



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

Einkaufsgemeinschaften als kartellrechtliche Stolpersteine

Die Bildung einer Einkaufsgemeinschaft von Unternehmen zum gemeinsamen Einkauf mit dem Ziel die Nachfragemacht auf dem Beschaffungsmarkt zu bündeln, ist oft wirtschaftlich sinnvoll. Je nach Ausgestaltung der Einkaufsgemeinschaft kann es sich dabei aber um eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes handeln.

Nachfolgend soll aufgezeigt werden, 1. wann aufgrund einer Einkaufsgemeinschaft eine kartellrechtlich relevante Abrede anzunehmen ist, 2. wann eine Einkaufsgemeinschaft als allfällige Abrede unzulässig sein könnte und 3. worauf bei der kartellrechtskonformen Ausgestaltung einer Einkaufsgemeinschaft zu achten ist.

1. Einkaufsgemeinschaften als Abreden im Sinne von Art. 4 KG

Einkaufsgemeinschaften oder auch Einkaufskooperationen sind lose oder dauernde Zusammenschlüsse von Unternehmen, in der Regel gleicher Marktstufe, zum gemeinsamen Einkauf und mit dem Ziel, die Nachfragemacht auf dem Beschaffungsmarkt zu bündeln, um niedrigere Preise oder qualitativ bessere Produkte resp. Dienstleistungen für die Kunden des Absatzmarkts zu erreichen. Je nach Einzelfall und der konkreten Ausgestaltung einer Einkaufsgemeinschaft kann es sich bei der Kooperation aber um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes handeln, insbesondere wenn sie zu Preis- oder Mengenabsprachen führen.

Bei der Frage der kartellrechtlichen Unzulässigkeit ist zunächst zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 KG vorliegt; nach diesem sind Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

In der Regel wird durch die an der Einkaufsgemeinschaft beteiligten Unternehmen eine horizontale Festsetzung von Einkaufspreisen erreicht, es ist aber nicht zwangsläufig von einer schädlichen Kollusion und darauf folgend von einer Wettbewerbsabrede auszugehen. Ein Bezwecken einer

Wettbewerbsbeschränkung ist vorliegend, wenn die Einkaufskooperation nicht tatsächlich den gemeinsamen Einkauf betrifft, sondern als Mittel zur Bildung eines verschleierte Kartells zur Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung, Mengenabsprache oder Marktaufteilung genutzt wird. Ob eine Einkaufskooperation aber eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, ist an deren tatsächlichen Auswirkungen zu messen. Wirkt sich eine Einkaufskooperation nämlich offensichtlich prokompetitiv aus, ist keine Abrede im obenstehenden Sinne anzunehmen und folglich auch nicht nach Kartellgesetz unzulässig. Hierzu ist insbesondere auf die Marktstellung der beteiligten Unternehmen abzustellen. So wird von den Wettbewerbsbehörden in Anlehnung an die EU-Praxis regelmässig keine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung einer Einkaufskooperation angenommen, wenn die beteiligten Unternehmen auf den Beschaffungs- und Absatzmärkten unbedeutende Marktpositionen haben. Davon ist gemäss der Praxis auszugehen, wenn auf den betroffenen Märkten ein gemeinsamer Marktanteil von weniger als 15% vorliegt und keine anderen kollusiven Elemente vorliegen, wie zum Beispiel der Austausch von sensiblen Preisinformationen wie Einkaufspreise, Margen oder eine Absprache über eine Mengenbeschränkung auf dem Absatzmarkt.

2. Unzulässigkeit von Einkaufsgemeinschaften unter Art. 5 KG

Selbst wenn sich eine Einordnung einer Einkaufsgemeinschaft im Einzelfall als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 KG aufdrängt, bedeutet dies nicht automatisch, dass diese nach Art. 5 KG unzulässig ist. Im Entscheid Tarifverträge Zusatzversicherung Kt. Luzern (RPW 2008/4, 544 ff.) hat die Wettbewerbskommission (WEKO) festgehalten, dass nicht nur die Verkaufspreise, sondern auch die Einkaufspreise vom Vermutungstatbestand der horizontalen Preisabreden über die Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 3 lit. A KG erfasst werden. Die Beseitigungsvermutung kann umgestossen werden, wenn nachgewiesen wird, dass trotz der Abrede weiterhin genügend wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb besteht. Im oben geschilderten Fall hatten sich mehrere Versicherer, deren kumulierte Marktanteile zwischen 20% und 25% lagen, zusammengesetzt, um gegenüber der marktbeherrschenden Stellung der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern eine Gegenmachtposition aufzubauen, um für alle Versicherer die gleichen Tarifkonditionen erreichen zu können. Dies führte in casu nach Auffassung der WEKO aufgrund der geringen Marktanteile zu keiner erheblichen Wettbewerbsabrede. Und selbst wenn eine Erheblichkeit gegeben gewesen wäre, hätte man die Vermutung aufgrund vorhandener Effizienzgründe widerlegen können. Aus dem neuesten Gutachten des WEKO-Sekretariats geht nun jedoch hervor, dass die Behörde von genügendem Restwettbewerb ausgeht, wenn die gemeinsamen Marktanteile der an der Einkaufskooperation teilnehmenden Unternehmen die 15%-Schwelle nicht überschreiten bzw. nur geringfügig übersteigen. Also sollte man sich eher an dieser Schwelle orientieren.

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.

Doch selbst eine erhebliche Abrede ist nicht per se unzulässig, denn im Rahmen der abschliessenden Rechtfertigungsprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG ist abzuwägen, ob sich eine Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Im Rahmen von Einkaufsgemeinschaften kommen insbesondere die Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten aufgrund Grössenvorteilen im Einkauf und die Senkung von Transaktions-, Transport- und Lagerkosten als Rechtfertigungsgründe in Frage. Zu beachten ist ausserdem die Marktstruktur: Eine Einkaufskooperation lässt sich desto einfacher rechtfertigen, je marktmächtiger die Gegenseite ist. Mittels der Kooperation kann nämlich eine Gegenmacht im Markt geschaffen werden, was als Rechtfertigungsgrund in Frage kommt.

3. Worauf ist bei einer kartellrechtskonformen Ausgestaltung einer Einkaufsgemeinschaft zu achten?

Die Wettbewerbsbehörden und insbesondere das WEKO-Sekretariat stellen primär auf die Auswirkungen im Markt ab. Hat eine Einkaufskooperation offensichtlich prokompetitive Auswirkungen, so wird sie in der Regel auch nicht aufgegriffen. Das WEKO-Sekretariat stellt hierzu auf die Marktanteile der an der Einkaufsgemeinschaft beteiligten Unternehmen ab; so erachtet es die Auswirkungen einer Einkaufskooperation grundsätzlich als prokompetitiv, resp. wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen einer solchen als unwahrscheinlich, sofern die gemeinsamen Marktanteile der Unternehmen die 15%-Schwelle sowohl nachfrage- wie auch absatzseitig nicht überschreiten.

Unabhängig der Marktanteilsschwelle ist darauf zu achten, dass die im Rahmen der Einkaufskooperation ausgetauschten Informationen auf das notwendige Minimum beschränkt werden. Insbesondere problematisch sind dahingehend der Austausch von Informationen über Preiselemente unter den beteiligten Unternehmen, die nicht für die Verhandlungen mit der Gegenseite absolut notwendig sind. Dies ist insbesondere im Rahmen der Effizienzprüfung von Relevanz, denn Informationsaustausche, die nicht zur Erreichung der Effizienzgründe notwendig sind, können nicht gerechtfertigt werden und wären somit unzulässig. Abhilfe kann in diesen Konstellationen die Auslagerung der Kooperation in eine Kooperationsgesellschaft sein, in der eine klare Funktionen- und Informationstrennung zu den beteiligten Unternehmen gelebt wird.

Grundsätzlich gilt, dass ein Verfahren bereits vor dessen Eröffnung zu verhindern ist. Folglich ist besonders darauf zu achten, dass die prokompetitiven Auswirkungen im Markt in offensichtlicher Weise überwiegen sollen. Hierzu sind genaue Marktanteilsabklärungen vorzunehmen, um verlässliche Aussagen über die gemeinsamen Marktanteile machen zu können. Sofern die Marktanteile sowohl nachfrage- wie auch absatzseitig die 15%-Schwelle nicht überschreiten, ist in Abwesenheit von anderen kollusiven Elementen nicht mit einer Intervention der Wettbewerbsbehörden zu rechnen.

In Anbetracht der vorangegangenen Ausführungen sind die folgenden Fragen zur Beantwortung der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Einkaufsgemeinschaft im Einzelfall zu klären:

- Liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor?
- Falls ja, liegt eine wettbewerbsbeseitigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. A KG vor?
- Falls ja, kann die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs widerlegt werden?
- Falls die Vermutung widerlegt werden kann oder keine wettbewerbsbeseitigende Abrede vorliegt, liegt eine (qualitativ- und/oder quantitativ) erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 KG vor?
- Falls ja, hält die Wettbewerbsabrede einer Rechtfertigungsprüfung nach Art. 5. Abs. 2 KG stand?

4. Fazit

Einkaufsgemeinschaften sind für Unternehmen wertvolle Vehikel. Durch die Bildung einer Einkaufskooperation können Unternehmen miteinander bessere Preise auf dem Nachfragemarkt erzielen und Lieferketten optimieren. Grundsätzlich ist anzunehmen, dass bei Einkaufskooperationen von kleinen Marktanteilen von gemeinsam bis zu 15% nicht von antikompetitiven Effekten auszugehen ist, was der Annahme einer Abrede im Sinne des Kartellgesetzes entgegensteht. Dabei gilt es zu beachten, dass die Kooperation und insbesondere allfällige Informationsaustausche auf das Nötigste beschränkt werden, um eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung einer Einkaufskooperation zu gewährleisten und sich unangenehme Fragen sowie Verfahren der Wettbewerbsbehörden zu ersparen. Von der Planung bis hin zur Implementierung einer Einkaufskooperation bedarf es vertieften rechtlichen, ökonomischen oder marktspezifischen Abklärungen, bei denen wir Sie gerne unterstützen.

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