Kooperationsformen beleben den Wettbewerb über die Ausweitung der Zahl der Bewerber, die alle geforderten Qualifikationen mit sich bringen und offerieren können. Arge müssen weder das bisherige noch das neue Kartellrecht befürchten, da eine kartellrechtswidrige Abrede nur vorliegt, wenn die Absprache eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Dies ist bei Arge in aller Regel nicht der Fall. Als Regel gilt, dass Kooperationsformen völlig unproblematisch sind, wenn die beteiligten Unternehmen nicht miteinander im Wettbewerb stehen. Der Maurer, der mit dem Zimmermann zusammen offeriert, muss sich keine kartellrechtlichen Überlegungen machen.

Weiterhin dürfen aber auch direkte Konkurrenten eine Arge bilden, wenn es wirtschaftlich nicht vernünftig wäre, die Aufträge allein durchzuführen. Auch in Zukunft wird es möglich sein, im Einzelfall aufzuzeigen, dass bei Bauvorhaben erst eine Arge die Erreichung einer genügenden betriebswirtschaftlichen Grösse oder die Erfüllung von Eignungsvoraussetzungen erlaubt. Dieser Dokumentationsaufwand wird zudem nur fällig, wenn Firmen gewisse Grössenkriterien erfüllen. Dies wird viele weitere Arge dem Zugriff der Wettbewerbsbehörde entziehen. Der Blick auf die wirtschaftliche Erheblichkeit verschwindet somit nicht vollständig aus dem Gesetz.

Hingegen wird es auch in Zukunft eine klare rote Linie geben. Die Kooperation darf nicht zum primären Effekt haben, die Zahl konkurrierender Offerten zu begrenzen oder den Bauherrn zu täuschen. Die kürzlich von der Wettbewerbskommission (Weko) aufgezeigten Preisabsprachen von Zürcher Tiefbaufirmen sind ein gutes Beispiel für Abreden, bei denen die gute Absicht von Effizienzsteigerungen beim besten Willen nicht erkennbar sind. Heute wie künftig nicht erlaubt sind genau solche Fälle, bei denen die Partner einer (versteckten) Arge dem Bauherren gegenüber nicht als Arge auftreten, sondern je eine eigene (und überhöhte) Scheinofferte eingeben zum Schutz desjenigen Partners, der den Zuschlag erhalten soll, mit dem Ziel, die dadurch erzielte Kartellrente in der versteckten Arge aufzuteilen.

Mär von der Beweislastumkehr

Von den Gegnern der KG-Revision wird moniert, die Überarbeitung wolle eine Umkehr der Beweislast, wenn Unternehmen ein hartes Kartell gemäss Art. 5 schliessen und es darum geht, die Abrede durch Effizienzsteigerungen zu begründen. Davon, dass Firmen ihre Unschuld beweisen müssen, kann aber nicht die Rede sein. Der vom Erstrat verbesserte Artikel macht vielmehr klar, dass weder von der Untersuchungsbehörde noch von den Unternehmen Angaben verlangt werden, die sie nicht von sich aus darlegen können. Hingegen ist ebenso offensichtlich, dass die Wettbewerbsbehörde nicht in der Lage ist, die Effizienzgründe zu erraten, die Unternehmen zur Begründung ihrer Abrede anbringen. Mit anderen Worten soll im Gesetz in Zukunft nur die Rechtsprechung des Bundesgerichtes fortgesetzt werden.

«Effiziente» Abreden erlaubt

Eigentlich wird mit der KG-Revision vorgeschlagen, was die meisten Ökonomen fordern. Im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung wird auch bei den direkten Sanktionen unterstellten Abreden zwingend geprüft, was die wettbewerbsbehindernden und -fördernden Wirkungen der konkreten Abrede sind. Heute braucht es dazu zuerst die Widerlegung einer gesetzlichen Vermutung. Der Bundesrat erachtet diesen Punkt ebenso als ein Element der Rechtsunsicherheit wie den juristisch unklaren Begriff der «Erheblichkeit». Mit der Revision wird hingegen eine Klärung des Sachverhaltes harter – und nur harter – Kartelle ermöglicht. Überwiegen die Elemente zur Förderung des Wettbewerbs im Einzelfall, dann handelt es sich um eine effiziente Abrede, und diese ist erlaubt.

Steht eine Abrede zur Diskussion, bei welcher schon zum Vornherein ohne zusätzliche Abklärungen im Rahmen eines Verfahrens klar ist, dass sie effizient ist, darf die Behörde gar nicht auf den Fall eintreten, da sie nach Art. 27 Abs. 1 der Revisionsvorlage für eine Untersuchungseröffnung «Anhaltspunkte» dafür haben muss, dass es sich um eine «unzulässige Wettbewerbsbeschränkung» handelt. Alles in allem vereinfacht der revidierte Art. 5 also die Regeln und kanalisiert die Untersuchungen der Weko direkt auf die zentrale Frage der ökonomischen Effizienz. Dies ist auf jeden Fall im Interesse von KMU.

Dr. Eric Scheidegger ist Leiter der Direktion für Wirtschaftspolitik und stellvertretender Direktor des Staatssekretariats für Wirtschaft.

Mehr zum Thema «Seilziehen um Kartellrechtsrevision»

FIRMENKOOPERATION: Mehr Rechtsunsicherheit für Arbeitsgemeinschaften

COPYRIGHT © NEUE ZÜRCHER ZEITUNG AG - ALLE RECHTE VORBEHALTEN. EINE WEITERVERARBEITUNG, WIEDERVERÖFFENTLICHUNG ODER DAUERHAFTESPEICHERUNG ZU GEWERBLICHEN ODER ANDEREN ZWECKEN OHNE VORHERIGE AUSDRÜCKLICHE ERLAUBNIS VON NEUE ZÜRCHER ZEITUNG IST NICHT GESTATTET.