Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF

Bericht z.Hd. der WAK-S

Sitzung vom 26./27. Oktober 2020

Fragenkatalog zur Motion 18.4282 Français

Version vom 13. Oktober 2020

Inhalt

1 Vorbemerkungen 2

2 Entscheid in Sachen Gaba und Folgen einer Annahme der Motion Français 2

2.1 Der Entscheid in Sachen Gaba «Elmex» 2
2.2 Schematische Übersicht: Änderungen bezüglich harter Wettbewerbsabreden (Kartelle) durch *Gaba* 3
2.3 Folgen des Gaba-Entscheids für die Unternehmen 4
2.4 Folgen des Gaba-Entscheids für die Wettbewerbsbehörden 6
2.5 Folgen einer Annahme der Motion Français 7

3 Arbeitsgemeinschaften (ARGE) 7

3.1 Keine Änderung der Zulässigkeit von ARGE durch den Gaba-Entscheid 7
3.2 Praxis der WEKO vor *GABA* 8
3.3 Praxis der WEKO seit *GABA* 9

4 Grösse der Baulose im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen 10

5 Zielkonflikte zwischen Kartellrecht und Umweltschutz 11

1 Vorbemerkungen

Der vorliegende kurze Bericht beantwortet eine Reihe von Fragen zur Motion 18.4282 Français «Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen», die im Rahmen der Sitzung der WAK-S vom 20. August 2020 der Verwaltung gestellt wurden. Der Übersichtlichkeit halber wurden die Fragen und Antworten gebündelt.

2 Entscheid in Sachen Gaba und Folgen einer Annahme der Motion Français

2.1 Der Entscheid in Sachen Gaba «Elmex»

Zusammenfassung:

Die Wettbewerbskommission (WEKO) qualifizierte die Vertriebsvereinbarung zwischen der schweizerischen Gaba International AG und ihrer österreichischen Lizenznehmerin, der Gebro Pharma GmbH, betreffend den Verzicht auf passive Verkäufe letzterer ausserhalb Österreich als harte vertikale Wettbewerbsabrede (Art. 5 Abs. 4 Kartellgesetz, KG).

Gaba und Gebro zogen den Entscheid weiter zum Bundesverwaltungsgericht und im Anschluss an das Bundesgericht. Letzteres hielt fest, dass die fünf Arten von Wettbewerbsabreden, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführt sind (horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, vertikale Preisbindungen sowie absoluter Gebietsschutz) *grundsätzlich* erheblich sind. Sie sind somit grundsätzlich unzulässig, sofern keine ökonomischen Rechtfertigungsgründe vorliegen, und zwar unabhängig davon, ob die betroffene Wettbewerbsabrede eine substantielle quantitative Dimension aufweist.

Als Folge dieses Urteils muss nun die WEKO nicht mehr aufwändig die «Erheblichkeit» einer Wettbewerbsabrede nachweisen, sondern kann sich auf die Prüfung der ökonomischen Effizienz einer solchen konzentrieren. Dieses Urteil etabliert faktisch das vom Bundesrat bei der gescheiterten Kartellgesetzrevision 2012-2014 vorgeschlagene Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit.

Sachverhalt

Die Denner AG (Schweiz) versuchte zwischen 2003 und 2005, die von in der Schweiz ansässigen Gaba International AG (nachfolgend: Gaba) hergestellte Zahnpasta Elmex rot direkt bei deren österreichischen Lizenznehmerin Gebro Pharma GmbH (nachfolgend: Gebro) einzukaufen und sie parallel aus Österreich zu importieren. Dieses Vorhaben blieb jedoch erfolglos, da sich Gaba und Gebro auf eine Zuteilung der Verkaufsgebiete einigten und Verkäufe in das Gebiet des anderen Vertragspartners, sei es auf eigene Initiative (aktiver Verkauf), sei es auf Anfrage eines Käufers aus dem anderen Vertragsgebiet (passiver Verkauf), vertraglich verhinderten. Darüber hinaus verpflichtete sich Gaba, auch Dritte an der Einfuhr nach Österreich zu hindern.

Die Denner AG reichte am 30. November 2005 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Anzeige gegen Gaba wegen angeblicher Wettbewerbsbeschränkung ein. Die WEKO entschied mit ihrer Verfügung[1] vom 30. November 2009, dass der zwischen Gaba und Gebro zwischen 1982 und 2006 bestehende Vertriebsvertrag einen unzulässigen absoluten Gebietsschutz vorsah und somit auch passive Verkäufe in die Schweiz durch Gebro untersagt waren. Mit Urteil vom 19. Dezember 2013 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht[2] den Entscheid der WEKO. Am 28. Juni 2016 hat auch das Bundesgericht[3] die Auffassung der Vorinstanzen gestützt und sich grundlegend zu einigen strittigen Fragen in Hinblick auf die Auslegung des Kartellgesetzes (KG) geäussert.

---

1 Weko, RPW 2010/1, 65 ff., *Gaba*.
2 BVerwG, B-506/2010, RPW 2013/4, 750 ff., *Gaba International AG gegen Wettbewerbskommission WEKO*.
3 BGE 143 II 297, *Gaba*.

Erheblichkeit als Bagatellklausel

Die zentrale, durch das Bundesgericht zu klärende Frage betraf die Auslegung des Begriffs der *Erheblichkeit* im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Das Bundesgericht hielt fest, dass die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Wettbewerbsabreden *in der Regel* die Erheblichkeitsschwelle[4] erreichen bzw. *grundsätzlich* das Kriterium der Erheblichkeit[5] nach Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen. Das Kriterium der Erheblichkeit ist demnach eine Bagatellklausel.[6] Der Gesetzgerber wollte die WEKO entlasten und sah deshalb keine umfassende und differenzierte Erheblichkeitsprüfung im Einzelfall vor. Eine ökonomische Einzelfallbeurteilung ist im Rahmen der Effizienzprüfung vorzunehmen (so sieht auch Art. 6 KG nur die Konkretisierung von Fragen der wirtschaftlichen Effizienz und nicht von solchen bzgl. der Erheblichkeit vor[7]). Hier ist zu beurteilen, ob eine wettbewerbsbeschränkende Abrede im Ergebnis positive Wirkungen hat oder nicht.[8]

Fazit

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen einer harten Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, vertikale Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz) erfüllt und kann die entsprechende Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs[9] widerlegt werden, ist grundsätzlich von einer erheblichen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen.

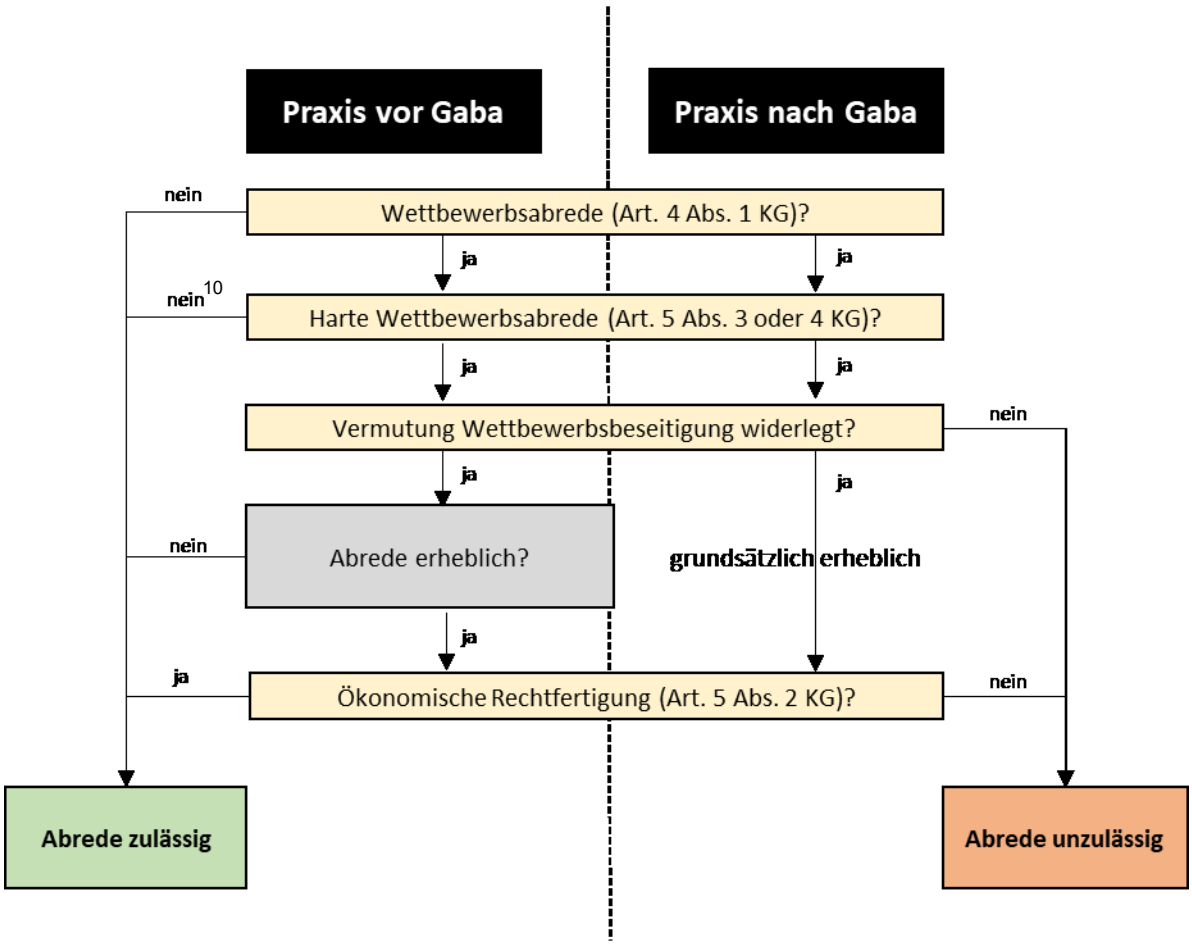
Auch wenn diese fünf Abredetypen grundsätzlich erheblich sind, bedeutet dies nicht, dass diese stets unzulässig sind. Vielmehr ist nach Feststellung der Erheblichkeit in einem nächsten Schritt die Frage der wirtschaftlichen Effizienz der jeweiligen Wettbewerbsabrede zu untersuchen. Nur wenn keine ökonomischen Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen, ist eine erhebliche Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG unzulässig. Der Gaba-Entscheid etabliert somit faktisch das vom Bundesrat bei der gescheiterten Kartellgesetzrevision 2012-2014 vorgeschlagene Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit.

2.2 Schematische Übersicht: Änderungen bezüglich harter Wettbewerbsabreden (Kartelle) durch *Gaba*

Die nachfolgende Grafik zeigt, dass bei den fünf Typen von harten Wettbewerbsabreden (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) durch den Entscheid in Sachen *Gaba* grundsätzlich die Prüfung abgeschafft wurde, ob eine solche im Einzelfall den Wettbewerb beseitigt, erheblich beeinträchtigt oder bloss unerheblich beeinträchtigt. Alle übrigen Schritte der Prüfung bleiben unverändert beibehalten.

---

4 BGE 143 II 297, E. 5.2.5, *Gaba*.
5 BGE 143 II 297, E. 5.6, *Gaba*, siehe hierzu auch das Parallelverfahren BGer vom 4. April 2017, 2C_172/2014, *Gebro Pharma GmbH gegen Wettbewerbskommission*, E. 2.3.
6 BGE 143 II 297, E. 5.1, *Gaba*.
7 BGE 143 II 297, E. 5.1.4, *Gaba*.
8 BGE 143 II 297, E. 5.3.2, *Gaba*.
9 Siehe zum Prüfungsschema harter Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die grafische Darstellung in Ziffer 2.2 der vorliegenden Notiz.



2.3 Folgen des Gaba-Entscheids für die Unternehmen

Zusammenfassung:

Folgen für die Unternehmen:

- Wettbewerbsabreden über Preise, Mengen oder Gebiete mit anderen Unternehmen sind grundsätzlich unzulässig, ausser mit einer solchen harten Wettbewerbsabrede gehen volkswirtschaftliche Effizienzen einher.
- Es ist theoretisch denkbar, dass kleine Unternehmen mit sehr geringen Anteilen am jeweiligen Markt nun eher in den Fokus von kartellrechtlichen Verfahren geraten. Bis dato sind dem WBF jedoch keine entsprechenden Fälle bekannt.
- ARGE sind nach wie vor zulässig, ausser wenn sie getarnte Kartelle sind. Diese waren aber auch schon vor dem Gaba-Entscheid unzulässig.
- Die Beweislastverteilung im Rahmen von Art. 5 KG bleibt unverändert.
- Unternehmen, die durch eine unzulässige Wettbewerbsabrede geschädigt wurden, können leichter allfällige Schadensersatzansprüche durchzusetzen, da sie nicht die Erheblichkeit der betroffenen harten Wettbewerbsabrede nachweisen müssen.
- Durch den Entscheid nähert sich das Schweizer Kartellrecht weiter den entsprechenden internationalen Standards (insb. an das europäische Recht) an. Hiermit gehen Vereinfachungen für grenzüberschreitend tätige Unternehmen einher.

[10] Liegt keine harte Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor, ist diese entweder zulässig oder stellt eine weiche Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar. Eine weiche Wettbewerbsabrede ist nicht gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG direkt sanktionierbar.

Rechtssicherheit

Mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* wurde für die Unternehmen in erster Linie Rechtssicherheit geschaffen. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen einer harten Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllt und kann die entsprechende Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs[11] wiederlegt werden, ist grundsätzlich von einer erheblichen Wettbewerbsabrede auszugehen. Demnach wissen Unternehmen, dass sich eine Wettbewerbsabrede über Preise, Mengen oder Gebiete mit anderen Unternehmen grundsätzlich verbietet, ausser mit einer solchen Abrede gingen nachweisbare volkswirtschaftliche Effizienzen einher.

Grundsätzliches Verbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit von Kartellen

Unternehmen ist es in Abwesenheit stichhaltiger Gründe wirtschaftlicher Effizienz grundsätzlich nicht mehr gestattet, Wettbewerbsabreden hinsichtlich Preise, Mengen oder Gebieten zu schliessen. Haben Unternehmen einen sehr geringen Marktanteil auf dem relevanten Markt, was häufig insbesondere für KMU zutrifft, waren unter der alten Rechtsprechung Kartelle in Ausnahmefällen als sog. Bagatellfälle zulässig. In Fällen, in denen die «Erheblichkeit» bisher umstritten war, bringt der Entscheid in Sachen *Gaba* somit eine Verschärfung (insb. für KMU) mit sich. Das Bundesgericht überlässt es der WEKO, allfällige Bagatellfälle zu definieren, die nicht von der grundsätzlichen Erheblichkeit erfasst werden. Die WEKO hat in der Praxis seit Gaba Kriterien entwickelt, mit welchen das Aufgreifen solcher Bagatellfälle anhand von Opportunitätsüberlegungen beurteilt wird. Damit kommen Bagatellfälle in der Regel nicht in das Stadium eines formellen Untersuchungsverfahrens. Für die Thematik der ARGE, die in Ziffer 3 der vorliegenden Notiz behandelt wird, gilt dies jedoch nicht: ARGE sind weiterhin erlaubt, sofern sie keine getarnten Kartelle sind, die bereits vor Gaba stets erheblich waren. Im Ergebnis werden – abgesehen von absoluten Bagatellfällen, die gar nicht aufgegriffen werden – somit zwar tendenziell KMU und Grossunternehmen kartellrechtlich gleichbehandelt, da sich erstere nicht mehr auf ihre volkswirtschaftlich unbedeutende Rolle in ihrem konkreten Einzelfall berufen können. Entsprechend geht für diese Unternehmen aber somit in Ausnahmefällen ein Wettbewerbsvorteil verloren.

Grundsätzliches Verbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit für vertikale Preisbindung und absoluten Gebietsschutz

Für die beiden harten vertikalen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG (betreffend Mindest- oder Festpreise sowie absoluten Gebietsschutz) geht mit dem Entscheid in Sachen Gaba ebenfalls eine gewisse Verschärfung einher. Hatten Unternehmen einen sehr geringen Marktanteil auf dem relevanten Markt, was häufig insbesondere für KMU zutraf, waren unter der alten Rechtsprechung vertikale Preisbindungen und Abschottungen des Schweizer Marktes in Ausnahmefällen zulässig. In entsprechenden Fällen, in denen die «Erheblichkeit» bisher umstritten war, bringt der Entscheid in Sachen *Gaba* somit eine Verschärfung (insb. für KMU) mit sich.

Beweislast

Änderungen hinsichtlich der Beweislast gehen mit dem Entscheid in Sachen *Gaba* nicht einher:

1. Die WEKO muss zuerst das Vorliegen einer unzulässigen Abrede im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG beweisen. Hierfür trägt sie die Beweislast und die Beweisführungslast. Das heisst, dass kein gegen Art. 5 KG verstossendes Verhalten vorliegt, wenn der Beweis des Vorliegens einer unzulässigen Abrede nicht erbracht ist. Dies ist insbesondere für die Thematik der ARGE relevant (siehe hierzu Ziff. 3 der vorliegenden Notiz).
2. Daraufhin ist das Vorliegen von Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen. Die WEKO ist weiterhin verpflichtet, von sich aus neben belastenden stets auch entlastende Argumente zu Gunsten der Unternehmen – wie eben Effizienzgründe – zu suchen. Damit dies überhaupt möglich ist, müssen allerdings die Unternehmen ihre

[11] Siehe zum Prüfungsschema harter Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die grafische Darstellung in Ziffer 2.2 der vorliegenden Notiz.

Effizienzüberlegungen, die sie zum Eingehen der fraglichen Wettbewerbsabrede bewogen haben, überzeugend dartun und die ihnen diesbezüglich zugänglichen Informationen aufzeigen.

3. Im Anschluss entscheidet die WEKO, ob die geltend gemachten Effizienzvorteile, also die Vorteile, die aus einer besseren Koordination unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen erwachsen, gesamtwirtschaftlich stärker zu gewichten sind als die Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die normalerweise resultiert, wenn sich durch eine Abrede die Zahl der unabhängig am Markt auftretenden Wettbewerber reduziert.
   - Wenn am Ende offenbleibt, ob wirtschaftliche Effizienzvorteile vorliegen und überwiegen, spielt die Verteilung der Beweislast eine Rolle. Indem die Unternehmen die Folgen der Beweislosigkeit tragen, wirkt sich die Verteilung der Beweislast zu Ungunsten der Unternehmen aus. Wie das Bundesgericht in seinem Entscheid in Sachen *Sammelervers* festgehalten hat, ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie *tatsächlich* durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, und nicht bereits dann, wenn solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss einigermassen plausibel erscheinen.[12]
   - Diese Regelung entspricht somit der Auslegung durch das Bundesgericht vor dem Gaba-Entscheid sowie auch dem EU-Recht[13] (wobei im EU-Recht die Unternehmen die vollständige Beweislast und die Beweisführungslast hinsichtlich des Vorliegens von Effizienzgründen tragen). Die Wettbewerbsabrede – deren wirtschaftliche Effizienz eben gerade nicht erstellt ist – bleibt unzulässig. Eine Änderung bringt der Entscheid in Sachen *Gaba* insofern nicht mit sich.

Erleichterung allfälliger kartellrechtlicher Zivilverfahren

Unternehmen, die durch eine unzulässige harte Wettbewerbsabrede geschädigt wurden, können, zumindest theoretisch, leichter allfällige Schadensersatzansprüche durchsetzen, da sie grundsätzlich nicht auch die Erheblichkeit der betroffenen harten Wettbewerbsabrede nachweisen müssen. Soweit ersichtlich ist seit dem Entscheid in Sachen Gaba jedoch keine spürbare Zunahme von kartellrechtlichen Zivilverfahren zu verzeichnen, die sich auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG stützen.

Annäherung an internationale Standards

Darüber hinaus wird das KG durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts für den Bereich der harten vertikalen und horizontalen Wettbewerbsabreden an die internationalen Kartellrechtsstandards (insb. an das europäische Recht) angenähert, sodass grenzüberschreitende Unternehmen somit einfacher ihre Kartellrechts-Compliance aufbauen können.

2.4 Folgen des Gaba-Entscheids für die Wettbewerbsbehörden

Zusammenfassung:

Folgen für die Wettbewerbsbehörden:

- Signifikante Effizienzsteigerung: keine Prüfung der Erheblichkeit einer harten Abrede
- Verkürzung der Verfahrensdauer
- Steigerung der Zahl einvernehmlicher Regelungen
- Konzentration auf volkswirtschaftlich schädliche Wettbewerbsbeschränkungen

Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach harte Wettbewerbsabreden grundsätzlich erheblich sind, geht für die Wettbewerbsbehörden eine signifikante Effizienzsteigerung einher, da bei harten Wettbewerbsabreden die Prüfung der Erheblichkeit und damit aufwändige ökonomische Analysen grundsätzlich entbehrlich sind. Die Verfahren sind seit dem Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* generell kürzer geworden und wurden öfters

[12] BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, E. 10.3, *Sammelrevers*.

[13] Vgl. Art. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1 ff.

mit einvernehmlichen Regelungen abgeschlossen. Diese Ressourcen- und Zeitersparnisse können die Wettbewerbsbehörden für die Verfolgung einer grösseren Zahl volkswirtschaftlich schädlicher Wettbewerbsbeschränkungen einsetzen.

2.5 Folgen einer Annahme der Motion Français

Zusammenfassung:

Die genannten Auswirkungen (Ziff. 2.3 und 2.4) würden wieder rückgängig gemacht.

Mit einer Annahme der Motion Français im Sinne der Rechtspraxis zur Erheblichkeit vor dem Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* würden für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörden die spiegelbildlichen, in den Ziffern 2.3 und 2.4 der vorliegenden Notiz dargelegten Folgen, einhergehen.

3 Arbeitsgemeinschaften (ARGE)

3.1 Keine Änderung der Zulässigkeit von ARGE[14] durch den Gaba-Entscheid

Frage der WAK-S:

Wie gestaltet sich die aktuelle Praxis der WEKO bzgl. ARGE in der Bauwirtschaft? Inwieweit sind Kooperationen zwischen Unternehmen, insbesondere KMU problematisch?

Zusammenfassung:

ARGE und vergleichbare Kooperationen waren vor dem Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* zulässig und sind es auch weiterhin. Eine Praxisänderung der Wettbewerbsbehörden oder Gerichte hat diesbezüglich zu keinem Zeitpunkt stattgefunden.

Prüfung «gewöhnlicher» ARGE vor und nach Gaba

Wie die schematische Übersicht in Ziffer 2.2 zeigt, bleiben alle Prüfungsschritte der Zulässigkeit einer (Wettbewerbs-)Abrede unverändert. Dies ist für die kartellrechtliche Beurteilung von ARGE von grosser Bedeutung: Denn bei einer konkreten ARGE ist die zentrale rechtliche Frage, ob sie überhaupt eine «Wettbewerbsabrede» im Sinne des KG darstellt (erster Schritt gemäss Prüfschema). Eine ARGE ist zwar zweifellos ein Vertrag (und damit eine Absprache bzw. Abrede im umgangssprachlichen Sinne), aber in aller Regel eben gerade keine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG. Eine solche liegt ausschliesslich dann vor, wenn damit «eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt» wird (Art. 4 Abs. 1 KG). Gerade dies ist bei ARGE regelmässig nicht der Fall. Im Gegenteil, in der Regel fördert die Kooperation den Wettbewerb, indem sie Unternehmen (insb. KMU) überhaupt erst ermöglicht, für ein bestimmtes Projekt zu offerieren und dieses durchzuführen. ARGE sind daher grundsätzlich keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und damit ohne Weiteres zulässig. Deshalb müssen alle weiteren Prüfschritte des Schemas in Ziffer 2.2. (d.h. Art. 5 KG) gar nicht erst vorgenommen werden. Überdies ist es ausschliesslich an den Wettbewerbsbehörden zu beweisen, dass eine solche wettbewerbsbeschränkende Abrede vorliegt. Die Behörden allein tragen dafür die Beweislast. An all diesen Regeln ändert sich durch den Entscheid in Sachen *Gaba* nichts.

[14] Die nachstehenden Ausführungen basieren im Wesentlichen auf dem Factsheet «Arbeitsgemeinschaften (ARGE) und KG-Revision (Teilkartellverbot)», welches die Verwaltung im Rahmen der KG-Revision 2012-2014 zuhanden der beiden WAK erstellt hat.

Prüfung «missbräuchlicher» ARGE (Kartelle)

ARGE sind kartellrechtlich einzig dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb beschränken, indem sie entweder

- die Zahl konkurrierender Offerten begrenzen (wenn sich z. B. bei einem Einladungsverfahren die eingeladenen Bauunternehmen, die den Auftrag problemlos alleine durchführen könnten, in einer ARGE zusammenschliessen, um den Wettbewerb zwischen sich auszuschalten) oder
- indem sie den Bauherrn täuschen (vgl. Bsp. unten).

Solche «ARGE» sind missbräuchlich und stellen Wettbewerbsabreden im Sinne des KG dar, wobei dies von den Wettbewerbsbehörden zu beweisen ist (vgl. Ziff. 2.3 der vorliegenden Notiz). Die mit dem Gaba-Entscheid einhergehende Verschärfung von Art. 5 KG betrifft nur die Frage der «Erheblichkeit». Und gerade diese Frage spielte bereits vor dem Entscheid in Sachen *Gaba* bei ARGE praxisgemäss keine Rolle, denn «missbräuchliche» ARGE beeinträchtigen den Wettbewerb bereits nach früherer Praxis immer erheblich, da sie stets mit einem hohen Marktanteil der Beteiligten am jeweiligen relevanten Markt einhergingen (ansonsten würden als ARGE getarnte Kartelle für die Beteiligten auch wenig sinnvoll sein). Folglich führt der Gaba-Entscheid *nicht* zu einer schärferen Beurteilung von ARGE.

Beispiele für zulässige und unzulässige ARGE (gültig für Fälle vor und nach Gaba)

- Stehen die ARGE-Partner nicht miteinander im Wettbewerb (z. B. ein Maurer, ein Sanitär und ein Zimmermann offerieren zusammen), ist diese Zusammenarbeit kartellrechtlich völlig unproblematisch. Es liegt keine Wettbewerbsabrede vor (Art. 4 KG).
- Bilden direkte Konkurrenten eine ARGE, weil es wirtschaftlich nicht möglich oder vernünftig wäre, den Auftrag allein durchzuführen (z. B. Kapazitätsmangel, Erreichen einer genügenden Grösse, Erfüllung von Eignungskriterien, Bankgarantien, Tragbarmachung des Risikos), ist dies kartellrechtlich ebenfalls unbedenklich. Ohne Bildung einer ARGE könnten diese KMU nämlich gar nicht offerieren, weshalb die ARGE den Wettbewerb belebt und nicht etwa einschränkt. Es liegt auch hier keine Wettbewerbsabrede vor (Art. 4 KG).
- Auch die Zusammenarbeit von mehreren KMU, die beispielsweise für die gemeinsame Sanierung eines Autobahnabschnitts offerieren, damit sie ein wirtschaftlich vorteilhafteres Angebot einreichen können, ist aus kartellrechtlicher Sicht unproblematisch.
- Nicht erlaubt ist hingegen etwa, wenn die Partner einer (verdeckten) ARGE dem Bauherrn gegenüber nicht als ARGE auftreten, sondern je eine eigene (und überhöhte) Scheinofferte eingeben zum Schutz desjenigen Partners, der den Zuschlag erhalten soll, mit dem Ziel, die dadurch erzielte Kartellrente in der verdeckten ARGE aufzuteilen. Es handelt sich in diesem Fall um eine kartellrechtlich höchst problematische Submissionsabrede, welche den Bauherrn – sei dieser ein Privater, ein Unternehmen oder die öffentliche Hand – schädigt.

3.2 Praxis der WEKO vor *GABA*

Zusammenfassung:

Die WEKO verfolgte vor dem *Gaba-Entscheid bereits* stets nur Kartelle und keine ARGE und ähnliche Kooperationen.

Die WEKO verfolgte auch vor *Gaba* stets Kartelle und keine ARGE und ähnliche Kooperationen. In den WEKO-Verfahren vor *Gaba* bezüglich Submissionsabreden (Landesbibliothek; Absprachen im Kt. Tessin; Elektroinstallationsbetriebe Bern; Strassen- und Tiefbau in den Kt. Aargau und Zürich) ging es immer nur um «klassische Submissionsabsprachen». Konkret wurde jeweils eine Bauunternehmung vorgängig als Zuschlagsempfängerin bestimmt und die übrigen Abredeteilnehmer gaben dann Stützofferten ab oder verzichteten bewusst auf eine Offerteingabe. Die in diesen Fällen behandelten ARGE stellten keine echten, sondern missbräuchliche ARGE dar, die bloss als Deckmantel für Kartelle dienten.

3.3 Praxis der WEKO seit *GABA*

Zusammenfassung:

Die WEKO verfolgte nach dem *Gaba-Entscheid weiterhin* stets nur Kartelle und keine ARGE und ähnliche Kooperationen. Eine Praxisänderung fand insofern nicht statt.

Seit dem Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* ist *keine* Änderung der Praxis der Wettbewerbsbehörden zu beobachten. Während die Bekämpfung von Submissionskartellen weiterhin Teil der Arbeit der WEKO ist, sind klassische und somit grundsätzlich zulässige ARGE weiterhin problemlos möglich. ARGE griff die WEKO in den jüngeren Verfahren, in welchen Submissionsabreden über rund 1'250 Bauprojekte behandelt wurden, nicht auf (z. B. Tunnelreinigung, See-Gaster, zehn Entscheide im Kanton Graubünden).

Seit rund zwölf Jahren betont die WEKO wiederholt, dass ARGE aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich wettbewerbsfördernd und damit kartellrechtlich zulässig sind.[15] Auch in zahlreichen Vorträgen und anlässlich von Sensibilisierungsveranstaltungen bei Bund, Kantonen und Gemeinden (an welchen 2019 in der Deutschschweiz rund 500 Einkäuferinnen und Einkäufer teilnahmen) weist die WEKO immer wieder auf die Zulässigkeit von ARGE hin. ARGE sind zwar Absprachen zwischen Unternehmen, in der Regel stellen sie jedoch keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, da sie den Wettbewerb nicht beschränken. Im Gegenteil ermöglichen sie Unternehmen regelmässig sogar erst, eine (wirtschaftliche) Offerte einzureichen. Sinnbildlich hat die WEKO beispielsweise in ihrem Jahresbericht 2013 ausdrücklich Folgendes zu ARGE festgehalten:[16]

> *«Die bisherigen WEKO-Verfahren betrafen Submissionsabreden, nicht ARGE. In den Untersuchungen Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Aargau und Zürich und Elektroinstallationen Bern wurden Submissionsabreden untersucht. Bei solchen vereinbaren Unternehmen im Voraus unter sich, wer bei einer Ausschreibung gewinnen soll, und die übrigen Unternehmen geben zum Schutz höhere Scheinofferten ein. Solche Submissionsabreden sind offenkundig wettbewerbsschädigend und kartellrechtswidrig. ARGE wurden nur geprüft, soweit sie Teil solcher Submissionsabreden waren. Im Fall Elektroinstallationen Bern beispielsweise bildeten Unternehmen bezüglich einzelner Submissionen ARGE unter sich, legten diese aber gegenüber dem Bauherrn nicht offen. Vielmehr reichten die ARGE-Partner separate Offerten ein und erweckten so den Anschein von Wettbewerb zwischen ihnen und täuschten damit die Bauherren. Es lagen keine ARGE im eigentlichen Sinne vor, sondern Submissionskartelle (die als ARGE bezeichnet oder getarnt wurden). Echte ARGE hat die WEKO nie untersucht oder verboten, weil sie grundsätzlich unproblematisch sind.»*

[15] Vgl. Jahresbericht 2019 der Wettbewerbskommission (WEKO), S. 9 f. sowie Jahresbericht 2013 der Wettbewerbskommission (WEKO), S. 8 f.; beide Dokumente sind abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch > Die WEKO > Jahresberichte.

[16] Vgl. Jahresbericht 2013 der Wettbewerbskommission (WEKO), S. 8 f., abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch > Die WEKO > Jahresberichte.

4 Grösse der Baulose im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen

Frage der WAK-S:

Behindern grosse Baulose bei staatlichen Ausschreibungen den Wettbewerb?

Zusammenfassung der Antwort:

- Die Grösse von Baulosen bei öffentlichen Ausschreibungen ist eine beschaffungs- und keine kartellrechtliche Frage. Es besteht kein Zusammenhang zur Motion Français.
- Die Beschaffungsstellen müssen bei der Entscheidung, ob in einer konkreten Beschaffung Lose gebildet werden und wenn ja, in welche Losgrössen das Projekt aufgeteilt werden soll, nach geltendem Recht die dadurch entstehenden Auswirkungen auf den Wettbewerb berücksichtigen.
- Mit einer Volumenbündelung können einerseits Preisvorteile einhergehen. Andererseits kann die Aufteilung einer Beschaffung in einzelne Lose den Wettbewerb und insbesondere die Chancen der KMU, an umfangreichen Beschaffungen teilnehmen zu können, erhöhen.

Die Thematik der Grösse der Baulose bei öffentlichen Ausschreibungen hat mit den Forderungen der Motion Français nichts zu tun; hierbei handelt es sich vielmehr in erster Linie um eine beschaffungsrechtliche Frage. Die Auftraggeberin hat sich beim Vergabeverfahren an den Grundsätzen der Transparenz, des Wettbewerbs unter den Anbietern, der Gleichbehandlung der Anbieter und der Wirtschaftlichkeit zu orientieren (Art. 1 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB). Mit anderen Worten müssen die Beschaffungsstellen bei der Entscheidung, ob in einer konkreten Beschaffung Lose gebildet werden und wenn ja, in welche Losgrössen das Projekt aufgeteilt werden soll, nach geltendem Recht die dadurch entstehenden Auswirkungen auf den Wettbewerb berücksichtigen. Je nach Beschaffungsgegenstand kann die Losbildung den Wettbewerb unter den Anbietern fördern oder schwächen: Die Aufteilung einer Beschaffung in einzelne Lose erhöht insbesondere die Chancen der KMU, auch an umfangreichen Beschaffungen teilnehmen zu können, und kann somit die Zahl potenzieller Submittenten erhöhen und damit den Wettbewerb fördern. Bei gewissen Beschaffungen verhält es sich aber gerade gegenteilig und die Anzahl potenzieller Submittenten erhöht sich durch die Volumenbündelung, beispielsweise weil dadurch ein Auftrag für ausländische Anbieter erst attraktiv wird. So hat die WEKO in ihren Empfehlungen gemäss Art. 45 Abs. 2 KG zuhanden des Bundesrates betreffend die Beschaffung von Zement und Beton für die Neue Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT) empfohlen, Zementbeschaffungen gesamthaft als Auftrag – und nicht unterteilt in einzelne Lose – auszuschreiben, damit auch ausländische Unternehmen einen Anreiz haben, an der Ausschreibung teilzunehmen.[17] In diesem Fall hätte die Teilnahme ausländischer Anbieter den Wettbewerb erhöht, da es nur drei schweizerische Zementhersteller gibt.

Dies verdeutlicht, dass das Ausmass an Wettbewerb je nach Beschaffungsgegenstand mit der Bildung von Losen gefördert oder geschwächt werden kann. Damit die Beschaffungsstellen die Ausschreibungen abgestimmt auf den konkreten Beschaffungsgegenstand ideal gestalten können, so dass die Zahl konkurrierender Anbieter ein Optimum erreicht, bedarf es eines flexiblen Beschaffungsrechts. Mit anderen Worten hätte die Einführung einer Regel im Beschaffungsrecht, welche die Bildung von Losen bei Beschaffungen ab einem bestimmten Volumen zwingend vorschreibt, mitunter schädliche Auswirkungen auf das Ausmass an Wettbewerb und würde den Grundsätzen des Beschaffungsrechts widersprechen.

Das geltende BöB enthält nur wenige Detailregelungen betreffend die Aufteilung eines öffentlichen Auftrages in Lose (vgl. Art. 7 Abs. 3 und Art. 21 Abs. 1bis BöB). Das revidierte Beschaffungsrecht von Bund und Kantonen, das zum 1. Januar 2021 in Kraft tritt, widmet sich der Thematik nun mit Art. 32 nBöB bzw. nIVöB (*Lose und Teilleistungen*) in einem eigenen Artikel.

[17] Vgl. RPW 2007/3, S. 491 ff.

Dabei steht die Aufteilung einer öffentlichen Ausschreibung weiterhin im Ermessen der Auftraggeberin. Im Rahmen der parlamentarischen Debatte zur BöB-Revision fand die Thematik der (Bau-)Lose bzw. Teilleistungen lediglich bei der Diskussion um Vorschriften zum Heimatschutz in Form eines Verweises auf die mutmassliche Praxis im Ausland Erwähnung.[18]

5 Zielkonflikte zwischen Kartellrecht und Umweltschutz

Frage der WAK-S:

Gibt es bekannte Zielkonflikte zwischen dem Kartellrecht und dem Umweltschutz?

Zusammenfassung der Antwort:

- Umweltschutz wird teilweise durch staatliche Regulierung verwirklicht, welche dazu führt, dass das KG in den betroffenen Bereichen nicht anwendbar ist.
- Führen privatrechtliche Umweltschutzvereinbarungen zwischen Unternehmen zu einer Beschränkung des Wettbewerbs, ist das Kartellrecht hingegen anwendbar.
- Bereits die Botschaft zum geltenden KG hielt ausdrücklich fest, dass Umweltschutzanliegen (z. B. Energieverbrauch, Entsorgungsprobleme) als Rechtfertigungsgründe für Wettbewerbsabreden einschlägig sein können.
- In der Praxis scheint der potentielle Konflikt keine wesentliche Rolle zu spielen. Dem SECO, der WEKO und ihrem Sekretariat sind bis dato keine konkrete Fälle von Konflikten zwischen Kartellrecht und Umweltschutz bekannt.

Umweltschutz wird grundsätzlich durch staatliche Regulierung verwirklicht, welche dazu führt, dass das KG in den betroffenen Bereichen nicht anwendbar ist. Allerdings bestehen auch privatrechtliche Vereinbarungen betreffend Umweltschutz, die nicht in einer gesetzlichen Regelung begründet sind. Führen solche Vereinbarungen zwischen Unternehmen zu einer Beschränkung des Wettbewerbs, ist das Kartellrecht anwendbar. Das KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). In Bezug auf Wettbewerbsabreden sind deren Rechtfertigungsmöglichkeiten abschliessend in Art. 5 Abs. 2 KG aufgeführt, wobei es sich hier jedoch um offene Begriffe handelt, die ein breites Spektrum von Kooperationsabreden zulassen. Unter dem Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen (Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG) können auch Umweltschutzanliegen (z. B. Energieverbrauch, Entsorgungsprobleme) berücksichtigt werden, wie dies bereits in der Botschaft zum geltenden KG ausdrücklich festgehalten wurde.[19] Erfasst werden somit nicht nur Wettbewerbsabreden, die zu einer Verbesserung von unternehmerischen Ressourcen führen, sondern auch solche, die den unternehmerisch erforderlichen Einsatz von allgemeinen Ressourcen oder den Gebrauch von öffentlichen Gütern optimieren.[20] Umweltschutzanliegen spielen häufig auch im Rahmen von Vereinbarungen über die Zusammenarbeit bei der Forschung und Entwicklung[21] oder bei solchen über die Spezialisierung und Rationalisierung[22] eine Rolle.

Entsprechend der zuvor stehenden Ausführungen besteht in der Schweiz regelmässig kein Zielkonflikt zwischen Umweltschutz und Kartellrecht. Auch sind dem Sekretariat der WEKO keine entsprechenden Beschwerden von Unternehmen oder Verbänden bekannt.

---

[18] Vgl. SR Föhn am 10.12.2018, AB 2018 S 965 / BO 2018 E 965; ders. am 05.06.2020, AB 2019 S 315 / BO 2019 E 315.

[19] Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1994 468 (nachfolgend: Botschaft KG 1994), 558 f.; siehe auch Zäch, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2005, N 44 und 417.

[20] Botschaft KG 1994, 559.

[21] Siehe zu der entsprechenden kartellrechtlichen Praxis in der Schweiz sowie in der EU etwa Graber/Maschemer, DIKE-KG, Art. 6 N 36 ff.

[22] Siehe zu der entsprechenden kartellrechtlichen Praxis in der Schweiz sowie in der EU etwa Graber/Maschemer, DIKE-KG, Art. 6 N 72 ff.