

Bussen gegen Submissionskartelle und die Anforderungen an «Compliance»-Programme

Dr. iur. German Grüniger, Rechtsanwalt, LL.M., Zürich und Baden

Eine WEKO-Untersuchung im Kanton Aargau

Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat 17 im Kanton Aargau tätigen Bauunternehmen Geldbussen von insgesamt rund CHF 4 Mio. auferlegt. Vorgeworfen werden ihnen unzulässige Submissionsabsprachen über Preise und die Aufteilung von Märkten im Zeitraum zwischen 2006 und 2009. Im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren wurde berücksichtigt, dass sieben der beteiligten Bauunternehmen während der Untersuchung kooperierten. Der Entscheid der WEKO vom 16. Dezember 2011 (Untersuchung 22-0385)¹ wirft die Frage auf, inwieweit kartellrechtliche «Compliance»-Programme bei der Sanktionsbemessung Berücksichtigung finden.

Gestützt auf eine Anzeige² eröffnete das Sekretariat der WEKO am 8. Juni 2009 zwei Untersuchungen gemäss Art. 27 KG. Die eine Untersuchung betraf allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich, die andere eine vermutungsweise gleiche Wettbewerbsabsprache im Kanton Aargau. Am 9. Juni 2009 führte das Sekretariat der WEKO zur gleichen Zeit im Kanton Aargau und Zürich Hausdurchsuchungen durch.³ In beiden Kantonen wurde umfangreiches Aktenmaterial beschlagnahmt und elektronische Datenträger kopiert. Anlässlich der Hausdurchsuchungen im Kanton Aargau beantragte eine betroffene Bauunternehmung die Teilnahme am Bonusprogramm und sicherte umfassende Kooperation zu. Sechs weitere Unternehmen im Kanton Aargau zeigten sich im Laufe des Untersuchungsverfahrens selbst an und erklärten sich ebenfalls zur Kooperation bereit. Insgesamt reichten somit sieben Aargauer Untersuchungsadressatinnen eine Bonusmeldung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 lit. b und Art. 8 ff. SVKG⁴ ein. Alle diese Untersuchungsadressatinnen legten in der Folge weiteres Beweismaterial offen. Gestützt auf das beschlagnahmte Aktenmaterial und die Bonusmeldungen wurden mehr als 100 Projekte aus dem Zeitraum von 2006 bis 2009 untersucht, bei denen sich der Verdacht auf unzulässige Absprachen erhärtet hatte. Dabei hätten die jeweils an der Absprache beteiligten Unternehmen vereinbart, welches Unternehmen die tiefste Offerte für Tiefbauprojekte im Kanton Aargau einreicht und von den anderen Unternehmen durch Stützofferten geschützt werde.

Wie die WEKO verfügte

1. Das Verhalten der untersuchten Unternehmen im Kanton Aargau beurteilt die WEKO als *horizontale Preisabrede* und

Marktaufteilung nach Geschäftspartnern. Beides erfüllt nach Auffassung der Wettbewerbsbehörde den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a (Preisabsprache) und lit. c KG (Marktaufteilung), bei dessen Vorliegen die *Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs* vom Gesetz vermutet wird (Rz. 998). Die Widerlegung der Wettbewerbsbeseitigung durch den Nachweis von genügendem Innen- und Restwettbewerb gelang den Untersuchungsadressaten in den Augen der WEKO nicht (Rz. 1026 und 1038). Sie beurteilte die Submissionsabsprachen als unzulässig und sanktionierbar nach Art. 49a Abs. 1 KG (Rz. 1041). Auch wenn sie den wirksamen Wettbewerb nicht gerade beseitigen würden, so würden die aufgedeckten Abreden nach Auffassung der WEKO den Wettbewerb doch erheblich beeinträchtigen und liessen sich nicht rechtfertigen (Rz. 1036). Die Submissionsabsprachen sind somit auch nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a und c KG sanktionierbar (Rz. 1036). 2. «Getreu dem Wortlaut wird für eine Sanktionierung von Art. 49a Abs. 1 KG keine Vorwerfbarkeit und damit kein Nachweis eines im strafrechtlichen Sinne vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns der verantwortlichen Personen vorausgesetzt. Dennoch prüfte die WEKO bis anhin ein entsprechendes Erfordernis,⁵ sodass praxisgemäss zumindest eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit vorliegen muss. Vorwerfbarkeit liegt bereits dann vor, wenn dem zu sanktionierenden Unternehmen eine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn dem Unternehmen ein Organisationsverschulden zukommt. Ein Verstoß gegen Art. 49a Abs. 1 KG – hier i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG – erfüllt diese Voraussetzungen regelmässig. Der vorwerfbare objektive Sorgfaltsmangel kann bei der juristischen Person die nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen ersetzen und zu einer

¹ Veröffentlicht am 9. Mai 2012 auf <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>; die Verfügung ist noch nicht rechtskräftig.

² Die Identität des oder der Anzeigegestatter(in) wird vom Sekretariat der WEKO nicht offengelegt (Rz. 21). Zur Zulässigkeit der Geheimhaltung der Identität wird verwiesen auf STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 27 VwVG N 23 f. und 29 f., m.H.

³ Vgl. Pressemitteilung des Sekretariats der WEKO vom 10. Juni 2009, abrufbar unter: <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=27366>.

⁴ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionenverordnung; SVKG; SR 251.1).

⁵ Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 105, Elektroinstallationsbetriebe Bern; zur bisherigen Praxis: RPW 2006/4, S. 660 f., Rz. 228 ff., Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2007/2, S. 238, Rz. 338 ff., Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; RPW 2008/4, S. 408, Rz. 235 ff., Publikation von Arzneimittelinformationen.

Sanktionierung des Unternehmens selbst führen.⁶ Da das Kartellgesetz für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als «bekannt» vorausgesetzt werden darf⁷, müssen diese grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vorkehren, um ein kartellrechtskonformes Verhalten sicherzustellen.»⁸ (Rz. 1070 f.). 3. Ein Unternehmen brachte vor, es könne ihm kein objektiver Sorgfaltsmangel angelastet werden, weil es 2004 ein Compliance-Programm eingeführt habe. Das Compliance-Programm bestehe in einer Weisung, die durch Schulungen ergänzt worden sei.⁹ Jeder Profit-Center-Leiter habe zudem diese Weisung unterschreiben müssen. Sie sei erneut zu unterschreiben, wenn ein Profit-Center-Leiter das Ressort wechsele (Rz. 1074). An internen Sitzungen und durch Besuche des Vorgesetzten werde kontrolliert, ob die Weisung eingehalten werde. Sanktionen seien keine vorgesehen, weil das Unternehmen der Überzeugung sei, dass sich ihre Mitarbeiter an eine Weisung der Geschäftsleitung halten (Rz. 1074). Ein anderes Unternehmen machte geltend, es müsse bei der Vorwerfbarkeit anerkannt werden, dass sich das Unternehmen strikte gegen eine Beteiligung an Wettbewerbsabreden ausgesprochen habe. Anlässlich von wöchentlichen Sitzungen habe die Geschäftsleitung die Kalkulatoren immer wieder dazu ermahnt, nicht an allfälligen Absprachen teilzunehmen. Widerhandlungen wären gemäss Aussagen des CEO sanktioniert worden. Von einem mittelgrossen Unternehmen könne ferner kein Compliance-Programm erwartet werden, wie von einem börsenkotierten Grosskonzern. Entsprechend ging die Geschäftsleitung davon aus, dass das mittelgrosse Unternehmen bezogen auf die Grösse des Unternehmens zweckmässige und auch wirksame Vorkehrungen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen getroffen habe (Rz. 1076). 4. «Die WEKO anerkennt die Vorkehrungen, die [das Unternehmen] zur Verhinderung von Submissionsabsprachen getroffen hat. Diese sind allerdings zu rudimentär, als dass diese an der Vorwerfbarkeit des [dem Unternehmen] vorgeworfenen Verhaltens etwas ändern könnte. Ein Compliance-Programm, das diesen Namen verdient, kann sich nicht darin erschöpfen, dass eine Weisung erlassen wird, die mit der oben beschriebenen Stichproben-Kontrolle überprüft und mit Schulungen ergänzt wird. Ein Unternehmen, das einen jährlichen Umsatz von CHF 500 Millionen generiert, kann nicht für sich in Anspruch nehmen, es hätte sich ernsthaft und wirkungsvoll um die Verhinderung von Submissionsabsprachen bemüht, indem es die erwähnte Weisung erlassen habe, für deren Nicht-Beanstandung nicht einmal Sanktionen vorgesehen sind.» (Rz. 1075). Die WEKO erachtet die Aussagen des CEO des zweiten Unternehmens als glaubwürdig, wonach er selbst kein Interesse an Submissionsabsprachen hatte und dies seinen Kalkulatoren auch regelmässig mündlich mitgeteilt hat. Die vorliegende Untersuchung habe aber bestätigt, dass sich sein Unternehmen an Submissionsabsprachen beteiligt hatte. Die Compliance-Programme hätten also nur teilweise gewirkt. Bei näherer Betrachtung der Compliance-Bemühungen sei dies nicht erstaunlich. Das Compliance-Programm des Unternehmens habe einzig in mündlichen Aufforderungen bestanden, sich nicht an Abreden zu beteiligen und basiere ausschliesslich auf Vertrauen. Insgesamt stehe fest, dass die Bemühungen

des Unternehmens zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen nicht ein Niveau erreicht hätten, das die Vorwerfbarkeit der unzulässigen Abredetätigkeit in Frage stellen könnte (Rz. 1077). 5. «Tatsächlich liegt auch im vorliegenden Fall ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit seitens der an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen vor. Die Untersuchungsadressatinnen haben keine wirksamen Vorkehrungen getroffen, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicherzustellen.» (Rz. 1078).

«Compliance»-Programme und Sanktionsmilderung

1. Die *Compliance-Anstrengungen* von zwei Unternehmen sind von der WEKO nicht als mildernder Umstand im Sinne von Art. 6 Abs. 1 SVKG berücksichtigt worden, mit der Begründung, die Bemühungen zur Verhinderung von Submissionsabsprachen genügten den Anforderungen an ein sanktionsmilderndes Compliance-Programm nicht. Diese Begründung greift zu kurz. Vielmehr wäre zunächst zu prüfen, ob existierende Compliance-Massnahmen bzw. der Wille eines Unternehmens, vorbeugende Massnahmen gegen Kartellrechtsverletzungen zu ergreifen, unter dem Aspekt der Vorwerfbarkeit zugunsten des gegen das Kartellrecht verstossenden Unternehmens ausgelegt werden müsste. Denn kartellrechtliche Verwaltungs- und Strafsanktionen, die repressive und präventive Zwecke verfolgen, setzen ein im strafrechtlichen Sinne vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln der verantwortlichen natürlichen Personen voraus.¹⁰ Die WEKO kommt diesem Erfordernis damit entgegen, dass bei der Verhängung einer Sanktion mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit vorliegen muss.¹¹ Vorwerfbarkeit liegt bereits dann vor, wenn dem Unternehmen ein *Organisationsverschulden* zukommt.¹² Ob ein Organisationsverschulden vorliegt, wird bei einem Kartellrechtsverstoss danach beurteilt, was das Unternehmen bei richtiger Organisation hätte wissen, bzw. welche Handlungen das Unternehmen hätte verhindern müssen. Fehlt das notwendige Wissen, bzw. war es dem Unternehmen nicht verfügbar, wäre es aber bei pflichtgemässer Unternehmensorganisation verfügbar gewesen, so wird dies als Orga-

⁶ Vgl. JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 2011, Art. 50 N 7 i.V.m. Art. 49a N 10 ff. m.w.H.

⁷ Vgl. CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art 49 a Abs. 1 Kartellgesetz, Diss. Zürich 2007, S. 285; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz [PublG]; SR 170.512).

⁸ RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

⁹ Die Weisung laute wie folgt: «*Verbot: Wettbewerbsabsprachen sind ausdrücklich verboten. Keine Ausnahme: Diese Weisung muss ausnahmslos eingehalten werden, auch wenn die Meinung herrschen sollte, dass dies einen Gewinnverlust für die Unternehmung zur Folge hätte. Das Verhalten anderer Marktteilnehmer ist dabei weder Massstab noch Freipass für Ausnahmen.*» (Rz. 1076).

¹⁰ Vgl. dazu BSK-KG NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53, N 114 f.

¹¹ Vgl. RPW 2011/1, S. 189, Rz. 557, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), m.w.H.

¹² Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106, Elektroinstallationsbetriebe Bern; vgl. auch BSK-KG NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53, N 132.

nisationsmangel angesehen.¹³ Damit eine tatsächlich bestehende Organisation in einem Unternehmen aber im konkreten Fall als mangelhaft qualifiziert werden kann, braucht es eine normative Vorgabe oder wenigstens eine Vorstellung darüber, wie eine der Kartellrechtscompliance genügende Unternehmensorganisation hätte aussehen sollen. Beides scheint, wie dieser Entscheid bestätigt, noch nicht wirklich vorhanden zu sein.¹⁴ 2. Beide Unternehmen konnten aufgrund ihrer Compliance-Bemühungen immerhin glaubhaft dokumentieren, dass sie den Verstoß nicht initiiert, gefördert oder toleriert haben und es sich um das Fehlverhalten von Einzelpersonen innerhalb des Unternehmens handelte. Dieses Bekenntnis zu einem kartellrechtskonformen Verhalten wird durch die kartellrechtlichen Compliance-Bemühungen demonstriert. Bestätigt wurde dieses Bekenntnis auch in der Anhörung der beiden Unternehmen. Die Aussagen beider Geschäftsführer verdeutlichten schliesslich auch die Ebene der Kartellrechtsverletzung: Sie wurde vom Unternehmen bzw. von der Unternehmensleitung nicht getragen, sondern versties eindeutig gegen das durch die Compliance-Massnahmen geprägte Unternehmensbild. Zwar wird bei der Beurteilung eines Kartellrechtsverstosses das Fehlverhalten eines einzelnen Mitarbeiters dem Unternehmen zugerechnet, die Vorwerfbarkeit in der Bedeutung einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung rückt jedoch in ein anderes Licht. Darum sollte jegliches Bemühen eines Unternehmens, Kartellrechtsverstösse zu verhindern, sanktionsmildernd ins Gewicht fallen. 3. Daran ändert nichts, dass die Compliance-Massnahmen der beiden vom Entscheid betroffenen Unternehmen keinen Erfolg erzielten. Denn eine Sanktionsmilderung sollte allein aus der Tatsache resultieren, dass überhaupt präventive Massnahmen getroffen und damit bezeugt wurde, dass kartellrechtlich einwandfreies Verhalten beabsichtigt und Kartellrechtsverletzungen nicht gewollt waren. Dies muss im vorliegenden Fall umso mehr gelten, als in der Schweiz für den Fall, dass wenn bei der Kartellrechtsver-

letzung bereits ein Compliance-Programm existiert, noch keine Praxis besteht.¹⁵ 4. Die Selbsteinschätzung der kartellrechtlichen Risiken, die mit potenziell wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen verbunden sind, ist eine der zentralen Aufgaben der Unternehmensleitung. Die Unternehmensführung hat generell für die Einrichtung eines Systems der Prüfung und Kontrolle kartellrechtsrelevanter Vorgänge im Unternehmen zu sorgen.¹⁶ Ausschlaggebend dabei ist, dass der objektive Sorgfaltsmangel im Sinne der Vorwerfbarkeit durch Compliance-Massnahmen abgeschwächt wird. Compliance-Massnahmen sollen auf die Einhaltung gesetzlicher Normen oder unternehmensspezifischer Vorgaben hinwirken, um dadurch Haftungsansprüche oder andere Rechtsnachteile, aber auch Reputationsschäden für das Unternehmen, seine Mitarbeiter und Organe zu vermeiden.¹⁷ Trotzdem darf den Unternehmen nicht zur Last gelegt werden, dass sie keine «genügenden» Compliance-Massnahmen getroffen haben, um die Einhaltung des Kartellrechts sicherzustellen. Denn zum Einen besteht nach Schweizerischem Recht keine Pflicht zur Einführung eines Compliance-Programms, und zum Anderen sind solche Programme erheblich zeit-, arbeits- und kostenintensiv und stellen somit für viele kleinere und grössere Unternehmen ein erhebliches Problem dar.

¹³ BSK-KG NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a-53, N 132.

¹⁴ Vgl. auch BSK KG NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a-53, N 133.

¹⁵ ROLF H. WEBER/SALIM RIZVI, in: OESCH/WEBER/ZÄCH, Kommentar VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, Zürich 2011, Art. 1 SVKG, N 30.

¹⁶ ANDREAS FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, § 2, N 53.

¹⁷ Vgl. CHRISTOPH E. HAUSCHKA, in: Christoph E. Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 2. Aufl., München 2010, § 1 Rz. 24.