

Josianne Magnin

Arbeitsgemeinschaften (ARGE) im Baugewerbe

(Erster) Schlussbericht des WEKO-Sekretariats zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) im Baugewerbe

Arbeitsgemeinschaften gehören im Baugewerbe zum Alltag und sind von grosser Bedeutung. Bis vor rund 10 Jahren, als die (in der Folge gescheiterte) Teilrevision des KG aufs politische Parkett kam, wurde deren kartellrechtliche Zulässigkeit denn auch nicht in Frage gestellt. Seither wird immer wieder behauptet, ARGE würden seitens der Wettbewerbsbehörden zunehmend strenger beurteilt. Und dies, obwohl Vertreter des WEKO-Sekretariats seit Jahren Aufklärungsarbeit leisten und mantrahaft betonen, dass ARGE in aller Regel zulässig sind. Gegenstand bisheriger Untersuchungen der WEKO im Baugewerbe waren denn auch Submissionsabreden und nicht ARGE. Ende Jahr 2020 hat das WEKO-Sekretariat nun erstmals eine Vorabklärung abgeschlossen, welche sich explizit mit ARGE, nämlich Dauer-ARGE im Kanton Graubünden, befasste. Dieser Beitrag erörtert den wesentlichen Inhalt des Schlussberichts, der im Mai 2021 publiziert wurde, und leitet daraus die wesentlichsten Erkenntnisse in Bezug auf die kartellrechtliche Zulässigkeit von ARGE sowie Tipps für die Praxis ab.

Les consortiums font partie de la vie quotidienne dans le secteur de la construction et y revêtent une importance considérable. Jusqu'à il y a une dizaine d'années, lors du débat politique portant sur une révision partielle de la LCart (qui a échoué par la suite), leur licéité en lien avec le droit des cartels n'a pas été remise en question. Depuis lors, il est régulièrement affirmé que les consortiums sont jugés de manière de plus en plus stricte par les autorités de la concurrence. Ceci malgré le fait que les représentants du Secrétariat de la COMCO s'efforcent depuis des années de sensibiliser l'opinion publique et ne cessent de répéter, tel un mantra, que les consortiums sont généralement autorisés. Les enquêtes précédentes menées jusqu'à ce jour par la COMCO dans le secteur de la construction ont d'ailleurs porté sur les cartels de soumission et non sur les consortiums. Fin 2020, le Secrétariat de la COMCO a achevé pour la première fois une enquête préliminaire qui traitait explicitement des consortiums, à savoir les consortiums permanents dans le canton des Grisons. Cet article aborde le contenu principal du rapport final, qui a été publié en mai 2021, et en déduit les conclusions les plus importantes concernant la compatibilité avec la loi sur les cartels ainsi que des conseils pour la pratique.

- I. Einleitung
- II. Arten von ARGE
- III. Bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden
- IV. Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 6. Oktober 2020 betreffend Dauer-ARGE Graubünden (22-0499)
 - 1. Einleitung
 - 2. Sachverhalt
 - 3. Kartellrechtliche Einordnung von ARGE
 - 4. ARGE als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG

5. (Un)Zulässigkeit der ARGE gemäss Art. 5 KG

- V. Schlussbetrachtung und Praxistipps
 - 1. Erste vertiefte Auseinandersetzung mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit von ARGE – auf Kosten zweier Unternehmen
 - 2. Wesentliche Erkenntnisse des Schlussberichts
 - 3. Praxistipps
 - 4. Prüfschema

JOSIANNE MAGNIN, Dr. iur., Rechtsanwältin, Aarau, Oberassistentin Universität Luzern.

Die Autorin war im Verfahren Dauer-ARGE Graubünden (22-0499) als Rechtsanwältin (Parteivertreterin) beteiligt. Im vorliegenden Beitrag vertritt sie ausschliesslich ihre persönliche Meinung. Der Beitrag basiert auf dem Stand der Untersuchungen und den Kenntnissen der Autorin Mitte Mai 2021.

I. Einleitung

Arbeitsgemeinschaften, kurz ARGE, sind aus dem Baugewerbe nicht wegzudenken. Insbesondere grössere Bauprojekte werden oftmals von mehreren zusammengeschlossenen Unternehmen gemeinsam erstellt.¹ Sehr anschaulich

1 Vgl. zum Ganzen S. BANGERTER/B. ZIRLICK, in: R. Zäch/R. Arnet/M. Baldi/R. Kiener/O. Schaller/F. Schraner/A. Spühler (Hg.), KG. Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, KG 5 N 550; F. BÖNI/A. WASSMER,

zeigen dies die Arbeiten am neuen Gotthard-Basistunnel, welcher am 1. Juni 2016 nach 17 Jahren Bauzeit eröffnet wurde und mit einer Länge von 57 Kilometern der längste Eisenbahntunnel der Welt ist.² Für den Bau des Tunnels wurden mehrere Lose gebildet, wobei nebst anderen die Arbeitsgemeinschaft Gotthard-Basistunnel Nord, bestehend aus dem lokalen KMU Murer AG (CH) sowie dem international tätigen und börsennotierten Grosskonzern Strabag AG (A), den Auftrag für zwei Lose (Los 252 Amsteg und Los 151 Erstfeld) erhalten hat.³ Der Zuschlag für die Bahntechnik wurde der Transtec Gotthard erteilt, einer Arbeitsgemeinschaft der Unternehmen Bouygues E&S InTec, Nokia/Thales, Heitkamp Construction Swiss und Balfour Beatty Rail, welche je verschiedene Kompetenzen in den Bereichen Fahrbahn, Fahrleitung, Bahnsicherung, Bahn- und Tunnelleittechnik, Telekommunikation, Stromversorgung, Logistik sowie Planung und Ausführung in die Arbeitsgemeinschaft mit einbrachten und sich so ergänzten.⁴

Dieses Beispiel zeigt bereits, wie und dass ARGE dem Grundsatz nach den Wettbewerb beleben und insbesondere für KMU unerlässlich sind, um im Wettbewerb bestehen zu können: Ein verhältnismässig kleines KMU wie die Murer AG hätte alleine wohl kaum eine Chance, sich an einem Grossprojekt wie dem Bau des Gotthard-Basistunnels zu beteiligen.⁵ Aber selbst international tätige Grosskonzerne wie Nokia und Thales sind auf eine Zusammenarbeit mit anderen Spezialisten angewiesen, um das notwendige Know-how und die notwendigen Ressourcen aufbringen zu können, welche für die Umsetzung eines derart grossen und komplexen Bahnprojekts erforderlich sind.⁶ Oftmals werden Unternehmen gar durch die Ausschreibungspraxis der Behörden und die Grösse der gebildeten Lose dazu gezwungen, ARGE zu bilden. So vergeben etwa die Kantone rund die Hälfte des Auftragsvolumens für Infrastrukturprojekte an ARGE.⁷ Jahrelang wurde die kartellrechtliche Zulässigkeit von ARGE in der Schweiz dem Grundsatz nach denn auch nicht in Frage gestellt. Dies änderte sich erst vor rund 10 Jahren, als die (in der Folge gescheiterte) Teilrevision des KG⁸ aufs politische Parkett kam. Ein zentraler Punkt der Revision war die Einführung eines Teilkartellverbots. Zudem hätte in Bezug auf fünf harte Wettbewerbsabreden die Prüfung der Wettbewerbsbeeinträchtigung abgeschafft werden sollen.⁹ Seitens Medien, Verbänden und Wirtschaftsvertretern wurde daraus abgeleitet, dass ARGE verboten werden.¹⁰ Eine Befürchtung, welche auch die parlamentarischen Diskussionen prägte. Der Ständerat schlug deshalb einen expliziten Hinweis vor, wonach die Abgabe gemeinsamer Angebote bzw. die Bildung von ARGE weiterhin möglich bleiben und zulässig sein soll.¹¹ Diese Formulierung führte indes erst recht zu Verwirrung, zumal sie suggerierte, dass es sich bei ARGE um unzulässige Abreden handelt.¹² Nicht nur der Bundesrat versuchte, zu beschwichtigen und die Diskussion auf eine sachliche Ebene zu bringen.¹³ Auch die Wettbewerbsbehörden leisteten Aufklärungsarbeit und betonten, dass die Revision faktisch keine Änderung der Zulässigkeit von ARGE mit sich bringen würde.¹⁴ Das Fazit auf dem Fact Sheet des WEKO-Sekretariats zur KG-Revision: «ARGE

sind in aller Regel zulässig und daran ändert die KG-Revision nichts!»¹⁵

Trotz Klarstellung seitens der Behörden und Scheitern der KG-Revision wurde in der Folge immer wieder die Meinung vertreten, ARGE würden von der WEKO und deren Sekretariat vermehrt strenger beurteilt und als kartellrechtlich problematisch angesehen.¹⁶ Grund waren insbesondere verschiedene WEKO-Verfahren im Beschaffungswesen, in denen ARGE zwar zur Sprache kamen, aber nicht direkt Gegenstand der kartellrechtlichen Bedenken waren. Tatsächlich hat die WEKO ARGE jahrelang weder untersucht noch

-
- Über-/Unterpreisofferten im Umfeld von Arbeitsgemeinschaften, Jusletter 11. November 2013, Rz. 6; A. EGLI, Probleme von und mit Baukonsortien, Tagungsunterlagen zur Baurechtstagung 1989 der Universität Freiburg, 30; A. HEINEMANN/F. STÜSSI, Submissionskartelle, in: V. Boillet/A.-C. Favre/V. Martenet (Hg.), *Le droit public en mouvement*, Genf 2020, 645; S. HERREN, Verrechnungsprobleme beim Ausscheiden eines zahlungsunfähigen Konsortianten aus mehreren Arbeitsgemeinschaften, Zur Verrechenbarkeit von Gesamthand- und Solidarforderung, AJP 1999, 265; C. KOENIG/J. KÜHLING/C. MÜLLER, Marktfähigkeit, Arbeitsgemeinschaften und das Kartellverbot, WuW 2005, 126 f.; H. MÜLLER, Die Arbeitsgemeinschaft – Rechtliche Struktur der ARGE des Baugewerbes, Bern 1981, 1; F. STÜSSI/B. LÜTHI, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR 2015, 205; D. WEITZE, Die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft, Frankfurt am Main 2002, 7 ff.
- 2 www.alptransit.ch/de/gotthard/gotthard-basistunnel/ (März 2021).
- 3 www.karriere.strabag.com/databases/internet/_public/content30.nsf/web30?Openagent&id=C5ABDB05241F9B43C1258; NZZ vom 10. 2. 2007, Strabag zum Dritten, www.nzz.ch/newzzEXYQ15D7-12-1.110246 (März 2021).
- 4 www.transtecgotthard.ch/gesellschaftler.html (März 2021).
- 5 Vgl. in ähnlichem Sinne auch etwa das Votum des NR Hassler Hansjörg, Amtl. Bull. NR 2014, 124; BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 6.
- 6 Vgl. das Votum des NR Baader Caspar, Amtl. Bull. NR 2014, 126.
- 7 Vgl. etwa die Voten des NR Schelbert Louis, Amtl. Bull. NR 2014, 122, des NR Von Graffenried Alex, Amtl. Bull. NR 2014, 122 f., des NR Baader Caspar, Amtl. Bull. NR 2014, 126; vgl. auch BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 9, wonach laut Statistik des Baumeisterverbandes in den Jahren 2010 bis 2012 46% des Gesamtvolumens für Baumeisteraufträge an ARGE vergeben wurden.
- 8 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
- 9 Vgl. ausführlich die Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012, 3905 ff.
- 10 Vgl. hierzu auch etwa Jahresbericht 2013 der WEKO, RPW 2014/1, 1 ff., 5; BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 2 Fn. 3; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 205 m.w.H.
- 11 Vgl. etwa das Votum des NR De Buman Dominique, Amtl. Bull. NR 2014, 121.
- 12 Votum der NR Bertschy Kathrin, Amtl. Bull. NR 2014, 124.
- 13 Votum des BR Schneider-Ammann Johann N., Amtl. Bull. NR 2014, 128.
- 14 Vgl. etwa die entsprechende Präsentation von F. Stüssi vom 13. 6. 2014 anlässlich der Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. mit dem Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern, www.studienvereinigung-kartellrecht.de/veranstaltungen/arbeitsgruppe-schweiz/20140613-arbeitssitzung-mit-dem-institut-fuer-wirtschaftsrecht (März 2021), insb. 6 und 15.
- 15 Fact Sheet des WEKO-Sekretariats zur KG-Revision, abrufbar unter vorgenanntem Link; zum Ganzen auch C. SCHÄKE, Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts, Jusletter 22. September 2014, Rz. 14 zu den Ausführungen von F. Stüssi; HEINEMANN/STÜSSI (Fn. 1), 645 m.w.H.; vgl. auch RPW 2014/1, 1 ff., 5; RPW 2013/4, 528 f., Rz. 12 Fn. 15; Präsentation von M. Reinert vom 13. Juni 2014 anlässlich der Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. mit dem Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern, abrufbar unter vorgenanntem Link, 2.
- 16 STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 206; vgl. auch etwa BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 2.

(erst recht nicht) verboten.¹⁷ Auch die Gesetzgebung und die Rechtsprechung enthalten keine Verbote oder klare Hinweise, wie ARGE kartellrechtlich zu beurteilen sind.¹⁸

Im vergangenen Jahr hatte nun erstmals das WEKO-Sekretariat Anlass, sich im Rahmen einer Voruntersuchung vertieft mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit zweier ARGE im Baugewerbe auseinanderzusetzen. Die Voruntersuchung wurde inzwischen abgeschlossen und der Schlussbericht vom 6. Oktober 2020 publiziert. Dieser enthält erstmals vertiefte Überlegungen zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von ARGE, ändert aber nichts am Grundsatz, dass ARGE grundsätzlich keine Wettbewerbsabreden darstellen und in aller Regel unproblematisch sind. Die Vorabklärung wurde denn auch eingestellt, wobei die Einstellung in Bezug auf einen Fall folgenlos und in Bezug auf den anderen Fall in Kombination mit einer Anregung erfolgte.¹⁹

Nach einigen einleitenden Worten zu den verschiedenen Arten von ARGE (Kap. II) wird nachfolgend zuerst auf die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf ARGE eingegangen (Kap. III), bevor eingehend der erwähnte Schlussbericht des WEKO Sekretariats erläutert und analysiert wird (Kap. IV). Abschliessend (Kap. V) werden im Rahmen einer Schlussbetrachtung die wesentlichsten Erkenntnisse des Schlussberichts dargestellt, daraus Tipps für die Praxis abgeleitet und der Beitrag mit einer kompendiösen Darstellung des Vorgehens zur Prüfung der kartellrechtlichen Zulässigkeit von ARGE abgeschlossen.

II. Arten von ARGE

Der Begriff der ARGE steht für die Kooperation zwischen verschiedenen unabhängigen Unternehmen mit dem Zweck, ein oder mehrere Projekte – insbesondere im Bau-sektor – gemeinsam auszuführen («Unternehmerkonsortien»)²⁰. Je nach Ausgestaltung können verschiedene Arten von ARGE unterschieden werden:

Je nachdem, ob die Kooperation nach aussen, insbesondere gegenüber dem (potentiellen) Vertragspartner offengelegt wird oder nicht, unterscheidet man *stille ARGE* (ohne Offenlegung) sowie *offene ARGE* (mit Offenlegung).²¹ Mit ersteren sind aufgrund der fehlenden Transparenz, für welche es kaum schutzwürdige Gründe geben dürfte, eigene kartellrechtliche Bedenken verbunden,²² welche im vorliegenden Beitrag indes nicht näher thematisiert werden. Vorliegend stehen offene ARGE im Vordergrund. An dieser Stelle erscheint immerhin der Hinweis wichtig, dass stille ARGE unter Umständen unzulässig sein mögen, dies aber in aller Regel nicht für den Beizug von Subunternehmen gilt. Letzterer ist zulässig, sofern er durch die massgeblichen Rechtsgrundlagen nicht explizit eingeschränkt oder ausgeschlossen wird.

Angesichts der *Anzahl Unternehmen*, welche sich an der ARGE beteiligen, wird weiter zwischen Zweier-ARGE, Dreier-ARGE usw. unterschieden. Zwar gibt es nicht per se eine fixe Maximalanzahl beteiligter ARGE-Partner, zumal es die konkreten Umstände des Projektes, insbesondere dessen Grösse und die Vielfalt der verlangten Leistungen sind, wel-

che die Anzahl Unternehmen beeinflussen. Dennoch sollen sich nicht mehr Unternehmen als erforderlich an einer ARGE beteiligen.²³

Abhängig von den Märkten bzw. *Marktstufen*, auf denen die ARGE-Partner tätig sind, werden ferner horizontale ARGE unterschieden, deren Partner auf der gleichen Marktstufe tätig sind und sich gegenseitig (zumindest dem Grundsatz nach) konkurrenzieren (z.B. zwei Strassenbauunternehmen), sowie vertikale ARGE, deren Partner auf unterschiedlichen Marktstufen bzw. Märkten agieren und komplementäre Leistungen erbringen (z.B. Strassenbauunternehmen und Ingenieur).²⁴

In *zeitlicher Hinsicht* wird zwischen Bietergemeinschaften (BIEGE) sowie ARGE im engeren Sinne differenziert. Während von ersteren im Rahmen der Offertphase, also vor Zuschlagserteilung bzw. Vertragsabschluss gesprochen wird, bezieht sich der zweitgenannte Begriff auf die Phase der Projektausführung.²⁵

Mit Blick auf den *zeitlichen und sachlichen Umfang* der Zusammenarbeit wird schliesslich unterschieden, ob eine ARGE bloss zur gemeinsamen Durchführung eines einzigen Bauprojekts gebildet wird oder ob die Kooperation über ein konkretes Projekt hinausreicht, mithin eine regelmässige Zusammenarbeit angestrebt wird. Im zweitgenannten Fall sprechen die Wettbewerbsbehörden von sogenannten «Dauer-ARGE».²⁶ Die erstgenannte Konstellation stellt den Regelfall dar, zumal die ARGE-Partner grundsätzlich ihre rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit erhalten wollen, ansonsten auch eine Fusion (und damit eine einzige «Firma») in Frage käme.²⁷

Je nach Ausgestaltung bzw. Art der ARGE unterscheidet sich auch die Beurteilung ihrer kartellrechtlichen Zulässigkeit. Im vorliegenden Beitrag, welcher primär den Schlussbericht des WEKO-Sekretariats i.S. Dauer-ARGE Graubün-

17 StÜSSI (Fn. 14), 5; StÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 207.

18 RPW 1/2021, 114, Rz. 150.

19 RPW 1/2021, 90 ff. Schlussfolgerungen auf S. 131.

20 BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 5; EGLI (Fn. 1), 30; RPW 1/2021, 92, Rz. 23.

21 RPW 2013/4, 528, Rz. 11; RPW 2009/3, 199, Rz. 12; RPW 1/2021, 92, Rz. 24; vgl. auch etwa EGLI (Fn. 1), 36 f.; K. MÜLLER, Das Risiko der Solidarhaftung unter Bauunternehmen, in: J. Schmid (Hg.), Hommage für Peter Gauch, Zürich 2016, 167 und 174 f. m.w.H.

22 RPW 2013/4, 640, Rz. 1020; RPW 1/2021, 92, Rz. 24; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 551 m.w.H.

23 RPW 1/2021, 92 f., Rz. 25 und Fn. 53.

24 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 552; StÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 205; RPW 1/2021, 93, Rz. 26.

25 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 550; StÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 205; RPW 1/2021, 93, Rz. 27.

26 RPW 2020/4a, 1806 und 1816, Rz. 358 und 426; RPW 1/2021, 93, Rz. 28 f.

27 EGLI (Fn. 1), 31; StÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 206; vgl. auch BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 550; M. TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht: wie die Dinge stehen, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hg.), Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2019, Rz. 40; vgl. ferner BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 5, welche indes generell von Gemeinschaftsunternehmen sprechen, wenn sich der Zusammenschluss nicht auf einen einzigen Auftrag beschränkt; das greift nach der hier vertretenen Auffassung zu kurz, zumal die Art der Zusammenarbeit nicht deren Rechtsform bestimmen kann.

den thematisiert, stehen offene horizontale Zweier-Dauer-ARGE (im engeren Sinne) zur Diskussion.

III. Bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden

Die Wettbewerbsbehörden beschäftigten sich in den vergangenen Jahren mit zahlreichen Fällen im Bereich des Beschaffungswesens, welche zudem mehrheitlich das Baugewerbe betrafen.²⁸ In diesen wurden ARGE zwar teilweise thematisiert, waren aber nicht primär Gegenstand der entsprechenden Untersuchung. Gegenstand der Verfahren waren vielmehr Submissionsabreden, bei welchen Unternehmen vereinbarten, wer den Zuschlag erhalten soll, wobei die übrigen Kartellmitglieder Schutzofferten einreichten.²⁹ ARGE wurden nur in diesem Zusammenhang einer Beurteilung unterzogen:

Etwa im Fall *Elektroinstallationsbetriebe Bern* war eine (nicht zustande gekommene) ARGE Teil der Entstehungsgeschichte der schliesslich sanktionierten Submissionskartelle. Ende 2005/Anfang 2006 trafen sich nämlich diverse Unternehmen, um im Zusammenhang mit dem Grossprojekt Westside, welches aufgrund des Bauvolumens und Ausführungszeitraums für lokale Firmen nur in Form einer ARGE bewältigbar schien, über eine ARGE-Bildung zu diskutieren. Die ARGE kam in der Folge zwar nicht zustande, der Informationsaustausch wurde von den Unternehmen aber als fruchtbar angesehen, weshalb dieser in regelmässigen Treffen fortgeführt wurde.³⁰ Anlässlich deren wurden nicht nur diverse Informationen, mithin Kalkulationsdaten, ausgetauscht, sondern auch Projekte aufgeteilt und das Offertverhalten entsprechend abgestimmt, was von der WEKO als hartes Kartell qualifiziert wurde.³¹ Nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden dienten die ARGE in diesem Fall lediglich als Tarnung für Kartelle.³²

Ähnliches gilt in Bezug auf den Fall *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*. Im Rahmen einer einleitenden Begriffsumschreibung führte die WEKO im entsprechenden Entscheid ganz allgemein aus, ARGE seien so lange kartellrechtlich unbedenklich, als die Partner ein Projekt gar nicht ausführen könnten. Wäre es ihnen hingegen auch ohne ARGE-Bildung möglich, das Projekt zu realisieren, würden «wettbewerbsrechtliche Bedenken» bestehen, zumal dadurch die Anzahl Angebote verkleinert wird.³³ In Bezug auf den konkreten Sachverhalt stellte die WEKO allerdings fest, dass gerade keine ARGE gebildet wurde. Die entsprechenden Unternehmen prüften zwar eine ARGE-Bildung und tauschten in diesem Zusammenhang Informationen aus, welche naturgemäss auch die Kalkulation bzw. den Preis zum Gegenstand hatten. In der Folge gaben sie aber je separate Projektunterlagen ein, wobei die Offerte des einen Unternehmens der besprochenen Kalkulation entsprach. Zumal es sich bei beiden Unternehmen um grössere Bauunternehmen handelte, das Projekt dagegen ein überschaubares Auftragsvolumen aufwies, folgerte die WEKO, dass die ARGE-Bildung weder aufgrund von fehlenden Know-hows, fehlender Kapazitäten oder einem hohen Risiko zur Diskussion stand, sondern einer Submissionsabrede entsprach.³⁴

Im (nicht rechtskräftigen) Entscheid *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I* richtete die WEKO zwar einen genauen Blick auf ARGE, prüfte diese schliesslich aber ebenfalls nur im Gesamtkonzept von Wettbewerbsabreden: Die beteiligten Unternehmen, namentlich die Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG, arbeiteten regelmässig im Rahmen von ARGE zusammen, wobei die erstgenannte hiermit einen bedeutenden Anteil ihres Umsatzes im Unterengadin generierte. Die WEKO stellte diesbezüglich fest, dass es einzig auf einer gemeinsamen Strategie der Unternehmen beruhte, sich auf grössere Tiefbauprojekte zu fokussieren und hierzu ARGE zu bilden. Die Lazzarini AG hätte sich jedoch jederzeit auf kleinere und mittlere Tiefbauprojekte oder Hochbauprojekte konzentrieren, ihre Kapazitäten ausbauen oder auf andere Regionen ausweichen können. Mit anderen Worten wäre sie auch ohne ARGE-Bildung in der Lage gewesen, sich im Wettbewerb durchzusetzen.³⁵ In der Folge erachtete es die WEKO zwar als erwiesen, dass die drei erwähnten Unternehmen tatsächlich einen gemeinsamen Willen zur Abstimmung des Marktverhaltens hatten, die gemeinsamen ARGE waren dabei aber lediglich eines von drei wesentlichen Elementen ihrer Kooperation, welche zusätzlich gemeinsame Jahresstartsitzungen sowie die Koordination der Angebotspreise bei einzelnen Projekten umfasste.³⁶ Im Rahmen ihrer darauffolgenden Überlegungen implizierte die WEKO, dass einzelfallbezogene, punktuelle ARGE nicht zu beanstanden gewesen wären³⁷ bzw. durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i.S. Art. 5 Abs. 2 KG hätten gerechtfertigt werden können.³⁸ Die Zusammenarbeit ging aber weit über die Bildung einzelner ARGE hinaus. Diese wurden nämlich systematisch gebildet, dienten zusammen mit anderen Elementen (auch) der Verhaltenskoordination und bezweckten damit eine Wettbewerbsbeschränkung.³⁹ Die WEKO qualifizierte entsprechend die systematische Verhaltenskoordination als Gesamtabrede, mithin als horizontale Geschäftspartnerabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. c KG,⁴⁰ wobei sie – «um Missverständnisse zu vermeiden» – was folgt ergänzte: «Die Schlüsse der WEKO bedeuten nicht, dass sie jede einzelne Arbeitsgemeinschaft [...] isoliert betrachtet als unzulässig erachtet. Die systematischen Arbeitsgemeinschaften in den Jahren 2008 bis 2012 bildeten indes integrierender Bestand-

28 Vgl. RPW 2008/1, 85 ff., RPW 2009/3, 196 ff., RPW 2012/2, 270 ff., RPW 2013/4, 524 ff. sowie insgesamt zehn Untersuchungen über Submissionsabreden im Zusammenhang mit Bauprojekten im Kanton Graubünden; vgl. hierzu eingehend HEINEMANN/STÜSSI (Fn. 1), 634 ff.

29 Fact Sheet WEKO-Sekretariat (Fn. 15), 2; RPW 2014/1, 1 ff., 5; HEINEMANN/STÜSSI (Fn. 1), 645 m.w.H.; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 207.

30 RPW 2009/3, 196 ff., insb. 211, Rz. 98.

31 RPW 2009/3, 199 f., Rz. 14 f.

32 RPW 2014/1, 1 ff., 6; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 207.

33 RPW 2013/4, 528 f., Rz. 12.

34 RPW 2013/4, 576 f., Rz. 434; vgl. hierzu auch STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 207.

35 RPW 2019/2, 385 ff., Rz. 281 ff.

36 RPW 2019/2, 382 ff., Rz. 276 ff., 285 ff. und 289 f.

37 RPW 2019/2, 394 f., Rz. 291 ff.

38 RPW 2019/2, 453 f., Rz. 661 ff.

39 RPW 2019/2, 394 f., Rz. 291 ff.

40 RPW 2019/2, 450 f., Rz. 640 f.

teil der Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen. Sie können nicht losgelöst von den Interessenabgleichungen an den gemeinsamen Jahresstartsitzungen und der Koordination der Einzelprojekte beurteilt werden. Die Zusammenarbeit [...] ist in ihrer Gesamtheit als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren. Eine isolierte Würdigung der einzelnen Arbeitsgemeinschaften erübrigt sich, wie sich auch eine Effizienzprüfung der koordinierten Einzelprojekte erübrigt. [...] Die WEKO erachtet die projektweise Bildung von Arbeitsgemeinschaften grundsätzlich als kartellrechtlich unproblematisch. Eine gemeinsame, projektübergreifende und andauernde Zuteilung von Bauprojekten und Marktteilung – auch in Form von Arbeitsgemeinschaften – verstosse jedoch gegen das Kartellgesetz.»⁴¹ Im Dispositiv hielt die WEKO denn auch fest, dass den betroffenen Unternehmen untersagt werde, sich über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kundinnen oder Gebieten auszutauschen, wobei der «Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE)» explizit ausgenommen wurde.⁴²

IV. Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 6. Oktober 2020 betreffend Dauer-ARGE Graubünden (22-0499)

1. Einleitung

a) Erste Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Rahmen von Dauer-ARGE

Nebst dem bereits erwähnten Entscheid *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I* hat die WEKO in den vergangenen Jahren insgesamt neun weitere Untersuchungen zu Submissionsabreden im Kanton Graubünden abgeschlossen. Zuletzt erging am 19. August 2019 eine (erst teilweise rechtskräftige) Verfügung in Sachen Untersuchung 22-0457 betreffend *Bauleistungen Graubünden «Strassenbau»*, in welcher die WEKO feststellte, dass sich in den Jahren 2004 bis 2010 zwölf Unternehmen in Nord- und Südbünden an Submissionsabreden beteiligten, mit welchen sie Strassenbauprojekte untereinander aufteilten und gleichzeitig die Offertpreise festlegten.⁴³ Im Rahmen dieser Untersuchung ergaben sich für die Wettbewerbsbehörden erste Anhaltspunkte, dass gewisse Strassenbauunternehmen auch sogenannte «Dauer-ARGE» für die Aufteilung von Strassenbauprojekten sowie die Festlegung von Preisen genutzt hatten. Die WEKO stellte diesbezüglich fest, die ARGE-Bildung sei «grundsätzlich nur zulässig», wenn sie in Bezug auf einzelne konkrete Projekte erfolge, um ARGE-Teilnehmern, welche das Projekt allein nicht realisieren könnten, eine Offerteingabe zu ermöglichen.⁴⁴ Die Verwendung des Wortes «nur» ist in diesem Zusammenhang unglücklich gewählt und suggeriert, dass andere ARGE per se kartellrechtswidrig sind. Die WEKO konkretisierte aber, dass die Zusammenarbeit von Unternehmen in einer Dauer-ARGE kartellrechtswidrig sein kann, sofern sie einer projektübergreifenden und dauerhaften Zuteilung von Bauprojekten dient.⁴⁵ Diese Er-

gänzung impliziert bereits, dass auch «Dauer-ARGE» nicht per se gegen das KG verstossen und zudem mehr Gründe bestehen, welche eine (Dauer-)ARGE rechtmässig erscheinen lassen, als nur jener, einem einzelnen Wettbewerber die Teilnahme an einer Ausschreibung zu ermöglichen. Vermutlich, um die bereits im Jahr 2012 eröffnete Untersuchung nicht weiter zu verzögern, verzichteten die Wettbewerbsbehörden aber auf weitere Ausführungen und verwiesen bezüglich der genaueren Abklärung des erwähnten Verdachts auf eine separate Vorabklärung.⁴⁶

b) Vorabklärung in Sachen Dauer-ARGE Graubünden

Wie angekündigt eröffnete das WEKO-Sekretariat am 11. März 2019 eine Vorabklärung in Sachen «Dauer-ARGE Graubünden» (22-0499). Der grosse Aufwand, den das WEKO-Sekretariat in deren Rahmen auf sich nahm (es wendete für den Fall rund 780 Arbeitsstunden auf),⁴⁷ zeigt die Bedeutung, welche es der Vorabklärung beimass: Es übernahm nicht nur einen Teil der Akten aus der vorerwähnten Untersuchung Bauleistungen Graubünden und analysierte insbesondere Offertöffnungsprotokolle, sondern erhob mittels Auskunftsbegehren auch beim Kanton Graubünden sowie bei den beteiligten Unternehmen weitere Daten und führte Parteieinvernahmen durch. Die betroffenen Unternehmen kooperierten von Anbeginn vollumfänglich und bedienten die Wettbewerbsbehörden etwa mit näheren Angaben zu den Gründen der ARGE-Bildung, zu Offerteingaben bei nicht offen ausgeschriebenen Projekten, zur Projektausführung, zu den einzelnen Kostenstellen sowie zu Umsatz und Erfolg bei gemeinsamer und alleiniger Tätigkeit.⁴⁸

2. Sachverhalt

a) Zweier-ARGES im Bezirk 4 (Scuol) sowie in den Bezirken 6 (Ilanz) und 7 (Thusis)

Im Rahmen der eröffneten Vorabklärung unterzog das WEKO-Sekretariat zwei Fälle einer näheren Untersuchung, in denen jeweils zwei Strassenbauunternehmen wiederholt gemeinsam als ARGE offerierten.⁴⁹

41 RPW 2019/2, 453 f., Rz. 663.

42 RPW 2019/2, 511, Dispositiv, Ziffer 1.2 a); die gleiche Formulierung wurde auch in anderen Entscheiden gewählt, so etwa in RPW 2020/4, 1852, Dispositiv, Ziffer 1.2 a).

43 RPW 2020/4, 1721 ff.; <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-76240.html> (März 2021).

44 RPW 2020/4, 1806 und 1816, Rz. 358 und 426.

45 RPW 2020/4, 1806 und 1816, Rz. 358 und 426.

46 RPW 2020/4, 1806, Rz. 358.

47 RPW 1/2021, 131, Rz. 252.

48 RPW 1/2021, 90, Rz. 4 ff.

49 RPW 1/2021, 90, Rz. 2.

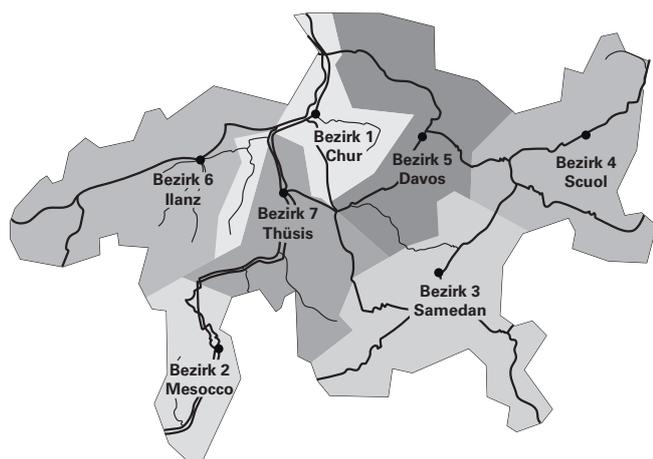


Abbildung 1: Bezirkseinteilung Kanton Graubünden

Fall 1 betraf den *Bezirk 4 (Scuol)* im Unterengadin (Kanton Graubünden).⁵⁰ Dessen Lage und Topografie stellt die im Bezirk tätigen Strassenbauunternehmen vor diverse Herausforderungen: Da das Tal zu grossen Teilen nur über Pässe (bzw. den Autoverlad Vereina) erreichbar ist, können die Unternehmen kaum (temporär) Personal oder Inventar von ausserhalb des Engadins beiziehen, zumal ein Beizug aufgrund der erheblichen Bedeutung der Transportkosten im Strassenbau⁵¹ nicht rentabel wäre. Personal im Tal zu rekrutieren ist angesichts der kleinen Bevölkerungsanzahl (9200 Einwohner) zudem äusserst schwierig. Schliesslich ist der Einbau von Strassenbelag, speziell von Deckbelag, aufgrund der hohen Lage und den entsprechend tiefen Temperaturen nur während wenigen Wochen bzw. Monaten im Jahr möglich, weshalb verschiedene Strassenbauprojekte oft im gleichen Zeitraum ausgeführt werden müssen.⁵² Aufgrund der langen Transportwege und den entsprechend hohen Kosten können die lokal ansässigen Unternehmen ferner kaum auf andere Gebiete ausweichen und dort konkurrenzfähige Offerten einreichen. Um die notwendige Auslastung zu erreichen, müssen sie zwingend Projekte des Kantons ausführen können, welcher im entsprechenden Gebiet klar am meisten Strassenbauarbeiten nachfragt.⁵³ Die Teilnahme an den entsprechenden Submissionsverfahren bringt aber für die Unternehmen gleichzeitig das erhebliche Risiko mit sich, zu viele Aufträge zu erhalten. Diese Besonderheiten wirken sich auch auf die Konkurrenzsituation im Bezirk 4 aus: Nebst den beiden ARGE-Partnern besteht mindestens ein einziger starker Konkurrent, welcher bei allen offenen Ausschreibungen in den letzten Jahren konkurrenzfähige Offerten einreichte und entsprechenden Wettbewerbsdruck bewirkte.⁵⁴ Ein zusätzlicher Wettbewerbsdruck ging von anderen Unternehmen aus, welche sich vereinzelt an Submissionen beteiligt haben.

Die untersuchte Zweier-ARGE trug stets denselben Namen. Nachdem ein Konkurrent im Jahr 2013 den (unbegründeten und widerlegten) Vorwurf vorbrachte, die beteiligten Unternehmen würden die ARGE für Submissionsabsprachen nutzen, legten die ARGE-Partner insbesondere zur Verhinderung eines unnötigen Informationsaustausches klar fest, bei welchen Projekten gemeinsam als ARGE offe-

riert wird: Alle offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekte im Unterengadin. Dieser Entscheid führte dazu, dass die Zweier-ARGE ab dem Jahr 2016 konsequent bei allen offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekten im Bezirk 4 eine gemeinsame Offerte einreichte. Daneben offerierte sie vereinzelt auch bei Strassenbauprojekten von Gemeinden und Privaten.⁵⁵

In Bezug auf die Projektausführung stellte das WEKO-Sekretariat fest, dass etwas mehr als ein Drittel der Projekte, welche die ARGE akquirieren konnte, schliesslich von einem Unternehmen allein ausgeführt wurde.⁵⁶

Fall 2 betraf die *Bezirke 6 (Ilanz) und 7 (Thusis)* des Kantons Graubünden.⁵⁷ Die Zweier-ARGE der beteiligten Unternehmen trugen wechselnde Namen. Bis Anfang 2019 legten die beteiligten Unternehmen im Voraus fest, welche Rahmenbedingungen (z.B. Administratives, Erfolgsbeteiligung) bei einer ARGE-Bildung gelten sollten. Sie verwendeten jeweils einen inhaltsgleichen ARGE-Grundvertrag, um so administrativen, zeitlichen und finanziellen Aufwand zu sparen, weshalb das WEKO-Sekretariat grundsätzlich von einer Dauer-ARGE ausging.⁵⁸ Ob tatsächlich eine ARGE gebildet wird, wurde indes stets in Bezug auf den konkreten Einzelfall entschieden, wobei die Unternehmen diese Prüfung unabhängig voneinander vornahmen.⁵⁹ Eine allgemein gültige Vereinbarung, bei welcher oder bei wie vielen Projekten gemeinsam eingegeben wird, bestand nicht, ebenso wenig eine Exklusivitätsabrede.⁶⁰

Im Gegensatz zu Fall 1 liegt das Tätigkeitsgebiet der ARGE in Fall 2 etwas tiefer, weshalb die Temperaturen grundsätzlich höher und damit die Strassenbausaison länger ist. Ferner sind die Bezirke zentrumsnäher und weisen kürzere Transportwege auf, weshalb nicht nur leichter Personal und Inventar beigezogen werden können, sondern auch der Konkurrenzdruck grösser ist: Im Durchschnitt gingen bei offenen Ausschreibungen des Kantons nebst der ARGE-Offerte fünf bis sechs weitere Offerten ein.⁶¹

Was die Projektausführung anbelangt, kam das WEKO-Sekretariat in Fall 2 in Bezug auf etwa die Hälfte der betrachteten Fälle zum Schluss, dass diese von den ARGE-Partnern nicht gemeinsam, sondern von einem Partner allein ausgeführt wurden.⁶² Die Erklärung der Unternehmen hier-

50 Vgl. zur Bezirkseinteilung Abbildung 1, abrufbar unter <www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/diem/tba/ueberuns/standort-adressen/Seiten/Bezirk-1-Chur.aspx> (März 2021).

51 RPW 1/2021, 94, Rz. 36.

52 RPW 1/2021, 98, Rz. 54 ff.

53 RPW 1/2021, 98 f., Rz. 55 und 58 ff.

54 RPW 1/2021, 99, Rz. 61 ff.

55 RPW 1/2021, 90, 93 und 99 f., Rz. 2 f., 31, 67 ff.

56 RPW 1/2021, 104, Rz. 92 ff.

57 Vgl. zur Bezirkseinteilung Abbildung 1, abrufbar unter <www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/diem/tba/ueberuns/standort-adressen/Seiten/Bezirk-1-Chur.aspx> (März 2021).

58 RPW 1/2021, 90, 94, 105, 106 und 125, Rz. 2 f., 33, 94, 104 ff. und 214 f.

59 RPW 1/2021, 90, 94, 105 und 105, Rz. 2 f., 33, 94 und 104 ff.

60 RPW 1/2021, 106 f. und 125, Rz. 104 ff. und 215.

61 RPW 1/2021, 105, Rz. 95 ff.

62 RPW 1/2021, 112, Rz. 134 ff.

für erachtete es aber zu Recht als nachvollziehbar: Sofern es aufgrund der Kapazitäten möglich ist, erscheint es viel sinnvoller, ein Projekt von einem eingespielten Team und damit vom Personal eines einzelnen Unternehmens ausführen zu lassen, welches sinnigerweise auch das eigene Inventar einsetzt, als Personal und Inventar zu durchmischen.⁶³

b) Beschaffungsrechtliche Rahmenbedingungen im Kanton Graubünden

Nebst den erwähnten geografischen Besonderheiten warf das WEKO-Sekretariat in seiner Vorabklärung einen besonderen Blick auf die Rahmenbedingungen im Beschaffungswesen des Kantons Graubünden. Diesbezüglich ist unter anderem bemerkenswert, dass der Kanton Untervergaben an restriktive Bedingungen knüpft. So sind diese nur mit Zustimmung des Auftraggebers für untergeordnete oder spezielle Leistungen zulässig, wobei die charakteristische Leistung grundsätzlich durch die Anbieterin auszuführen ist. Besonders im Strassenbau, in welchem die Belagsarbeiten selbst die charakteristische Leistung darstellen, ist es entsprechend kaum möglich, bei zu vielen akquirierten Projekten Subunternehmen beizuziehen.⁶⁴ Zudem verlangt zumindest der Kanton, dass im Zeitpunkt des Belagseinbaus stets ein Bauführer auf der Baustelle sein muss. Mit anderen Worten: Ist nur ein Bauführer verfügbar, kann auch nur ein Projekt gleichzeitig ausgeführt werden.⁶⁵ Ferner haben Unternehmen, welche bei einem Projekt an die Kapazitätsgrenzen kommen und allenfalls ein Projekt nicht fristgerecht ausführen können, gemäss dem SubG des Kantons Graubünden einen Ausschluss bei künftigen Ausschreibungen zu befürchten.⁶⁶ Schliesslich ist speziell anzumerken, dass der Kanton Graubünden einen Grossteil der Strassenbauarbeiten, nämlich jeweils rund 80% oder mehr, innerhalb eines engen zeitlichen Fensters zu Beginn der Strassenbausaison vergibt. Diese Vergaben erfolgen zudem tranchenweise. Es werden also mehrere Projekte mit dem gleichen Eingabe- und Offertöffnungsdatum gleichzeitig publiziert, was bedeutet, dass die Unternehmen erst am Tag der Offertöffnung wissen, ob sie in einer Tranche keine oder aber zu viel Projekte erhalten haben.⁶⁷

c) Gründe für die ARGE-Bildung

Zwar lagen – v.a. bei Strassenbauprojekten von Gemeinden und Privaten – gewisse projektspezifische Gründe (v.a. Kapazitätsüberlegungen) vor, welche die Unternehmen im *Fall 1* zur ARGE-Bildung bewegt haben.⁶⁸ Im Vordergrund standen jedoch projektübergreifende Überlegungen: Im Bezirk 4 ist das (für Beschaffungsmärkte im Strassenbau eigentlich typische) Risiko, zu viele oder zu wenig Projekte zu akquirieren, besonders gross. Dies hängt zum einen mit der erwähnten Beschaffungspraxis des Kantons Graubünden zusammen, welcher jeweils mehrere Projekte gleichzeitig vergibt, wobei der wesentliche Teil der Ausschreibungen in der ersten Jahreshälfte erfolgt. Zum andern sind es die geografischen Besonderheiten, welche das Risiko von «zu

viel» im Vergleich zu anderen Gebieten erhöhen, zumal sich die Strassenbausaison im besagten Bezirk auf wenige Monate konzentriert und der Aufbau oder Beizug von zusätzlichen Kapazitäten kaum möglich ist.⁶⁹ Durch die ARGE-Bildung kann vor allem das Risiko von «zu viel» gesenkt werden, zumal mehr Kapazitäten zur Verfügung stehen und eine frist- und sachgerechte Ausführung besser sichergestellt werden kann. Die Reduktion des Risikos von «zu viel» bedeutet gleichzeitig, dass sich die Unternehmen auf die Senkung des Risikos von «zu wenig» konzentrieren können, was wiederum heisst, dass sie ein besonderes Interesse haben, konkurrenzfähige Offerte einzureichen, also tiefe Preise zu offerieren.⁷⁰

Im *Fall 2* waren es stets projektspezifische Gründe, welche entscheidend waren, ob die Unternehmen allein oder als ARGE offerierten. Entscheidungskriterien waren etwa der Ausführungstermin, die Risiken und die Ressourcen.⁷¹ Diese Kriterien führten zwar regelmässig nicht zu einer objektiven Unmöglichkeit, das entsprechende Projekt allein auszuführen. Zumal die Unternehmen aufgrund der erwähnten Beschaffungspraxis des Kantons Graubünden im Zeitpunkt der Offerteinreichung aber nicht wussten, ob und für wie viele Projekte sie den Zuschlag erhalten, mussten sie befürchten, dass sie zu viele Projekte mit gleichem Ausführungszeitpunkt akquirieren. Entsprechend hätten sie bei diversen Projekten darauf verzichtet, allein eine Offerte einzugeben.⁷²

d) Auswirkungen der ARGE-Bildung auf die Offerten

Das WEKO-Sekretariat stellte in Bezug auf *Fall 1* fest, dass beide beteiligten Unternehmen zwar nicht bei allen, wohl aber bei weit mehr als der Hälfte der offenen Ausschreibungen auch allein ein Angebot eingereicht hätten, womit die ARGE-Bildung regelmässig zu einer Reduktion der Anzahl Angebote führte.⁷³ Allerdings ermöglichte sie auch einen tieferen Preis, welcher von der ARGE aufgrund des grossen Wettbewerbsdrucks tatsächlich offeriert wurde.⁷⁴

In Bezug auf *Fall 2* konnte das WEKO-Sekretariat nicht abschliessend feststellen, in wie vielen Fällen die ARGE-Bildung zu mehr, gleich vielen oder weniger Offerten führte. Es hielt indes fest, dass bei einem Grossteil der Projekte, bei denen vertretbare unternehmerische Entscheide für ein gemeinsames Angebot sprachen, mindestens ein Unterneh-

63 RPW 1/2021, 113, Rz. 138; vgl. zu den Beiträgen der Gesellschafter auch ECLI (Fn. 1), 44 ff.

64 Art. 16 Abs. 1 Submissionsgesetz (des Kantons Graubünden) vom 10. Februar 2004 (SubG; BR 803.300); RPW 1/2021, 95, Rz. 43.

65 RPW 1/2021, 95, Rz. 44.

66 Art. 22 lit. j SubG; RPW 1/2021, 95 f., Rz. 45.

67 RPW 1/2021, 96, Rz. 46 ff.

68 RPW 1/2021, 100, Rz. 72 ff.

69 RPW 1/2021, 100, Rz. 75 ff.

70 RPW 1/2021, 101 f., Rz. 78 ff., insb. 81.

71 RPW 1/2021, 107, Rz. 109 ff.

72 RPW 1/2021, 108, Rz. 113 ff.

73 RPW 1/2021, 102 f., Rz. 82 ff.

74 RPW 1/2021, 103 f., Rz. 85 ff.

men (nämlich das anfragende) alleine keine Offerte eingereicht hätte, womit sich die Anzahl Angebote durch die ARGE-Bildung regelmässig nicht veränderte bzw. unter Umständen gar erhöhte.⁷⁵ Hingegen konnten keine Anhaltspunkte gefunden werden, welche dafür sprachen, dass der von der ARGE offerierte Preis tiefer war als jener, den die Unternehmen alleine offeriert hätten.⁷⁶

3. Kartellrechtliche Einordnung von ARGE

Im Rahmen seiner rechtlichen Würdigung betont das WEKO-Sekretariat vorab, dass in der Schweiz weder explizite Regeln in Bezug auf ARGE noch Rechtsprechung zur Frage existieren, wie diese kartellrechtlich zu beurteilen sind. Letzteres liegt primär daran, dass die Wettbewerbsbehörden «ARGE doch als typischerweise kartellrechtlich zulässig» erachten.⁷⁷ Und dies zu Recht:

ARGE als Kooperation zwischen zwei oder mehr unabhängigen Unternehmen sind grundsätzlich im Rahmen des ersten Pfeilers des Kartellrechts (Wettbewerbsabreden) von Bedeutung und entsprechend anhand von Art. 4 Abs. 1 sowie (allenfalls) Art. 5 f. KG zu beurteilen: Als erstes ist stets die Frage zu stellen, ob überhaupt eine Wettbewerbsabrede vorliegt. Einzig, wenn dies bejaht wird, was nur ausnahmsweise der Fall ist, muss geprüft werden, ob diese Abrede allenfalls gemäss Art. 5 KG unzulässig ist.⁷⁸ Im Rahmen der Beurteilung ist stets zu bedenken, dass mit offenen horizontalen Zweier-ARGE sowohl positive wie auch negative Wettbewerbswirkungen verbunden sein können:

Wettbewerbsfördernd und damit positiv wirkt sich aus, wenn die ARGE-Bildung den Unternehmen überhaupt erst ein Angebot ermöglicht, mithin zu einer Zunahme von Offerten führt. Positiv ist ferner, wenn die ARGE-Partner infolge der Kooperation eine bessere Offerte, mithin einen tieferen Preis eingeben können.⁷⁹

Negativ wäre hingegen, wenn die ARGE-Bildung zu weniger Angeboten führt, weil insbesondere beide ARGE-Partner auch allein eine Offerte eingegeben hätten, oder wenn mit der ARGE-Bildung ein Informationsaustausch verbunden ist, welcher über das Notwendige hinausgeht und beispielsweise auch andere Ausschreibungen betrifft.⁸⁰ Mit anderen Worten: ARGE können insbesondere dann anti-kompetitiv sein, wenn sie dazu missbraucht werden, den Markt aufzuteilen.⁸¹

4. ARGE als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG

a) Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG

Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden 1) «rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen» 2) von mindestens zwei «Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen», 3) «die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.» Die ersten beiden Tatbestandsmerkmale, nämlich ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von mindestens zwei Unternehmen, sind

ohne weiteres gegeben, wenn zwei Gesellschaften im Rahmen einer horizontalen Zweier-ARGE vereinbaren, in Bezug auf eine bestimmte Ausschreibung gemeinsam eine Offerte einzureichen (und damit auf individuelle Angebote zu verzichten).⁸² Entscheidend ist folglich das dritte Element, nämlich die Frage, ob die Vereinbarung eine *Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt*. Bei dessen Auslegung hat sich das WEKO-Sekretariat im vorliegend diskutierten Schlussbericht unter anderem am europäischen Recht orientiert und die Auslegung von Art. 101 Abs. 1 AEUV⁸³ berücksichtigt, welcher eine analoge Voraussetzung kennt.⁸⁴

Von einer *Wettbewerbsbeschränkung* bzw. einer Beschränkung des «wirksamen Wettbewerbs» geht das Bundesgericht vereinfacht gesagt aus, wenn eine Abrede die Handlungsfreiheit von einzelnen Marktteilnehmern in Bezug auf einen oder mehrere Wettbewerbsparameter (Preis, Menge, Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung, Entwicklung) einschränkt und sich so auf den wirksamen Wettbewerb als System auswirkt.⁸⁵ Die Abrede führt im Vergleich zur hypothetischen Situation ohne Abrede zu einem Minus an Wettbewerb, sei dies durch dessen Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung.⁸⁶ Ob sich dieses Minus auch schädlich, mithin antikompetitiv auswirkt, wird grundsätzlich erst im Rahmen von Art. 5 KG geprüft.⁸⁷ Inwieweit allfällige prokompetitive Auswirkungen bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG oder erst bei der Prüfung von Rechtfertigungsgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen sind, ist in der Lehre indes generell umstritten, wobei sich die Diskussion in Bezug auf ARGE akzentuiert.⁸⁸ In der Vergangenheit haben die Wettbewerbsbehörden positive, mithin prokompetitive Auswirkungen schon mehrfach im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG geprüft und aufgrund deren eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG verneint.⁸⁹ In Bezug auf ARGE hat die WEKO im bereits erwähnten Fall *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* festgehalten, solange eine ARGE gebildet werde, weil die Unternehmen ein Projekt alleine gar nicht ausführen könnten, würde mangels Wettbewerbsbeschränkung gar keine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen.⁹⁰ Im vorliegenden

75 RPW 1/2021, 109 f., Rz. 119 ff.

76 RPW 1/2021, 112, Rz. 132 f.

77 RPW 1/2021, 114, Rz. 150.

78 RPW 1/2021, 115, Rz. 152.

79 RPW 1/2021, 114 f., Rz. 151.

80 RPW 1/2021, 114 f., Rz. 151.

81 SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 13 zu den Ausführungen von R. Jacobs.

82 RPW 1/2021, 115 f. und 125 ff., Rz. 153 ff., 216 f., 221 f. und 229 f.; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 553.

83 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

84 RPW 1/2021, 116, Rz. 159 f.

85 RPW 1/2021, 116, Rz. 163 ff. m.w.H.; BGE 129 II 18 ff. E. 5.1; BVerwG vom 24. November 2016, B-3618/2013, E. 301; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 118 m.w.H.

86 RPW 1/2021, 116, Rz. 162 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 119.

87 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 119.

88 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 125 ff. und KG 5 N 554 m.w.H.

89 RPW 1997/4, 471, Rz. 17 f.; RPW 1998/1, 6 ff., Rz. 21; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 129 m.w.H.

90 RPW 2013/4, 528 f., Rz. 12 Fn. 15; vgl. auch RPW 2014/1, 1 ff., 5.

Schlussbericht betont das WEKO-Sekretariat unter Verweis auf BANGERTER/ZIRLICK sowie die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dürfe nicht ohne weiteres verneint werden, sondern nur dann, wenn der wirksame Wettbewerb trotz Einschränkungen der Handlungsfreiheit bezüglich relevanter Wettbewerbsparameter offenkundig bzw. offensichtlich nicht beschränkt ist.⁹¹ Sind die positiven bzw. prokompetitiven Auswirkungen nicht offensichtlich, so sind sie folglich (erst aber immerhin) im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen.⁹²

Eine Vereinbarung kann eine solche Wettbewerbsbeschränkung alternativ bezwecken oder bewirken, um gemäss Art. 4 Abs. 1 KG als Abrede zu gelten: «Bewirken» bezieht sich auf die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung und verlangt, dass zwischen dieser und der Wettbewerbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang besteht, wobei es ausreicht, wenn eine Abrede das Potential hat, eine Beschränkung zu erzeugen.⁹³ Auch «bezwecken» muss objektiv beurteilt werden. Die subjektiven Absichten der beteiligten Unternehmen stehen nicht im Vordergrund. Vielmehr ist die Frage zu beantworten, ob die Vereinbarung geeignet ist, sich negativ auf den Wettbewerb auszuwirken, wobei Inhalt und Ziele der Vereinbarung sowie wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhänge relevant sind. Bei typischen Kernbeschränkungen wie Submissionsabreden ist nach Ansicht des WEKO-Sekretariats grundsätzlich immer davon auszugehen, dass sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken.⁹⁴

b) ARGE als Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG

In Bezug auf ARGE bzw. BIEGE prüfen die Wettbewerbsbehörden das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG primär anhand der Frage, welchen Einfluss die ARGE-/BIEGE-Bildung auf die Anzahl Offerten hat. Mit anderen Worten ist die Frage zentral, ob infolge der ARGE-Bildung bei einer Ausschreibung mehr, gleich viele oder weniger Angebote eingereicht werden. Diese Frage wird in erster Linie anhand der Gründe beurteilt, welche zur ARGE-Bildung geführt haben:

Wird die *Anzahl Angebote erhöht*, weil kein Unternehmen allein eine Offerte einreichen könnte bzw. würde, so liegt kein Minus, sondern sogar ein Plus an Wettbewerb vor. Entsprechend ist eine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu verneinen.⁹⁵ Diesbezüglich wird auch von einer notwendigen ARGE gesprochen.⁹⁶ Zu denken ist etwa an folgende objektive Gründe, aufgrund deren die beteiligten Unternehmen ein Projekt unabhängig voneinander nicht ausführen könnten:⁹⁷

- Eignungskriterien, welche ein Unternehmen nicht erfüllt.
- Finanzielle Garantien, welche ein Unternehmen nicht erfüllen kann.
- Spezialitäten, welche ein Unternehmen nicht anbietet bzw. über welche es nicht verfügt (z.B. Know-how, Maschinen, Spezialisten).
- Markteintrittsbarrieren, welche nur ein ARGE-Partner überwinden kann (z.B. notwendige Einrichtung im fraglichen Gebiet).

- Einladung im Rahmen eines Einladungsverfahrens, welche nur ein Unternehmen erhält.
- Risiken (insb. Kapazitätsrisiken), welche ein Unternehmen allein nicht tragen könnte.

Bleibt die *Anzahl Angebote gleich*, weil nur ein Unternehmen allein eine Offerte einreichen könnte, liegt grundsätzlich weder ein Minus noch ein Plus an Wettbewerb vor. Im Regelfall ist eine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ebenfalls zu verneinen.⁹⁸ Eine Ausnahme gilt dann, wenn die Offerte der ARGE/BIEGE im Vergleich zu jener, welche das Unternehmen allein eingereicht hätte, schlechter ist, mithin einen höheren Preis ausweist.⁹⁹

Sinkt die Anzahl Angebote, weil beide Unternehmen alleine eine Offerte einreichen könnten und würden, so liegt ein Minus an Wettbewerb vor, weshalb dem Grundsatz nach eine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen ist.¹⁰⁰ Hat ein Unternehmen nur deshalb eine ARGE gebildet, um ein alleiniges Angebot eines anderen Wettbewerbers verhindern und gemeinsam einen höheren Preis anbieten zu können, ist dies ohne weiteres einleuchtend, zumal die ARGE-Bildung nicht nur zu weniger Angeboten führt, sondern das ARGE-Angebot auch wirtschaftlich schlechter ist.¹⁰¹ Generell ist stets dann von einer Wettbewerbsabrede auszugehen, wenn eine ARGE dazu missbraucht wird, den Markt aufzuteilen.¹⁰² Im Einklang mit obigen Ausführungen zur Frage, ob prokompetitive Auswirkungen bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG zu berücksichtigen sind, wird in der Lehre aber teilweise die Ansicht vertreten, eine Abrede sei selbst im Fall einer Angebotsreduktion zumindest dann zu verneinen, wenn die Offerte der ARGE/BIEGE im Vergleich zu je-

91 RPW 1/2021, 117, Rz. 165 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 129 f. und KG 5 N 554.

92 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 130.

93 RPW 1/2021, 117, Rz. 168 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 142 ff.; P. L. KRAUSKOPF/O. SCHALLER, in: M. Amstutz/M. Reinert (Hg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, KG 5 N 3.

94 RPW 1/2021, 117, Rz. 167 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 137 ff.

95 RPW 2014/1, 1 ff., 5; RPW 2013/4, 528 f., Rz. 12 Fn. 15; RPW 1/2021, 118, Rz. 170 m.w.H.; REINERT (Fn. 15), 4; TSCHUDIN (Fn. 27), Rz. 41 f.; zur deutschen Praxis vgl. etwa KOENIG/KÜHLING/MÜLLER (Fn. 1), 128.

96 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 556 m.w.H.

97 RPW 1/2021, 129, Rz. 245 zweiter Punkt; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 556; BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 7; KOENIG/KÜHLING/MÜLLER (Fn. 1), 127; Präsentation von Bendicht Lüthi (wissenschaftlicher Mitarbeiter WEKO-Sekretariat) anlässlich der Veranstaltung ZHAW School of Management and Law «Corporate Governance und Compliance in der Baubranche» vom 10. Februar 2021, 11; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 206; REINERT (Fn. 15), 6; SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 17 f. zu den Ausführungen von F. Stüssi; STÜSSI (Fn. 14), 9.

98 RPW 1/2021, 118, Rz. 171 m.w.H.; KOENIG/KÜHLING/MÜLLER (Fn. 1), 135; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 206; so wohl auch BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 553 ff. e contrario.

99 RPW 1/2021, 118, Rz. 171 m.w.H.; KOENIG/KÜHLING/MÜLLER (Fn. 1), 136.

100 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 557; Fact Sheet WEKO-Sekretariat (Fn. 15), 2; REINERT (Fn. 15), 4; TSCHUDIN (Fn. 27), Rz. 43; RPW 1/2021, 118, Rz. 172 m.w.H.

101 RPW 1/2021, 129, Rz. 245 zweiter Punkt; LÜTHI (Fn. 97), 11; SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 17 f. zu den Ausführungen von F. Stüssi; STÜSSI (Fn. 14), 8 und 10.

102 REINERT (Fn. 15), 8; SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 13 zu den Ausführungen von R. Jacobs.

ner, welche die Unternehmen alleine eingereicht hätten, besser ist, mithin einen tieferen Preis ausweist.¹⁰³ Das WEKO-Sekretariat verneint eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in einer solchen Konstellation hingegen nur dann, wenn das ARGE/BIEGE-Angebot offenkundig bzw. *offensichtlich* besser ist, weil die Unternehmen bei alleiniger Ausführung beispielsweise – unter erheblichem Kostenaufwand – externes Personal oder Material beiziehen müssten.¹⁰⁴ Der Begriff der Offenkundigkeit bzw. Offensichtlichkeit ist schwammig und bringt kaum Rechtssicherheit. Sobald eine ARGE-Bildung antikompetitive und prokompetitive Auswirkungen zeitigt, welche gegeneinander abgewogen werden müssen, ist die entsprechende Prüfung nach der hier vertretenen Auffassung denn auch nicht im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG vorzunehmen (dazu nachfolgend).¹⁰⁵

Während gewisse der obenannten Gründe eindeutig als angebotserhöhend, -neutral oder -senkend eingestuft werden können, gibt es dazwischen einen grossen *Graubereich* bzw. Gründe, welche weniger klar zuordenbar sind. Genauer anzuschauen ist etwa das Argument der Referenzobjekte. Kann ein Unternehmen allein die verlangte Anzahl Referenzobjekte nicht vorweisen, ist die hierzu gebildete ARGE grundsätzlich unproblematisch, zumal sie sich angebotsneutral oder gar -erhöhend auswirkt. Verfügt es hingegen über die geforderte Anzahl Referenzprojekte und gründet die ARGE alleine mit dem Ziel, diese Anzahl weiter zu vergrössern, ist der Fall einer näheren Prüfung zu unterziehen.¹⁰⁶ Das gleiche gilt etwa, wenn die ARGE nur aus Reputationsgründen oder zum Zweck eines besseren Zugangs zu Ressourcen (z.B. Kieswerk) gebildet wird.¹⁰⁷ In Bezug auf Kapazitäts- und Risikoüberlegungen anerkennt das WEKO-Sekretariat zu Recht, dass die entsprechenden Geschäftsentscheide der Unternehmen auf unternehmerischen Überlegungen basieren. Sind diese aufgrund der konkreten Gegebenheiten wirtschaftlich zweckmässig und kaufmännisch vernünftig, werden sie von den Wettbewerbsbehörden nur mit grosser Zurückhaltung geprüft. Sprengen sie nicht geradezu den Rahmen des Vertretbaren, wird unterstellt, dass ein Unternehmen alleine keine Offerte eingereicht hätte, womit dem Grundsatz nach nicht von einer Wettbewerbsbeschränkung und damit -abrede auszugehen ist.¹⁰⁸ Dieser Ansatz ist zu begrüssen, zumal Unternehmen ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden werden muss, welcher sich der Überprüfung durch die Wettbewerbsbehörden entzieht.¹⁰⁹

Zu ergänzen ist schliesslich, dass zwar unter Umständen die Bildung der ARGE an sich nicht als Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist, allenfalls aber mit dieser im Zusammenhang stehende Nebenabreden oder Verhaltensweisen.¹¹⁰ Separat zu prüfen ist unter anderem der *Informationsaustausch*, welcher mit der ARGE-Bildung verbunden ist. Diesbezüglich ist die Frage zentral, ob sich der Austausch auf Informationen beschränkt, welche für die ARGE-Bildung respektive die entsprechenden Verhandlungen erforderlich sind, oder aber darüber hinausgeht. Im zweiten Fall muss der Informationsaustausch kartellrechtlich näher geprüft werden.¹¹¹

c) Rechtliche Würdigung in Sachen Dauer-ARGE Graubünden

Im Rahmen der Beurteilung des vorstehend dargelegten Sachverhalts stellte das WEKO-Sekretariat hinsichtlich *Fall 1* nach Betrachtung des allgemeinen Angebotsverhaltens fest, dass infolge der ARGE/BIEGE-Bildung die Anzahl Angebote generell sank, ohne dass die Offerte der ARGE/BIEGE offenkundig, d.h. ohne vertiefte Abklärungen, eindeutig besser war. Entsprechend bejahte es dem Grundsatz nach eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG.¹¹²

Hinsichtlich *Fall 2* differenzierte das WEKO-Sekretariat zwischen der Dauer-ARGE als solche, welche eine Art Rahmenvertrag darstellt, den gemeinsam offerierten Projekten sowie dem Informationsaustausch zwischen den beteiligten Unternehmen:

- In Bezug auf die *Dauer-ARGE* an sich stellte das Sekretariat fest, dass die Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen dadurch höchstens in vernachlässigbarem Umfang eingeschränkt wurde, zumal weder eine Exklusivität oder Bevorzugung noch konkrete Vorgaben in Bezug auf die gemeinsamen Offerten vereinbart wurden. Entsprechend verneinte es eine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG.¹¹³ Dies zu Recht: Allein die Tatsache, dass zwei Unternehmen bei gemeinsamen Offerten stets denselben Rahmenvertrag bzw. dasselbe «ARGE-Gefäss» nutzen, kann für sich allein keine Abrede darstellen, zumal dadurch der Wettbewerb nicht eingeschränkt wird, sondern im Gegenteil erheblicher Aufwand und Kosten eingespart werden können,¹¹⁴ was wiederum ein besseres Angebot und damit mehr Wettbewerbsdruck ermöglicht.
- In Bezug auf die *gemeinsam offerierten Projekte* betonte das WEKO-Sekretariat erneut, dass in Fall 2 jeweils bezüglich einzelner Projekte ARGE/BIEGE gebildet wurden, weshalb nicht – wie in Fall 1 – das Angebotsverhalten insgesamt, sondern das einzelprojektbezogene Angebotsverhalten relevant ist. Dieses Verhalten wurde jeweils von unternehmerischen Überlegungen im Einzelfall beeinflusst.

103 RPW 1/2021, 118, Rz. 173 m.w.H.; so REINERT (Fn. 15), 5; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 206; SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 20 zu den Ausführungen von M. Reinert; a.M. BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 557.

104 RPW 1/2021, 118, Rz. 173.

105 G.M. BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 557; vgl. auch RPW 1/2021, 118, Rz. 173; REINERT (Fn. 15), 5; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 206.

106 SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 18 zu den Ausführungen von F. Stüssi; TSCHUDIN (Fn. 27), Rz. 44.

107 STÜSSI (Fn. 14), 11.

108 RPW 1/2021, 129, Rz. 245 zweiter Punkt; LÜTHI (Fn. 97), 11; SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 17 zu den Ausführungen von F. Stüssi.

109 REINERT (Fn. 15), 6 ff.; SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 21 zu den Ausführungen von M. Reinert.

110 KOENIG/KÜHLING/MÜLLER (Fn. 1), 129.

111 RPW 1/2021, 129, Rz. 245 fünfter Punkt; BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 14 m.w.H.

112 RPW 1/2021, 118 f., Rz. 174.

113 RPW 1/2021, 125, Rz. 218.

114 So können etwa die gleichen Konti, Mehrwertsteuernummer, Haftpflichtversicherung und internen Kostenstellen verwendet und dadurch administrativer, zeitlicher und finanzieller Aufwand gespart werden (RPW 1/2021, 106, Rz. 104).

Diesbezüglich hielt das Sekretariat zu Recht fest, dass es nicht einfach nur einen richtigen Geschäftsentscheid gibt. Solange der Entscheid für oder gegen eine ARGE-Bildung wirtschaftlich zweckmässig und kaufmännisch vernünftig, mithin vertretbar erscheint, ist er zu respektieren.¹¹⁵ Das Sekretariat kam zudem zum Schluss, in Bezug auf Fall 2 gäbe es keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass sich die Anzahl Angebote infolge der ARGE/BIEGE-Bildung reduziert hätten. Ob die Anzahl Angebote gleich geblieben oder gar gestiegen ist, wurde ferner nicht näher analysiert, zumal selbst bei gleich bleibender Anzahl nicht von einer Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen werden konnte. Entsprechend verneinte das Sekretariat auch diesbezüglich eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG.¹¹⁶

- Das Sekretariat hielt in Bezug auf Fall 2 schliesslich fest, dass es zwischen den Unternehmen vor Bildung einer ARGE/BIEGE wie auch in Fällen, in denen eine solche geprüft, aber verworfen wurde, zwangsweise zu einem *Informationsaustausch* gekommen ist, wobei es sich bei diesen Informationen auch etwa um Geschäftsgeheimnisse handelte. Diesbezüglich betonte es jedoch, dass mit einem Informationsaustausch weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt noch bewirkt wird, wenn sich der Austausch auf das Notwendige beschränkt. Kartellrechtlich zu beanstanden ist er nur, wenn der über das Erforderliche hinausgeht, weil auch etwa über das Offertverhalten bei anderen Projekten oder die generelle Geschäftsstrategie gesprochen wird. Entsprechende hinreichend konkrete Anhaltspunkte lagen in Bezug auf Fall 2 indes nicht vor, weshalb das WEKO-Sekretariat auch in Bezug auf den Informationsaustausch eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG verneinte.¹¹⁷

Zumal das WEKO-Sekretariat lediglich in Bezug auf Fall 1, nicht aber in Bezug auf Fall 2 dem Grundsatz nach eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bejahte, hatte es in der Folge nur in Bezug auf Fall 1 zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG (un)zulässig war.

5. (Un)Zulässigkeit der ARGE gemäss Art. 5 KG

a) Unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG

Nur, wenn eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG bejaht wird, muss in einem zweiten Schritt deren kartellrechtliche Zulässigkeit gemäss Art. 5 KG geprüft werden.¹¹⁸ Von Unzulässigkeit ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG in zwei Konstellationen auszugehen:¹¹⁹

- Zum einen sind Wettbewerbsabreden unzulässig, wenn sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Dies wird bei den Tatbeständen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vermutet.
- Zum andern sind Wettbewerbsabreden unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, wobei sich Art. 5 Abs. 2 KG näher zu diesen Effizienzgründen äussert.

b) ARGE als harte horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

In Bezug auf Fall 1 stellte das WEKO-Sekretariat als erstes fest, dass die ARGE-Partner für die Eingabe einer Offerte zwangsweise den Preis gemeinsam festlegen mussten. Zudem einigten sie sich nach erfolgtem Zuschlag in mehr als einem Drittel der Fälle, dass das Projekt von einem Partner allein ausgeführt wird. Mit anderen Worten wurden die gemeinsam offerierten und akquirierten Projekte nach erfolgtem Zuschlag in Bezug auf die Projektausführung untereinander aufgeteilt. Entsprechend bejahte das Sekretariat sowohl den *Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG* (Abreden über die Festsetzung von Preisen) wie auch jenen von *Art. 5 Abs. 3 lit. b KG* (Abreden über die Aufteilung von Märkten) und stellte fest, dass gemäss Gesetz eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu vermuten ist.¹²⁰ Diese Feststellung ist wenig überraschend: Wird gemäss vorstehenden Ausführungen eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bejaht, ist dem Grundsatz nach auch der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt, zumal typischerweise bzw. zwangsweise mindestens eine Preisabrede vorliegt.¹²¹

Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann indes umgestossen werden. Als zweites prüfte das Sekretariat entsprechend, ob die *Vermutungsfolge widerlegt* werden kann. Hierzu grenzte es in einem ersten Schritt den relevanten Markt ab und beurteilte in einem zweiten Schritt die Wettbewerbssituation auf diesem Markt, wobei es zwischen Innenwettbewerb (Wettbewerb zwischen den ARGE-Partnern) und Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch andere Unternehmen) unterschied. Es kam zum Schluss, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht Strassenbauarbeiten mit Ausführungsstandort im Bezirk 4 und in räumlicher Hinsicht dem Grundsatz nach das Engadin (Bezirke 3 und 4) umfasst.¹²² Innenwettbewerb bejahte es nur bei Projekten, welche nicht vom Tätigkeitsbereich der ARGE erfasst werden, und bezweifelte, dass dieser ausreicht, um die Vermutungsfolge zu widerlegen.¹²³ Abschliessend musste dies aber nicht beurteilt werden, zumal es ausreichenden Aussenwettbewerb bejahte: Im relevanten Markt ist nämlich mindestens ein Unternehmen tätig, welches bei offenen Ausschreibungen stets konkurrenzfähige Offerten eingibt. Auch weitere Unternehmen beteiligen sich vereinzelt an Submissionen. Der entsprechende Wettbewerbsdruck ist

115 RPW 1/2021, 126, Rz. 224; so auch SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 21 zu den Ausführungen von M. Reinert; vgl. auch KOENIG/KÜHLING/MÜLLER (Fn. 1), 131.

116 RPW 1/2021, 126, Rz. 225.

117 RPW 1/2021, 127, Rz. 231 ff.; vgl. hierzu auch etwa BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 14.

118 RPW 1/2021, 129, Rz. 245 vierter Punkt.

119 RPW 1/2021, 115, Rz. 152.

120 RPW 1/2021, 119 und 129, Rz. 178 und Rz. 245 vierter Punkt; vgl. auch STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 206.

121 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 558; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 206; TSCHUDIN (Fn. 27), Rz. 43; hierzu auch etwa KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn. 93), KG 5 N 369 ff.

122 RPW 1/2021, 119 f., Rz. 180 ff.

123 RPW 1/2021, 120, Rz. 184.

derart gross, dass das WEKO-Sekretariat zu Recht annahm, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung werde aufgrund des verbleibenden Aussenwettbewerbs widerlegt.¹²⁴

c) ARGE als erhebliche Wettbewerbsabrede

Wie zuvor ausgeführt wurde, sind nicht nur Wettbewerbsabreden unzulässig, wenn sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sondern auch, wenn sie den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Das WEKO-Sekretariat beurteilte entsprechend als drittes, ob die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb *erheblich beeinträchtigt*. Für die Annahme einer Erheblichkeit genügt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits ein geringes Mass – das Kriterium ist eine Bagatellklausel.¹²⁵ Sie kann quantitativ wie auch qualitativ bestimmt werden, wobei ein Element genügt.¹²⁶ Wo möglich wird seitens der Behörden und Gerichte qualitativen Elementen, die sich bereits aus dem Gesetzestext ergeben, der Vorzug gegeben. Dies ist wenig erstaunlich, zumal quantitative Elemente regelmässig nur mit viel Aufwand, mithin ökonomischen Analysen, feststellbar sind.¹²⁷ Auf qualitative Kriterien abzustellen dient entsprechend der Entlastung der Verwaltung und soll die Kontrolle von Wettbewerbsabreden erleichtern.¹²⁸ Im *Gaba-Leitentscheid* kam das Bundesgericht denn auch «zum Schluss, dass die in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten [...] Abreden in der Regel die Erheblichkeitsschwelle erreichen»,¹²⁹ zumal diese notwendigerweise besonders schädlich sind und «zu einer erheblichen Beeinträchtigung führen können».¹³⁰ Deren Auswirkungen müssten demnach grundsätzlich nicht näher geprüft werden. Bereits im *Gaba-Leitentscheid* hat das Bundesgericht indes darauf hingewiesen, dass aufgrund dieser Annahme eine «Einzelfallbeurteilung nicht verunmöglicht» werde. Eine solche bleibt nämlich im Rahmen der Effizienzprüfung möglich, wobei auch geprüft werden kann, ob die grundsätzlich schädliche Abrede im Ergebnis wettbewerbsintensivierende und damit positive Wirkungen hat.¹³¹ Aufgrund der *Gaba-Rechtsprechung* hätte sich das WEKO-Sekretariat im vorliegend diskutierten Fall damit begnügen können, festzustellen, dass die ARGE grundsätzlich Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt und damit per se erheblich ist. Es hat aber zu Recht darauf hingewiesen, dass aufgrund der vom Bundesgericht gewählten Worte («in der Regel», «können», «grundsätzlich») nicht von einem Automatismus ausgegangen werden darf.¹³² Damit stützt es die (nach der hier vertretenen Auffassung) richtige Ansicht von HEINEMANN, wonach nicht von einer «per se-Erheblichkeit», sondern nur (aber immerhin) von einer «grundsätzlichen Erheblichkeit» auszugehen ist,¹³³ wobei sich dieser Grundsatz regelmässig nur dann rechtfertigt, wenn aufgrund der Abrede selbst eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung erkennbar ist, was typischerweise bei Kernbeschränkungen bejaht werden kann.¹³⁴ Insbesondere bei komplexen Verhältnissen oder etwa Einkaufsgemeinschaften, welche nicht grundsätzlich schädlich er-

scheinen, muss das Kriterium der Erheblichkeit dagegen genauer angeschaut werden.¹³⁵ Ebenso ist auch das WEKO-Sekretariat vorgegangen: Es hat noch einmal betont, dass ARGE nach einhelliger Lehrmeinung regelmässig prokompetitive, mithin wettbewerbsintensivierende und damit positive Wirkungen haben,¹³⁶ was darauf hinweist, dass ARGE keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung immanent ist. Ob deshalb bei ARGE, welche gemäss Art. 4 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsabrede darstellen, trotz Erfüllung von Art. 5 Abs. 3 KG eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit gemacht werden soll oder ob die prokompetitiven Wirkungen nur bzw. bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG geprüft werden, hat das WEKO-Sekretariat jedoch offen gelassen und festgestellt, im zu beurteilenden Fall liege auch bei näherer Betrachtung Erheblichkeit vor: Es handle sich um eine Dauer-ARGE, welche eine unbestimmte Anzahl von Projekten betreffe. Zudem habe die ARGE (teilweise) die Anzahl Angebote reduziert und rund ein Drittel der gemeinsamen Projekte habe nur ein ARGE-Partner allein ausgeführt. Ein Bagatellfall liege damit nicht vor, vielmehr sei Erheblichkeit dem Grundsatz nach zu bejahen.¹³⁷

d) Rechtfertigung der ARGE aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG

Selbst wenn eine ARGE als erhebliche Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG qualifiziert wird, ist sie nur dann unzulässig, wenn sie nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann, wobei auch etwa ein besseres Preis-/Leistungsverhältnis der gemeinsamen Offerte oder Kapazitäts- und Risikoüberlegungen berücksichtigt werden können.¹³⁸ Das WEKO-Sekretariat prüfte demnach in einem letzten Schritt, ob eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu bejahen ist. Diese setzt kumulativ dreierlei voraus:¹³⁹

124 RPW 1/2021, 120, Rz. 185.

125 BGE 143 II 297 ff. E. 5.1.6.

126 BGE 143 II 297 ff. E. 5.2.2.

127 Vgl. hierzu BGE 143 II 297 ff. E. 5.2.1.

128 BGE 143 II 297 ff. E. 5.2.4; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995, 468 ff., 564.

129 BGE 143 II 297 ff. E. 5.2.5.

130 BGE 143 II 297 ff. E. 5.2.4; bestätigt in BGE 144 II 194 ff. E. 4.4.1.

131 BGE 143 II 297 ff. E. 5.3.2.

132 RPW 1/2021, 121, Rz. 189.

133 A. HEINEMANN, Das *Gaba-Urteil* des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I, 109, insb. Fn 39.

134 HEINEMANN (Fn. 133), 110 m.w.H.

135 HEINEMANN (Fn. 133), 110 m.w.H.

136 RPW 1/2021, 121, Rz. 189 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 549; BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 68; Fact Sheet WEKO-Sekretariat (Fn. 15), 1; HEINEMANN/STÜSSI (Fn. 1), 645; TSCHUDIN (Fn. 27), 224; RPW 2014/1, 1 ff., 5; RPW 1/2021, 114 f., Rz. 151 m.w.H.

137 RPW 1/2021, 121, Rz. 189.

138 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 559.

139 BGE 144 II 246 ff. E. 13 m.w.H.; 143 II 297 ff. E. 7.1; 129 II 18 ff. E. 10.3; RPW 1/2021, 121, Rz. 191; KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn. 93), KG 5 N 300.

- Die Abrede muss notwendig sein,
- um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen, und
- darf den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Die erstgenannte Voraussetzung der Notwendigkeit entspricht dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Mit anderen Worten muss eine Abrede geeignet, erforderlich und zumutbar sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen, wobei die Zumutbarkeit verlangt, dass der Wettbewerb mit Blick auf das angestrebte Ziel nicht übermässig eingeschränkt wird.¹⁴⁰ Die zweitgenannten Effizienzgründe müssen nicht kumulativ, sondern alternativ vorliegen. Es handelt sich zwar um eine abschliessende Aufzählung, was aber keine Einschränkung darstellt, zumal die (unbestimmten) Begriffe weit auszulegen sind.¹⁴¹ Die drittgenannte Voraussetzung ist grundsätzlich gleich zu verstehen wie im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 sowie 3 und 4 KG. Allerdings reicht bei Art. 5 Abs. 2 KG nach Ansicht des WEKO-Sekretariats die blosse (realistische) Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb aktuell oder in Zukunft zu beseitigen.¹⁴²

Das WEKO-Sekretariat weist diesbezüglich noch einmal auf den Zusammenhang zwischen Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 KG hin, zumal bei beiden eine Stärkung des wirksamen Wettbewerbs berücksichtigt werden kann: Seiner Ansicht nach ist selbst eine ARGE, welche zu einer Reduktion der Anzahl Angebote führt, nicht zwingend als Abrede zu qualifizieren. Dies nämlich dann nicht, wenn das gemeinsame Angebot *offensichtlich* wirtschaftlich vorteilhafter ist als die einzelnen Angebote der beteiligten Unternehmen. Ist dies allerdings nicht offensichtlich, muss – wie vorliegend – im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG geprüft werden, ob das Angebot der ARGE wirtschaftlich besser ist.¹⁴³

Im vorliegenden Fall führte die ARGE vor allem zu Risikoreduktionen. Nach Ansicht des WEKO-Sekretariats ist die Reduktion des Risikos von «zu wenigen» Aufträgen kein Effizienzgrund, zumal dies ein typischer Vorteil ist, welcher mit der Aufteilung von Kunden einhergeht, volkswirtschaftlich aber nicht zu einer Effizienzsteigerung führt.¹⁴⁴ Anders beurteilte es die Reduktion des Risikos von «zu vielen» Aufträgen, welches in casu deutlich grösser und die nachteiligen Folgen bei dessen Eintreten deutlich schwerwiegender sind als in anderen Regionen: Aufgrund ihrer Zusammenarbeit im Rahmen der ARGE können die beteiligten Unternehmen bei der Offerteingabe einen kleineren Risikozuschlag einkalkulieren. Dadurch gewinnen sie mehr Projekte und können ihre Kapazitäten besser auslasten, womit schliesslich die Herstellungskosten und damit generell auch die Preise für die Nachfrager gesenkt werden. Damit bejahte das WEKO-Sekretariat einen Effizienzgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG und damit die obgenannte zweite Voraussetzung.

In Bezug auf die erste Voraussetzung der Notwendigkeit hielt das WEKO-Sekretariat fest, die ARGE sei grund-

sätzlich geeignet, um das Effizienzziel zu erreichen. Ob sie auch erforderlich und zumutbar ist, beurteilte es indes nicht abschliessend, sondern hielt fest, es erscheine wünschenswert, wenn die Unternehmen in jedem Einzelfall die Risiken der Ausschreibungen genau bewerten und so das Ausmass der Zusammenarbeit fortlaufend optimieren. Ob es sich dabei um einen blossen Wunsch oder eine dringende Empfehlung handelt, geht aus dem Schlussbericht nicht klar hervor. Immerhin relativierte die Wettbewerbsbehörde selbst, indem sie festhielt, dass es für die beteiligten Unternehmen in der Praxis höchstens annäherungsweise und mit sehr grossem Aufwand möglich sein dürfte, in jedem Einzelfall minutiös und zeitgerecht so vorzugehen.¹⁴⁵ Zudem wies sie korrekt darauf hin, dass ein solches Vorgehen mit einem stetigen – für sich selbst heiklen – Informationsaustausch verbunden wäre, weshalb es grundsätzlich zu bevorzugen ist, den Tätigkeitsbereich der ARGE generell-abstrakt zu umschreiben.¹⁴⁶ In diesem Punkt erscheint der sonst hinsichtlich vieler Aspekte klare, mithin Rechtssicherheit verschaffende Schlussbericht des Sekretariats schwammig. Offenbar ist sich das Sekretariat selbst nicht im Klaren, was seines Erachtens wünschenswerter ist: Eine möglichst weitgehende Unterbindung von Informationsaustausch oder Transparenz hinsichtlich der Gründe, welche zur ARGE-Bildung führen. In casu hat es erstgenanntes schwerer gewichtet, was aber nicht bedeutet, dass es dies in künftigen Fällen gleich beurteilen wird. Unternehmen, welche eine ARGE-Bildung beabsichtigen, ist entsprechend zu empfehlen, Informationsaustausch auf das absolut Wesentliche bzw. Notwendige zu beschränken und zudem je *einzel*n immerhin summarisch zu dokumentieren, welche Gründe im konkreten Fall für die Bildung einer ARGE sprechen. Eine entsprechende Dokumentation, welche sinnigerweise in Form eines einfachen Prüfschemas bzw. Kurzprotokolls institutionalisiert wird, dient nicht nur dazu, die Notwendigkeit der ARGE-Bildung jeweils im Einzelfall kritisch zu hinterfragen, sondern schafft auch gegenüber den Wettbewerbsbehörden die notwendige Transparenz (und damit Rechtfertigungsmöglichkeiten), sollten diese dereinst eine Vorabklärung oder gar Untersuchung eröffnen.

Was die dritte Voraussetzung betrifft, stellte das WEKO-Sekretariat in casu fest, zumindest in offenen Verfahren bestehe aufgrund der starken Konkurrenz ein grosser Wett-

140 BBl 1995, 560; BGE 143 II 297 ff. E. 7.1; 129 II 18 ff. E. 10.4; RPW 1/2021, 122, Rz. 192; KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn. 93), KG 5 N 332 ff., wobei sie in N 350 zu stark pauschalisieren, wenn sie davon ausgehen, eine ARGE könne mangels Erforderlichkeit nicht gerechtfertigt werden, wenn die daran beteiligten Partnern in der Lage wären, das Projekt auch allein auszuführen.

141 BGE 144 II 246 ff. E. 13.2; 143 II 297 ff. E. 7.1; 129 II 18 ff. E. 10.3; RPW 1/2021, 122, Rz. 193; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 284; KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn. 93), KG 5 N 301 ff.; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 206 f.; je m.w.H.

142 BGE 129 II 18 ff. E. 10.4; RPW 1/2021, 122, Rz. 194; m.w.H.

143 RPW 1/2021, 122, Rz. 195.

144 RPW 1/2021, 122, Rz. 197.

145 RPW 1/2021, 123, Rz. 200.

146 RPW 1/2021, 123, Rz. 201.

bewerbsdruck, weshalb nicht die Möglichkeit bestehe, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.¹⁴⁷

e) Anregung in Bezug auf die Zweier-ARGE im Bezirk 4 (Scuol)

Aufgrund des vorgenannten Zielkonflikts (Transparenz hinsichtlich Gründen für ARGE-Bildung versus Reduktion Informationsaustausch) sowie angesichts der Tatsache, dass die Unternehmen im Rahmen der Vorabklärung mit dem Sekretariat vollumfänglich kooperierten und wertvolle Inputs in die Diskussion einbrachten, entschied sich das WEKO-Sekretariat in Bezug auf Fall 1, im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG Massnahmen anzuregen und bei Einhaltung der Anregung auf die Eröffnung einer Untersuchung zu verzichten.¹⁴⁸ Die Anregung beinhaltete was folgt:¹⁴⁹

- Im offenen oder selektiven Verfahren ausgeschriebene Projekte des Kantons im Bezirk 4: Grundsätzlich gemeinsame Offerten als ARGE.
- Alle übrigen Projekte im Bezirk 4 (insb. solche von Gemeinden und privaten): Grundsätzlich keine gemeinsamen Offerten als ARGE. Ausnahmen:
 - o Eines oder beide Unternehmen erfüllt/erfüllen offensichtlich¹⁵⁰ nicht alle Eignungskriterien.
 - o Einem oder beiden Unternehmen ist es objektiv offensichtlich unmöglich, das Projekt allein auszuführen.

V. Schlussbetrachtung und Praxistipps

1. Erste vertiefte Auseinandersetzung mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit von ARGE – auf Kosten zweier Unternehmen

Die Wettbewerbsbehörden haben den vorliegend diskutierten Fall zum Anlass genommen, sich generell und vertieft mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit von ARGE zu befassen. Grundsätzlich ist diese Auseinandersetzung begrüssenswert, sind doch – wie zuvor aufgezeigt wurde – diesbezüglich in der Vergangenheit diverse Unsicherheiten aufgetreten. Zum einen lässt der Schlussbericht aber leider einige zentrale Fragen offen. So beantwortet er unter anderem nicht abschliessend, ob bei ARGE, welche gemäss Art. 4 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsabrede darstellen, aber (auch) positive Wirkungen auf den Wettbewerb zeitigen, trotz Erfüllung von Art. 5 Abs. 3 KG eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit (gemäss Gaba-Rechtsprechung) gemacht werden soll oder ob die prokompetitiven Wirkungen nur bzw. bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG geprüft werden. Zum andern war die Vorabklärung mit nicht unerheblichem Aufwand verbunden. Und zwar sowohl seitens der Unternehmen, welche zahlreiche Stunden aufwendeten, um die gewünschten Informationen zusammenzutragen, und zudem die eigenen Anwälte bezahlen mussten, wie auch seitens des WEKO-Sekretariats, dessen aufgewendete verrechenbare Zeit insgesamt rund 780 Stunden betrug. Zumal Vorabklärungen grundsätzlich gebührenpflichtig sind,¹⁵¹ verrechnete das WEKO-Sekretariat seinen Aufwand mit einem Stundenansatz

von CHF 200.00 bzw. CHF 290.00 und verteilte die resultierenden Verfahrenskosten von CHF 159 000.00 zu zwei Teilen (d.h. CHF 106 000.00) auf (den aufwändigeren) Fall 1 sowie zu einem Teil (d.h. CHF 53 000.00) auf (den weniger aufwändigen) Fall 2. In Bezug auf Fall 2 verzichtete es auf eine Kostenauflegung, zumal keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorlagen. In Bezug auf Fall 1 vertrat es indes die Ansicht, die Zusammenarbeit sei kartellrechtlich grundsätzlich zulässig, allerdings sei eine Empfehlung in Bezug auf deren Ausmass angezeigt gewesen, weshalb die Unternehmen als zur Hälfte unterliegend anzusehen seien. Entsprechend auferlegte es ihnen die Hälfte der Verfahrenskosten, insgesamt CHF 53 000.00 bzw. je CHF 26 500.00.¹⁵² Aus rechtlicher Sicht mag dies überzeugen. Dennoch erscheint es stossend, wenn das WEKO-Sekretariat im Interesse einer ganzen Branche eine Thematik grundsätzlich aufarbeitet, vertieft analysiert und dafür am Schluss nur zwei Unternehmen zur Kasse bittet.

2. Wesentliche Erkenntnisse des Schlussberichts

Der Schlussbericht des WEKO-Sekretariats in Sachen «Dauer-ARGE Graubünden» (22-0499) beinhaltet in einigen (wenigen) Punkten durchaus bemerkenswerte Erkenntnisse:

- Selbst wenn die ARGE-Bildung zu einer Reduktion der Angebote führt, handelt es sich nach Ansicht des WEKO-Sekretariats in Ausnahmefällen nicht um eine Abrede; dies nämlich dann nicht, wenn das ARGE-Angebot *offensichtlich* besser ist als die alleinigen Angebote der Unternehmen.
- Das WEKO-Sekretariat stellt klar, dass aus der Gaba-Rechtsprechung bei Erfüllung des Tatbestands von Art. 5 Abs. 3 KG nicht von einer per se- sondern bloss von einer grundsätzlichen Erheblichkeit auszugehen ist, wobei es vorliegend offenlässt, ob vom Grundsatz der Erheblichkeit eine Ausnahme gemacht werden kann.
- Soweit ersichtlich handelt es sich schliesslich um den ersten oder einer der ersten Fälle, in denen das WEKO-Sekretariat am Ende seiner Analyse Art. 5 Abs. 2 KG geprüft und eine Rechtfertigung bejaht hat.

Im Übrigen hält der Schlussbericht zur Hauptsache lediglich bereits Bekanntes und Anerkanntes fest. Insbesondere die wesentlichste Erkenntnis aus dem Schlussbericht in Sachen «Dauer-ARGE Graubünden» (22-0499) ist nicht neu. Wie Vertreter der Wettbewerbsbehörden, allen voran Frank Stüssi, seit Jahren mantrahaft wiederholen, gilt nach wie vor: «ARGE sind in aller Regel zulässig (...)!»¹⁵³ In den

¹⁴⁷ RPW 1/2021, 123 f., Rz. 202.

¹⁴⁸ RPW 1/2021, 124, Rz. 203.

¹⁴⁹ RPW 1/2021, 124, Rz. 204 ff.

¹⁵⁰ Oder in den Worten des WEKO-Sekretariats: Wenn «ein aussenstehender Branchenkenner dies ohne Abklärungen (also insbesondere ohne bei den Unternehmen nachzufragen) weiss», RPW 1/2021, 124, Rz. 204.

¹⁵¹ Art. 26 KG.

¹⁵² RPW 1/2021, 130 f., Rz. 248 ff., insb. 253.

¹⁵³ Stüssi (Fn. 14), 1 ff.; Fact Sheet WEKO-Sekretariat (Fn. 15); vgl. auch HEINEMANN/STÜSSI (Fn. 1), 645 m.w.H.; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 205 ff.

meisten Fällen wird die kartellrechtliche Prüfung einer ARGE bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG beendet werden können, erfüllen sie den Tatbestand doch in aller Regel nicht.¹⁵⁴ Denn mit ARGE können zwar sowohl positive wie auch negative Wirkungen auf den Wettbewerb verbunden sein. In aller Regel führen sie aber weder zu einer Beschränkung noch Beeinträchtigung des Wettbewerbs, sondern wirken sich im Gegenteil prokompetitiv aus. Oder mit anderen Worten: ARGE erfüllen in der Regel das dritte Tatbestandsmerkmal nicht und gelten damit von vornherein nicht als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG, weshalb Art. 5 KG gar nicht geprüft werden muss.¹⁵⁵ Dies gilt insbesondere in Bezug auf einzelfallbezogene ARGE,¹⁵⁶ regelmässig aber auch für längerfristige Kooperationen.¹⁵⁷ Von jeder Regel gibt es jedoch Ausnahmen, welche zu nachfolgenden Praxistipps verleiten:

3. Praxistipps

Aufgrund der Tatsache, dass ARGE vermehrt im Fokus der Wettbewerbsbehörden stehen (wenn auch nicht strenger beurteilt werden!), sollten sich alle Unternehmen, welche sich zeitweise oder regelmässig an ARGE beteiligen, die Zeit nehmen und ihre ARGE anhand folgender zentraler Frage prüfen: Aus welchen Gründen soll eine ARGE gebildet werden?¹⁵⁸ Sind diese Gründe plausibel, also etwa branchenüblich oder immerhin mit Blick auf den konkreten Sachverhalt nachvollziehbar, dürfte die ARGE auch aus rechtlicher Sicht regelmässig als zulässig beurteilt werden.¹⁵⁹ Dabei muss grundsätzlich jeder ARGE-Partner nur die eigene Motivation einer Prüfung unterziehen. Etwas anderes gilt höchstens dann, wenn die ARGE zur Angebotsreduktion führt und die Motivation des ARGE-Partners offensichtlich unzulässig ist.¹⁶⁰

Zumal das WEKO-Sekretariat in gewissen Konstellationen vertiefere Abklärungen als notwendig erachtet,¹⁶¹ sollten bei Unternehmen insbesondere in folgenden Fällen «die Alarmglocken läuten» und die Zusammenarbeit im Rahmen der ARGE genauer angeschaut und mit einem Juristen diskutiert werden (wobei einzelne Aspekte, insbesondere eine regelmässige Zusammenarbeit, nicht per se problematisch sind bzw. zur Unzulässigkeit der ARGE führen):

- Es werden regelmässig mit dem gleichen Partner ARGE-Angebote eingereicht.
- Durch die ARGE akquirierte Projekte werden von einem ARGE-Partner allein ausgeführt (insbesondere, wenn dies mehrmals geschieht).
- Der ARGE-Partner wäre einziger (oder zumindest stärkster) Konkurrent bei dem Projekt.
- Es werden zwischen den (potentiellen) ARGE-Partnern mehr Informationen ausgetauscht, als für die ARGE-Bildung (und die entsprechenden Verhandlungen) notwendig wäre.

In Anlehnung an das WEKO-Sekretariat wird Unternehmen in der Baubranche im Rahmen der Compliance zudem folgendes Vorgehen empfohlen:¹⁶²

- Die Mitarbeiter regelmässig über zulässige/unzulässige Gründe für ARGE-Bildung aufklären.

- Entscheide für bzw. gegen eine ARGE-Bildung je einzeln summarisch dokumentieren.¹⁶³ Eine entsprechende Dokumentation, welche sinnigerweise in Form eines einfachen Prüfschemas bzw. Kurzprotokolls institutionalisiert wird, dient nicht nur dazu, die Notwendigkeit der ARGE-Bildung jeweils im Einzelfall kritisch zu hinterfragen, sondern schafft auch gegenüber den Wettbewerbsbehörden die notwendige Transparenz (und damit Rechtfertigungsmöglichkeiten), sollten diese dereinst eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnen.
- Allenfalls Einführung eines Vieraugenprinzips: Die Überlegungen, welche für bzw. gegen eine ARGE-Bildung sprechen, werden von einer zweiten Person geprüft.
- Informationsaustausch mit den (potentiellen) ARGE-Partnern auf das absolut Notwendige beschränken.
- Allenfalls abstrakte Kriterien festlegen, in welchen Fällen eine ARGE-Bildung geprüft wird (um den Informationsaustausch mit dem potentiellen ARGE-Partner zu verringern). Diesbezüglich muss nach dem Gesagten aber im Einzelfall analysiert werden, ob eine möglichst weitgehende Unterbindung von Informationsaustausch oder aber Transparenz hinsichtlich der Gründe, welche zur ARGE-Bildung führen, wünschenswerter ist.

Dieses Vorgehen bzw. diese Empfehlung darf die Wettbewerbsbehörden aber natürlich nicht dazu verleiten, von den Unternehmen zu verlangen, dass vor einer ARGE-Bildung stets die entsprechende Motivation überprüft und allenfalls rechtliche Abklärungen vorgenommen werden. Ein entsprechendes Vorgehen wäre in der Praxis insbesondere angesichts der kurzen Eingabefristen sowie der hohen Anzahl an Ausschreibungen bei regelmässig kleiner Erfolgsquote schlicht nicht umsetzbar. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten der Unternehmen dürfen nicht zu hoch angesetzt, insbesondere darf nicht von einer Dokumentationspflicht ausgegangen werden. Für eine solche existiert keine rechtliche Grundlage. Im Gegenteil: Es sind die Wettbewerbsbehörden, welche die Beweislast tragen und den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären haben.¹⁶⁴

154 RPW 1/2021, 129, Rz. 245 dritter Punkt; HEINEMANN/STÜSSI (Fn. 1), 645 m.w.H.; SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 17 zu den Ausführungen von F. Stüssi; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 205 f.

155 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 5 N 549; BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 68; Fact Sheet WEKO-Sekretariat (Fn. 15), 1; HEINEMANN/STÜSSI (Fn. 1), 645; STÜSSI (Fn. 14), 8; STÜSSI/LÜTHI (Fn. 1), 205 ff.; TSCHUDIN (Fn. 27), 224; RPW 2014/1, 1 ff., 5; RPW 1/2021, 114 f. und 129, Rz. 151 m.w.H., 159 und 245 erster Punkt.

156 LÜTHI (Fn. 97), 13.

157 KOENIG/KÜHLING/MÜLLER (Fn. 1), 133.

158 LÜTHI (Fn. 97), 13; vgl. auch BÖNI/WASSMER (Fn. 1), Rz. 8.

159 SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 19 zu den Ausführungen von F. Stüssi und Rz. 21 zu den Ausführungen von M. Reinert; STÜSSI (Fn. 14), 12.

160 REINERT (Fn. 15), 10.

161 LÜTHI (Fn. 97), 14.

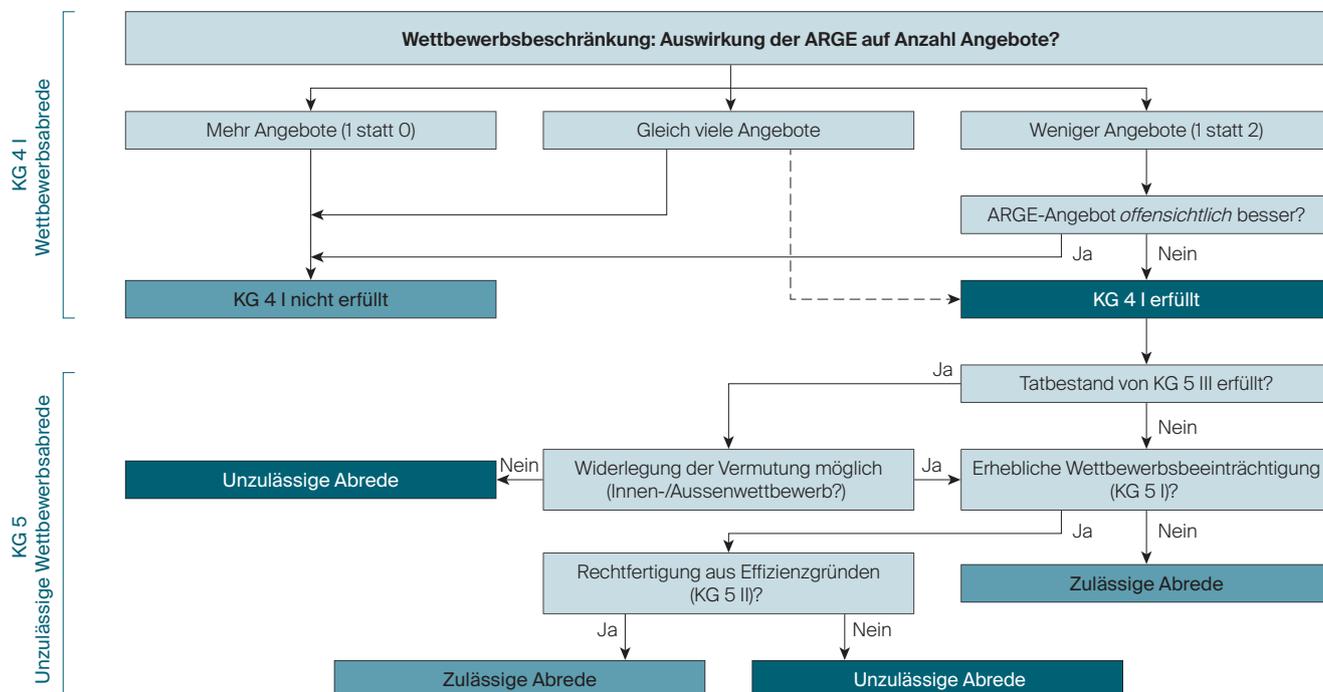
162 LÜTHI (Fn. 97), 14.

163 Hierzu auch TSCHUDIN (Fn. 27), Rz. 46.

164 Fact Sheet WEKO-Sekretariat (Fn. 15), 1; REINERT (Fn. 15), 11 f.; SCHÄKE (Fn. 15), Rz. 22 zu den Ausführungen von M. Reinert; vgl. Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

4. Prüfschema

In Anlehnung an das WEKO-Sekretariat kann das Vorgehen bei der kartellrechtlichen Überprüfung einer ARGE wie folgt zusammengefasst werden:¹⁶⁵



Zusammenfassung

Der vorstehend diskutierte Schlussbericht des WEKO-Sekretariats hält zur Hauptsache lediglich bereits Bekanntes und Anerkanntes fest: ARGE sind in aller Regel zulässig. In den meisten Fällen wird die kartellrechtliche Prüfung einer ARGE bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG beendet werden können, erfüllen sie den Tatbestand doch in aller Regel nicht. Denn mit ARGE können zwar sowohl positive wie auch negative Wirkungen auf den Wettbewerb verbunden sein. In aller Regel führen sie aber weder zu einer Beschränkung noch Beeinträchtigung des Wettbewerbs, sondern wirken sich im Gegenteil prokompetitiv aus. Für die Wettbewerbsbehörden ist im Rahmen der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG die Frage zentral, ob infolge der ARGE-Bildung bei einer Ausschreibung mehr, gleich viele oder weniger Angebote eingereicht werden. Diese Frage wird in erster Linie anhand der Gründe beurteilt, welche zur ARGE-Bildung geführt haben. Diesbezüglich anerkennt das WEKO-Sekretariat, dass die entsprechenden Geschäftsentscheide der Unternehmen auf unternehmerischen Überlegungen basieren. Sind diese aufgrund der konkreten Gegebenheiten wirtschaftlich zweckmässig und kaufmännisch vernünftig, werden sie von den Wettbewerbsbehörden nur mit grosser Zurückhaltung geprüft.

Nur, wenn ausnahmsweise eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, muss in der Folge deren kartellrechtliche Zulässigkeit gemäss Art. 5 KG geprüft werden. Da

Résumé

Le rapport final précité du Secrétariat de la COMCO se contente dans son essence d'énoncer ce qui est déjà connu et admis: les consortiums sont généralement autorisés. Dans la plupart des cas, l'évaluation d'un consortium au regard du droit des cartels se termine dans le cadre de l'examen de l'art. 4 al. 1 Lcart, étant donné que ces situations ne correspondent généralement pas aux critères énoncés dans cet article. En effet, les consortiums peuvent avoir des effets tant positifs que négatifs sur la concurrence. Toutefois, en règle générale, ils ne conduisent pas à une restriction ou à une affectation de la concurrence, mais ont au contraire un effet procompétitif. Pour les autorités de la concurrence, la question centrale dans le cadre de l'examen de l'art. 4 al. 1 Lcart est de savoir si, à la suite de la formation d'un consortium, le nombre d'offres soumises en réponse à un appel d'offres se trouve augmenté, inchangé ou diminué. Cette question est principalement évaluée sur la base des raisons qui ont conduit à la formation du consortium. À cet égard, le Secrétariat de la COMCO reconnaît que les décisions commerciales pertinentes prises dans ce cadre par les entreprises sont fondées sur des considérations entrepreneuriales. Si, compte tenu des circonstances spécifiques, ces

¹⁶⁵ LÜTHI (Fn. 97), 12; vgl. auch STÜSSI (Fn. 14), 7 ff. und 14; Fact Sheet WEKO-Sekretariat (Fn. 15), 1.

die ARGE diesfalls ohne weiteres den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt, muss als erstes analysiert werden, ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund von ausreichend Innen- oder Aussenwettbewerb widerlegt werden kann. Ist dies der Fall, bleibt festzustellen, ob die ARGE den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt (Art. 5 Abs. 1 KG) und – falls ja – ob sie aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 2 KG), was insbesondere der Fall ist, wenn das gemeinsame Angebot wirtschaftlich besser ist als die alleinigen Angebote der beteiligten Unternehmen.

Separat zu prüfen ist jeweils der Informationsaustausch, welcher mit der ARGE-Bildung verbunden ist. Diesbezüglich ist die Frage zentral, ob sich der Austausch auf Informationen beschränkt, welche für die ARGE-Bildung respektive die entsprechenden Verhandlungen erforderlich sind, oder aber darüber hinausgeht. Im zweiten Fall kann der Informationsaustausch kartellrechtlich unter Umständen als unzulässig qualifiziert werden.

In einigen (wenigen) Punkten enthält der Schlussbericht des WEKO-Sekretariats durchaus bemerkenswerte Erkenntnisse: Selbst wenn die ARGE-Bildung zu einer Reduktion der Angebote führt, handelt es sich nach Ansicht des WEKO-Sekretariats in Ausnahmefällen nicht um eine Abrede; dies nämlich dann nicht, wenn das ARGE-Angebot offensichtlich besser ist als die alleinigen Angebote der Unternehmen. Das WEKO-Sekretariat stellt zudem klar, dass aus der Gaba-Rechtsprechung bei Erfüllung des Tatbestands von Art. 5 Abs. 3 KG nicht von einer per se- sondern bloss von einer grundsätzlichen Erheblichkeit auszugehen ist, wobei es vorliegend offenlässt, ob vom Grundsatz der Erheblichkeit eine Ausnahme gemacht werden kann. Soweit ersichtlich handelt es sich schliesslich um den ersten oder einer der ersten Fälle, in denen das WEKO-Sekretariat am Ende seiner Analyse Art. 5 Abs. 2 KG geprüft und eine Rechtfertigung bejaht hat.

considérations sont pertinentes d'un point de vue économique et raisonnables sur le plan commercial, elles ne sont examinées par les autorités de la concurrence qu'avec une grande retenue.

Ce n'est que si, exceptionnellement, il existe un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, que sa licéité en lien avec la loi sur les cartels doit ensuite être examinée en vue de l'art. 5 LCart. Étant donné que dans ce cas-là, le consortium tombe généralement d'emblée dans le champ d'application de la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart, il convient en premier lieu d'analyser si la présomption de suppression de la concurrence peut être renversée sur la base d'une concurrence interne ou externe suffisante. Si tel est le cas, il reste à déterminer si le consortium entrave la concurrence de manière notable (art. 5 al. 1 LCart) et – le cas échéant – si cette entrave peut être justifiée par des raisons d'efficacité (art. 5 al. 2 LCart), ce qui est notamment le cas lorsque l'offre commune est économiquement meilleure que les offres individuelles des entreprises participantes.

L'échange d'informations lié à la formation du consortium doit être examiné séparément. À cet égard, la question centrale est de savoir si l'échange se limite aux informations nécessaires à la formation du consortium ou aux négociations correspondantes, ou s'il va au-delà. Dans le second cas, l'échange d'informations peut, dans certaines circonstances, être qualifié d'illicite au regard du droit des cartels.

Le rapport final du Secrétariat de la COMCO contient en outre quelques (rares) conclusions dignes d'intérêt: même si la formation d'un consortium entraîne une réduction des offres, le Secrétariat de la COMCO estime qu'il ne s'agit, dans certaines circonstances exceptionnelles, pas d'un accord en matière de concurrence; à savoir quand l'offre du consortium est manifestement meilleure que les offres des entreprises individuelles. Le Secrétariat de la COMCO précise également que, selon la jurisprudence Gaba, l'infraction à l'art. 5 al. 3 LCart n'entraîne pas une notabilité en soi (per se), mais une notabilité par principe. En espèce, le Secrétariat laisse ouvert la question de savoir si une exception peut être faite au concept de la notabilité par principe. Enfin, il apparaît qu'il s'agisse ici du premier ou de l'un des premiers cas dans lesquels le Secrétariat de la COMCO a examiné l'art. 5 al. 2 LCart au terme de son analyse et a admis la justification qui y est énoncée.