

Baurecht

Michael Tschudin*

Wettbewerbskommission und Arbeitsgemeinschaften

In den letzten Jahren wurde die Bauwirtschaft von der Wettbewerbskommission (Weko) scharf beobachtet, und es gab einige Sanktionsfälle in diesem Bereich. Grund genug, sich einen Überblick über das Thema zu verschaffen.

Das Kartellgesetz (KG) hat vor allem zum Ziel, volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen von Kartellen zu verhindern. Mit der Bekämpfung von Kartellen soll der Wettbewerb gefördert werden. Die Konkurrenzsituation zwischen Unternehmen soll also möglichst von privaten Abreden freigehalten werden.

Die drei Pfeiler des Kartellrechts

Das Kartellgesetz ist auf drei Pfeilern aufgebaut:

- das Verbot von Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, ohne durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt zu sein (Art. 5 KG);
- die Missbrauchskontrolle marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG);
- die Zusammenschlusskontrolle (Kontrolle von Fusionen mit einer Grösse über gewissen Schwellenwerten gemäss Art. 9 ff. KG).

Bei der Verfolgung von Verstössen gegen das Verbot von Wettbewerbsabreden konzentriert sich die Weko auf Absprachen über den Preis, die Menge und über Kunden- oder Gebietsaufteilungen. Bei diesen als harte Kartelle bezeichneten Abreden zwischen Wettbewerbern muss mit einer finanziellen Sanktionierung in der Höhe von bis zu 10% der drei letzten Jahresumsätze in der Schweiz gerechnet werden. Teilnehmer einer Submissionsabsprache werden zudem von der entsprechenden öffentlichen Ausschreibung ausgeschlossen, wobei auch negative Folgen für zukünftige öffentliche Vergabeverfahren in Betracht kommen.

Prioritäten der Weko

Die Verfolgung von (mutmasslichen) Kartellen in der Bauwirtschaft gehört bereits seit einigen Jahren zu den Prioritäten der Weko. Zu diesem Zweck wurde im Jahr 2012 im Sekretariat der Weko eine eigene Abteilung geschaffen: der Dienst Bau. Dieser beschäftigt sich vor allem mit den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau

sowie Bauinstallationen. Hierzu gehören auch das Ausbaugewerbe (beispielsweise Elektroinstallations- und Sanitärarbeiten) und der Handel mit Baumaterialien.

Die Weko hat bereits verschiedenen Bauunternehmen in diesem Bereich Bussen auferlegt. Im Fall von angeblichen Abreden von Strassen- und Tiefbauunterneh-



men im Kanton Aargau über Preis- und Zuschlagsvereinbarungen und die Zuteilung von Aufträgen sprach die Weko eine Busse von insgesamt ungefähr 4 Mio. Franken aus. Gegen diesen Entscheid sind mehrere Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen hängig.

Arbeitsgemeinschaften

Ein viel diskutiertes kartellrechtliches Thema in der Bauwirtschaft stellt die Arbeitsgemeinschaft (ARGE) dar. Bei einer ARGE vereinbaren Unternehmen, welche miteinander in Konkurrenz stehen können, ein gemeinsames Angebot in Bezug auf ein bestimmtes Bauprojekt beziehungsweise eine Ausschreibung. Weil dabei selbstverständlich auch Preisinformationen ausgetauscht werden, könnte an sich der Verdacht aufkommen, dass eine ARGE – je nach Umständen des Einzelfalls – ein Kartell darstellt.

ARGE sind jedoch in den allermeisten Fällen aus wettbewerblicher Sicht unproblematisch beziehungsweise erwünscht. Im Normalfall wird mit einer ARGE keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Vielmehr geht es darum, den einzelnen Mitgliedern eine Möglichkeit zu bieten, überhaupt ein wettbewerbsfähiges Angebot zu offerieren. Dadurch wird der Wettbewerb grundsätzlich gefördert: Ohne ARGE gäbe es in der Regel weniger Angebote, aus welchen der Auftraggeber auswählen könnte.

Nach dem heutigen Kenntnisstand ist deshalb mit keiner Intervention der Weko zu rechnen, wenn eine ARGE aus folgenden Gründen gebildet wird:

- Fehlende umfassende Fachkenntnis für das ganze Projekt (zum Beispiel fehlende Spezialisierung);
- Notwendigkeit für die Erfüllung von Eignungskriterien;
- finanzielle Gründe (beispielsweise die Vermeidung eines Klumpenrisikos);
- Kapazitätsengpässe.

Ausserdem kann den Bauunternehmen selbstredend dann kein Vorwurf gemacht werden, wenn der Bauherr selbst eine ARGE verlangt. Wenn die ARGE plausibel begründet werden kann, wird die Weko beziehungsweise ihr Sekretariat kaum je einschreiten. Bilden andere als die erwähnten Gründe Anlass für die Bildung einer ARGE, kommt es auf den Einzelfall an. So könnte die Weko eine ARGE, die beispielsweise nur aus Reputationsgründen oder lediglich für die Erhöhung von Zuschlagschancen infolge einer höheren Anzahl von Referenzobjekten oder einzig für einen besseren Zugang zu Ressourcen (zum Beispiel zu einem Kieswerk) gebildet wird, genauer prüfen. Kann durch eine Zusammenarbeit günstiger angeboten werden, liegt der wettbewerbsfördernde Effekt auf der Hand. Dagegen wäre eine ARGE allenfalls problematisch, wenn durch diese Zusammenarbeit ein höherer Preis gegenüber dem Bauherrn durchgesetzt werden könnte. Heikel sind ARGE somit, wenn dadurch Konkurren-

ten eingebunden werden sollen, um den (Preis-)Wettbewerb zu hemmen. Ausserdem würde die Weko wohl eine «ständige» ARGE genauer anschauen als eine Zusammenarbeit, welche für ein einzelnes Projekt geschlossen wird.

Wichtig ist, dass ARGE sämtliche beteiligten Mitglieder gegenüber dem Auftraggeber offenlegen. Wird dagegen ein Mitglied verheimlicht, kann der Verdacht aufkommen, man habe den Auftraggeber täuschen wollen. Selbst wenn es einen plausiblen Grund für die Zusammenarbeit gäbe, würde die fehlende Transparenz bei der Weko Fragen aufwerfen.

Fazit

Die Weko greift in ihrer Praxis vermehrt Fälle aus der Bauwirtschaft auf. Vor Interventionen der Wettbewerbsbehörden sind auch KMU nicht gefeit – insbesondere wenn es um die Aufteilung von Bauprojekten geht. Offen kommunizierte ARGE sind dagegen in der Regel aus kartellrechtlicher Sicht unproblematisch – insbesondere dann, wenn eine solche Zusammenarbeit den einzelnen Mitgliedern überhaupt erst eine Möglichkeit eröffnet, ein wettbewerbsfähiges Angebot einzureichen. ■

*Der Autor Dr. Michael Tschudin ist Rechtsanwalt bei Wenger & Vieli AG in Zürich.



Pumpsysteme

- Gülletechnik
- Abwasserpumpsysteme
- Mostereigeräte
- Mechanische Fertigung

Professionelle und kostengünstige Lösungen für zuverlässige Bewässerung und Abwasserentsorgung

Wälchli Maschinenfabrik AG ■ 4805 Brittnau
Tel. 062 745 20 40 ■ www.waelchli-ag.ch







taf taucharbeiten ag

www.taf-taucharbeiten.ch

Südstrasse 21 · 3250 Lyss
Telefon +41 32 392 73 20 · Fax +41 32 392 73 21
info@taf-taucharbeiten.ch