



## **Christian Wind**

Dr. iur. HSG, LL.M., EMBA IMD,  
Rechtsanwalt, Partner  
Co-Leiter Compliance und Investigations  
Co-Leiter Wettbewerb und Medien  
Telefon +41 58 258 00 00  
christian.wind@bratschi.ch



## **Leonardo Gelli**

MLaw, Substitut  
Telefon +41 58 258 10 00  
leonardo.gelli@bratschi.ch

## **Arbeitsgemeinschaften unter dem Kartellrechts-Brennglas**

**Hauptsächlich im Baugewerbe ist die Eingehung von Arbeitsgemeinschaften (nachfolgend «ARGE») gang und gäbe. Die Bildung einer ARGE zeitigt grundsätzlich prokompetitive Wirkungen, denn sie ermöglicht es Unternehmen, u.a. für Projekte zu offerieren, zu deren Fertigstellung diese alleine nicht im Stande wären. Dass ARGEN wettbewerbsfördernd sind, gilt aber nur soweit, als beteiligte Unternehmen eine ARGE nicht zur Verschleierung einer unzulässigen Abrede missbrauchen.**

Die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer ARGE im Einzelfall, beschäftigt nicht nur regelmässig die Wettbewerbsbehörden, sondern ist auch von erheblicher Bedeutung für Unternehmen, welche die Bildung einer ARGE beabsichtigen. Im Folgenden wird aufgezeigt, 1. in welchen Formen eine ARGE auftreten kann, 2. wann das Eingehen einer ARGE unter dem Blickpunkt des Kartellrechts problematisch ist, und 3. wie konkret vorzugehen ist, wenn eine ARGE kartellrechtskonform eingegangen werden soll.

### **1. Was ist eine ARGE und welche Formen nimmt sie an?**

Eine ARGE ist eine Vereinbarung von zwei oder mehreren unabhängigen Unternehmen zur gemeinsamen Durchführung einer Aufgabe mit einheitlichem Auftritt gegenüber dem Auftraggeber. Insbesondere im Baugewerbe bilden unabhängige Unternehmen regelmässig eine ARGE, etwa um gemeinsam ein Bauprojekt durchzuführen oder an einer Submission teilzunehmen.

In der Regel werden diese «offen» gebildet, das heisst gegen aussen wird bekanntgegeben, dass es sich bei der Gegenpartei um eine ARGE handelt und wer ihre Mitglieder sind.

Von einer «stillen» ARGE wird hingegen gesprochen, wenn gegen aussen nicht kommuniziert wird, dass es sich um einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmen handelt, sondern lediglich ein Unternehmen mit der Gegenpartei in Erscheinung tritt. In diesem Fall besteht ein erhöhtes Missbrauchspotential.

Zunächst wird aber auf die Problematik bei der Bildung einer ARGE im Zusammenhang mit dem Kartellrecht eingegangen.

## **2. Inwiefern kann die Bildung einer ARGE problematisch sein?**

Bei der Prüfung der kartellrechtlichen Zulässigkeit ist zunächst festzustellen, ob eine Abrede im Sinne von Art. 4 KG besteht. Relevante Abreden sind rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) kann das Vorliegen einer Abrede verneint werden, wenn sich eine ARGE offensichtlich prokompetitiv auswirkt. Dafür ist nach objektiven Kriterien auf die tatsächlichen Auswirkungen der ARGE auf den Wettbewerb abzustellen. In der Praxis ist regelmässig von prokompetitiven Auswirkungen auszugehen, wenn sich eine ARGE durch Unternehmen zusammensetzt, welche keine Konkurrenten sind und die ARGE tatsächlich zur Realisierung eines Projekts bzw. für die Teilnahme an einer Ausschreibung notwendig ist. Diesbezüglich sind insbesondere Konstellationen denkbar, in denen mittels einer ARGE Spezialfähigkeiten zusammengeführt werden, die eine Projektrealisierung erst ermöglicht. Ebenfalls aufzuführen sind ARGEn, die den beteiligten Unternehmen, selbst wenn sie Wettbewerber sind, ermöglichen, die Eignungskriterien einer Submission zu erfüllen, die sie selbst nicht erfüllt hätten. Dies kann bspw. aus finanziellen Gründen in Form der Erreichung eines vorausgesetzten Haftungssubstrats in Frage kommen.

Als Faustregel gilt, dass eine Abrede im obenstehenden Sinn zu verneinen ist, wenn Unternehmen durch die Bildung einer ARGE Markteintrittsbarrieren überwinden und so für verstärkten Wettbewerb auf einem relevanten Markt sorgen.

Einer vertieften kartellrechtlichen Prüfung bedarf eine ARGE hingegen, wenn Wettbewerber beteiligt sind oder die ARGE keine offensichtlichen prokompetitiven Auswirkungen zeitigt, sondern sich wettbewerbs hindernd auswirkt und eine kartellrechtliche Abrede anzunehmen ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine ARGE zu einer Angebotsreduktion führt, da die beteiligten Unternehmen eigentlich dazu in der Lage wären, jeweils selbständige Angebote zur Realisierung eines Projekts zu unterbreiten.

Muss eine Abrede nach Art. 4 KG angenommen werden, erfüllt eine ARGE in aller Regel auch den Vermutungstatbestand der Beseitigung des Wettbewerbs in Form einer horizontalen Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 lit. A KG. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 143 II 297, Gaba-Rechtsprechung) ist aber grundsätzlich selbst bei Gelingen der Vermutungswiderlegung von Art. 5 Abs. 3 KG von einer erheblichen und möglicherweise unzulässigen Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen.

Eine erhebliche Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG kann aber aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sein. So kann eine ARGE insbesondere dadurch gerechtfertigt werden, dass diese notwendig zur Erreichung eines besseren Preis-/Leistungsverhältnisses und somit eines qualitativ besseren Angebots ist oder die Kapazitäten der Unternehmen optimiert werden können, die zu Kostenrationalisierungen führen. In Frage kommt ausserdem die Optimierung der Risiken der an einer ARGE beteiligten Unternehmen. Eine Rechtfertigung ist hingegen ausgeschlossen, wenn eine ARGE lediglich als Deckmantel für ein Kartell eingegangen wurde. So entwickelten sich im Fall Elektroinstallationsbetriebe Bern (RPW 2009/3 196 ff.) aus einer vorgängig zulässigen Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE danach mehrere von der WEKO letztendlich als unzulässig beurteilte Absprachen in Form von regelmässigen, monatlichen Treffen mit Informationsaustausch.

### **3. Wie ist bei der Bildung einer ARGE vorzugehen?**

Bevor ein Unternehmen mit anderen Parteien, insbesondere mit Wettbewerbern, eine ARGE eingeht, bedarf es der Abklärung, ob die ARGE für das angepeilte Ziel tatsächlich notwendig ist. Die Frage, ob ein Auftrag oder eine Submission alleine bearbeitet werden könnte, ist Dreh und Angelpunkt dieser Abklärung.

Ist ein Unternehmen zur Erfüllung einer Aufgabe alleine im Stande, so sollte dem Grundsatz nach von der Bildung einer ARGE abgesehen werden.

Kann dem Marktgeschehen aber mittels einer ARGE ein neuer Teilnehmer bzw. Konkurrent beigeführt werden, belebt dies den Wettbewerb und die ARGE darf eingegangen werden.

Doch selbst wenn ein Unternehmen zur alleinigen Erfüllung im Stande wäre, kann unter besonderen Umständen eine ARGE zulässig sein. Hierzu muss aber eine sehr gründliche Abwägung bezüglich den mit der ARGE realisierten Effizienzen und der Notwendigkeit der ARGE zu deren Erreichung gemacht sowie die Art und Weise von zuerst genau festzulegenden und dann auszutauschenden Informationen und deren Dokumentation klar definiert werden.

Gemäss der Praxis der WEKO sind ARGEs bei Submissionen zwingend offenzulegen, um dem Missbrauchspotential bei Submissionen entgegenzuwirken. In der Vergangenheit haben Unternehmen nämlich neben der Offerte durch die ARGE auch schon separate Stützofferten für dieselbe Ausschreibung eingereicht.

#### 4. Fazit

Grundsätzlich beleben ARGEN den Wettbewerb, denn sie ermöglichen Unternehmen die gemeinsame Erfüllung einer Aufgabe oder eine Aufgabe gemeinsam effizienter oder vorteilhafter zu erledigen. Bevor eine ARGE eingegangen wird, bedarf es umfassenden und gründlichen Abklärungen betreffend den Umfang der Aufgabe, die Leistungsfähigkeit des eigenen Unternehmens, die möglichen Synergien mit dem oder den anderen Unternehmen, die tatsächlich durch die Bildung einer ARGE erreicht werden können und den genauen Informationsinhalt und -fluss: wie werden wann welche Informationen von wem an wen und wie oft ausgetauscht und dokumentiert?

---

**Bratschi AG** ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

**Basel**  
Lange Gasse 15  
Postfach  
CH-4052 Basel  
T +41 58 258 19 00  
F +41 58 258 19 99  
basel@bratschi.ch

**Bern**  
Bollwerk 15  
Postfach  
CH-3001 Bern  
T +41 58 258 16 00  
F +41 58 258 16 99  
bern@bratschi.ch

**Genf**  
Rue du Général-Dufour 20  
1204 Genf  
T +41 58 258 13 00  
F +41 58 258 17 99  
geneva@bratschi.ch

**Lausanne**  
Avenue Mon-Repos 14  
Postfach 5507  
CH-1002 Lausanne  
T +41 58 258 17 00  
T +41 58 258 17 99  
lausanne@bratschi.ch

**St. Gallen**  
Vadianstrasse 44  
Postfach 262  
CH-9001 St. Gallen  
T +41 58 258 14 00  
F +41 58 258 14 99  
stgallen@bratschi.ch

**Zug**  
Gubelstrasse 11  
Postfach 7106  
CH-6302 Zug  
T +41 58 258 18 00  
F +41 58 258 18 99  
zug@bratschi.ch

**Zürich**  
Bahnhofstrasse 70  
Postfach  
CH-8021 Zürich  
T +41 58 258 10 00  
F +41 58 258 10 99  
zuerich@bratschi.ch