



ARGE zwischen Verbot und Gebot

Die WEKO unterteilt ARGE in «gewöhnliche» und «missbräuchliche» ARGE. Letztere sind unzulässig und können mit Bussgeldern belegt werden. Mit praxisbezogenen Kriterien soll dem Unternehmen die kartellrechtliche Einschätzung der Zulässigkeit erleichtert werden.

■ Von Prof. Dr. iur. LL.M. (Harvard), RA Patrick L. Krauskopf und Ainhoa Rossell

Kartellrecht und Arbeitsgemeinschaften

Bei einer ARGE wird die Herstellung von Erzeugnissen oder die Erbringung von Dienstleistungen von mehreren Unternehmen gemeinsam erbracht, da die Unternehmen alleine nicht in der Lage wären, die nötigen Dienstleistungen zur Auftragserfüllung zu erbringen. Diese Bündelung von Angeboten wird von der Wettbewerbskommission WEKO regelmässig mit Argusaugen betrachtet. Sol-

che Unternehmenskooperationen könnten gemäss der (spärlichen) Rechtsprechung nämlich «missbräuchlich» und somit unzulässig sein, wenn sie wichtige Wettbewerbsparameter wie Preise, Mengen oder Gebiete zum Gegenstand haben und den Wettbewerb beseitigen oder diesen erheblich beeinträchtigen und kein überzeugender Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 5 KG). Die WEKO macht zwar immer wieder deutlich, dass sie gegen

«gewöhnliche» ARGE nichts einzuwenden hat und diese folglich für zulässig erachtet. Für die Praxis ist es aufgrund dieser abstrakten Unterscheidung schwierig, die Grenze zwischen gebotenen und verbotenen ARGE zu evaluieren.

A. Zulässige «gewöhnliche» ARGE

1) ARGE zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Märkten

Bilden Unternehmen, die auf verschiedenen Märkten tätig sind, eine ARGE, dann kann es kaum zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs kommen. *Eine solche ARGE fällt somit grundsätzlich von vornherein nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 KG.*

Beispiel: Bildung einer ARGE zwischen Schreiner, Maurer und Elektroinstallateuren.

PRAXISTIPP



Schema über die Zulässigkeit/Unzulässigkeit einer ARGE



PRAXISTIPP



ARGE von Klein- und Kleinstunternehmen mit einem Marktanteil von bis zu 10% sowie ARGE, welche keinen der zentralen Wettbewerbsparameter (z.B. Preis, Menge, Gebiet, Kunden) betreffen, sind in der Regel kartellrechtlich nicht zu beanstanden.

2) ARGE zwischen unechten Konkurrenten

Als unechte Konkurrenten gelten Unternehmen, welche gar nicht in der Lage sind, einen infrage stehenden Auftrag alleine durchzuführen. Es gibt keine abschliessende Liste von Gründen, wann dies der Fall ist. Im Vordergrund stehen betriebswirtschaftliche, finanzielle und technische Gründe oder das fehlende Know-how eines Unternehmens. Das gleiche gilt, wenn die Einreichung einer Individual-Offerte für das einzelne Unternehmen aus betriebswirtschaftlichen Gründen unvernünftig wäre, etwa aus Gründen der Risikotragung (Vermeidung von Klumpenrisiken). Eine solche ARGE fällt grundsätzlich von vornherein nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 KG.

Beispiele: Bildung einer ARGE infolge der vorzulegenden Finanzgarantien oder einer ARGE zur Risiko- oder Kapazitätsoptimierung.

PRAXISTIPP



Eine potenzielle ARGE sollte vorgängig sorgfältig überprüfen, ob tatsächlich eine Notwendigkeit für die ARGE besteht und der Auftrag individuell nicht ausgeführt werden könnte.



3) ARGE zwischen (echten) Konkurrenten

Als echte Konkurrenten gelten Unternehmen, welche zueinander in Konkurrenz stehen bzw. stehen könnten. Nach Massgabe des geltenden Kartellrechts kann eine solche ARGE dann von der WEKO nicht beanstandet werden, solange sie den Wettbewerb nicht beeinträchtigt. Dies ist zunächst der Fall, wenn die ARGE Wettbewerbsparameter untergeordneter Bedeutung betrifft (Beispiel i). Selbst wenn wichtige Parameter (Preise, Mengen oder Gebiete) betroffen sind, mangelt es dann an einer relevanten Wettbewerbsbeeinträchtigung, wenn die Bedeutung der ARGE im Verhältnis zu anderen Konkurrenten nicht oder nicht signifikant ins Gewicht fällt. Dies trifft regelmässig dann zu, wenn der gemeinsame Marktanteil der ARGE-Mitglieder unter 20% liegt (Beispiel ii). Eine solche ARGE erfüllt grundsätzlich nicht die Verbotsvoraussetzungen von Art. 5 KG.

Beispiele: (i) ARGE-Mitglieder sichern sich gegenseitig Exklusivitäten mit einer Dauer von weniger als 5 Jahren zu. (ii) Nebst der ARGE gibt es 4 Konkurrenzofferten von Unternehmen, die einen aggregierten Marktanteil von 85% haben.

PRAXISTIPP

Mit einer professionellen Beurteilung der Effizienzgewinne und einem wettbewerbskonformen Design der ARGE kann das kartellrechtliche Risiko grundsätzlich beseitigt werden.



4) Unfreiwillige ARGE zwischen (echten) Konkurrenten

Als «unfreiwillige» ARGE gelten Fälle, in denen eine ARGE von einem Bauherrn gewünscht oder sogar veranlasst wird. In diesem Fall fehlt es in aller Regel bereits an der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung. Der Bauherr wird nämlich eine solche ARGE dann fordern, wenn er eine signifikante wettbewerbsbeschränkende Wirkung ausschliessen kann. Eine solche ARGE erfüllt grundsätzlich nicht die Verbotsvoraussetzungen von Art. 5 KG.

Beispiel: Bauherr fordert zwei Unternehmen auf, sich als ARGE um einen Zuschlag zu bewerben.

PRAXISTIPP

Eine ARGE kann notwendig sein, weil die ARGE-Partner ein bestimmtes Projekt nur gemeinsam realisieren können und der Bauherr hierüber informiert ist. Diese ARGE ist aus volkswirtschaftlicher Sicht gerechtfertigt.



B. Unzulässige ARGE

1) Projektbezogene ARGE zwischen (echten) Konkurrenten

Kann ein (einzelnes) ARGE-Mitglied den ausgeschriebenen Auftrag ohne Weiteres allein ausführen und geht es dennoch – ohne Rechtfertigung – eine ARGE ein, bei welcher wichtige Wettbewerbsparameter wie Preis, Menge und Gebiet untereinander abgesprochen werden, dann ist eine solche ARGE besonders problematisch («Submissionskartell»). Ohne Weiteres verboten ist eine solche, den Wettbewerb beseitigende ARGE, wenn der gemeinsame Marktanteil der ARGE-Partner über 80% Marktanteil auf dem fraglichen Submissionsmarkt aufweist. Bewegt sich der Marktanteil der ARGE insgesamt zwischen 20–80%, so besteht ein grosses Risiko, dass die Wettbewerbskommission WEKO eine solche, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende, Abrede verbietet.

Beispiel: Für ein Bauvorhaben kommen nur drei Unternehmen infrage. Zwei Unternehmen entscheiden, eine ARGE zu bilden. Um nicht als unzulässiges Submissionskartell zu gelten, müssen besondere Effizienzvorteile für die ARGE-Bildung vorliegen.

PRAXISTIPP

Eine solche ARGE erfüllt grundsätzlich die Verbotsvoraussetzungen von Art. 5 KG. Ob sich die ARGE aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, kann jeweils nur im Einzelfall von einem Kartellrechtsspezialisten beurteilt werden.



2) Umfassende ARGE zwischen (echten) Konkurrenten

Vereinbaren Unternehmen vorab die Bildung einer ARGE für eine Vielzahl von Vergabeverfahren, ohne sich die Frage zu stellen, ob das einzelne ARGE-Mitglied den ausgeschriebenen Auftrag auch alleine ausführen könnte, so ist eine solche ARGE aus der Sicht der WEKO problematisch. Bei einer solchen «Mantelabrede» wird die WEKO grundsätzlich prüfen, ob es sich dabei um ein sog. «Rotationskartell» handelt. Das Risiko einer Verfahrenseröffnung mitsamt Hausdurchsuchungen ist dabei besonders gross.

Beispiel: Mehrere Unternehmen bilden eine oder mehrere ARGE, welche sich jeweils auf Ausschreibungen bewerben. Um nicht als un-

zulässiges Rotationskartell zu gelten, müssen besondere Effizienzvorteile für die ARGE-Bildung vorliegen.

PRAXISTIPP

Eine solche ARGE kann die Verbotsvoraussetzungen von Art. 5 KG erfüllen. Ob dies der Fall ist und ob sich die ARGE rechtfertigen lässt, kann jeweils nur im Einzelfall von einem Kartellrechtsspezialisten beurteilt werden.



C. Einzelfallanalyse und Compliance

Die erwähnten Fallkategorien sollen es den Unternehmen erlauben, selbst zu beurteilen, ob eine ARGE kartellrechtlich unproblematisch ist.

- Fällt eine ARGE unter eine der als unproblematisch bewerteten Kategorien, ist eine präventive Kontrolle durch einen Kartellrechtsspezialisten oftmals vernachlässigbar.
- Bei Grenz- oder übrigen Fällen, insbesondere bei Marktanteilen ab 20%, bewährt sich hingegen die vorsorgliche Beratung.

AUTOREN



Prof. Dr. Patrick Krauskopf,

Chairman der führenden Full-Service Kartellrechtskanzlei AGON Partners; Leiter des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht an der ZHAW.



Ainhoa Rossell, juristische Mitarbeiterin bei AGON Partners; wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht an der ZHAW.

BaurechtPraxis



Abonnieren Sie das Online-Produkt **BaurechtPraxis** und Sie erhalten uneingeschränkten Zugriff auf fundiertes Expertenwissen für den rechtssicheren Umgang mit dem Schweizer Baurecht – insbesondere der Norm SIA 118. Profitieren Sie jetzt von aktuellem Experten-Know-how, rechtssicheren Vertragsvorlagen, Kommentaren zur SIA-Norm 118 und vielen konkreten Rechtstipps. Damit vermeiden Sie Unklarheiten mit SIA-Normen und OR schon im Voraus und sparen sich kostspielige und zeitraubende Abklärungen.

Bestellung und weitere Informationen:
www.weka.ch/baurecht.html