



Bericht z.Hd. der WAK-S

Sitzung vom 25./26. Januar 2024

Teilrevision Kartellgesetz: Funktionsweise ausgewählter Aspekte des KG und Stellungnahme zu verschiedenen Anträgen

10. Januar 2024

Inhalt

1	Vorbemerkungen	2
2	Heutige Rechtslage und Funktionsweise des KG	2
2.1	Systematik des Gesetzes	2
2.2	Grundlage für die 1. Säule: Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)	3
2.3	Grundlage für die 2. Säule: Marktbeherrschung und relative Marktmacht (Art. 4 Abs. 2 und 2 ^{bis} KG)	4
2.4	Grundlage für die 3. Säule: Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)	4
2.5	Funktionsweise der 1. Säule: Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)	4
2.5.1	Einleitende Bemerkungen	4
2.5.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG)	6
2.5.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG)	7
2.5.4	Rechtfertigung aus Effizienzgründen (Art. 5 Abs. 2 KG)	8
2.5.5	Unzulässigkeit (Art. 5 Abs. 1 KG)	8
2.6	Funktionsweise der 2. Säule: Missbrauch einer marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Stellung (Art. 7 KG)	8
2.7	Untersuchungsgrundsatz und Beweislast	9
2.8	Spezialfall: ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen durch den Bundesrat (Art. 8 KG)	10
2.9	Vergleich Schweizer Recht mit EU-Recht	11
3	Umsetzung Motion 18.4282 Français	11
3.1	Forderung des Vorstosses	11
3.2	Vorschlag Bundesrat	11
3.3	Antrag 01 zu Artikel 5 Absatz 1 ^{bis} E-KG	13
3.3.1	Wortlaut des Antrags	13
3.3.2	Auswirkungen und Bewertung	13
3.4	Antrag 08 und 12 zu Artikel 5 Absatz 1 ^{bis} E-KG	15
3.4.1	Forderung der Anträge	15
3.4.2	Auswirkungen und Bewertung	15
3.5	Antrag 11 und 13 zu Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a E-KG	16





3.5.1	Wortlaut der Anträge	16
3.5.2	Auswirkungen und Bewertung.....	16
4	Antrag 09 zu Artikel 7 Abs. 3 (neu) E-KG.....	18
4.1	Wortlaut des Antrags	18
4.2	Auswirkungen und Bewertung	18
5	Antrag 04 zu Artikel 8 E-KG	19
5.1	Forderung des Antrags	19
5.2	Auswirkungen und Bewertung	19
5.3	Alternative Lösung (Dringlichkeitsaspekt).....	20

1 Vorbemerkungen

Der vorliegende Bericht wurde im Auftrag der WAK-S erstellt. Im Rahmen der Detailberatung der Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)¹ stellen sich zahlreiche Fragen in Bezug auf die aktuelle Funktionsweise der Art. 4, 5, 7 und 8 KG sowie deren allfällige Revision.

Zu Beginn wird die geltende Rechtslage und die **Funktionsweise des KG** betreffend diese Regelungen dargelegt (Ziffer 2). Im Anschluss werden die **einzelnen Anträge**, die eine Revision dieser Bestimmungen fordern, **eingeorordnet und bewertet** (Ziffer 3 bis 5). Soweit dies von der WAK-S gewünscht wurde, werden vorliegend auch alternative konkrete Formulierungsvorschläge genannt, um das jeweilige Anliegen passgenauer in die geltende Kartellrechtsordnung aufnehmen zu können.

2 Heutige Rechtslage und Funktionsweise des KG

2.1 Systematik des Gesetzes

In **Art. 4 Abs. 1–3 KG** nimmt der Gesetzgeber **Definitionen** von wichtigen Begriffen vor.

In den **Art. 5–10 KG** regelt er das *materielle Kartellrecht*, das heisst, er nennt Vorschriften und Verbote. Das KG beruht auf **drei Säulen**:

1. Bekämpfung von schädlichen Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)
2. Bekämpfung des Missbrauchs einer relativ marktmächtigen oder marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG)
3. Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9 f. KG)

Art. 8 KG ist schliesslich eine Ausnahmebestimmung, wonach der Bundesrat angerufen werden kann, um unzulässige Wettbewerbsabreden oder unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen temporär zu erlauben.

¹ SR 251



2.2 Grundlage für die 1. Säule: Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)

Art. 4 Abs. 1 KG definiert den Begriff der **Wettbewerbsabrede** und legt damit die Basis für die erste Säule des KG (Art. 5 KG). Demnach gelten als Wettbewerbsabreden *«rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken»*.

Die meisten Kooperationen, Vereinbarungen und Verträge zwischen Unternehmen stellen **keine Wettbewerbsabreden** im Sinne des KG dar. Eine solche sind sie nur dann, wenn sie eine **Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken**. Beim *«Bezwecken»* muss die Abrede objektiv geeignet sein, den Wettbewerb zu beschränken. Dabei sind stets die **konkreten Umstände des Einzelfalls** zu prüfen (konkretes Gefährdungsdelikt). Beim *«Bewirken»* müssen aktuelle oder potenzielle (d.h. in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintretende) Auswirkungen auf den Wettbewerb gegeben sein.

Liegt im Einzelfall *keine* Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vor, erübrigt sich eine weitere Prüfung nach Art. 5 KG. Die Kooperation zwischen den Unternehmen ist in diesem Fall ohne Weiteres zulässig.

Dies ist insbesondere für die Vereinbarung zwischen Unternehmen über eine **Arbeitsgemeinschaft (ARGE)** von Bedeutung: Eine ARGE ist zwar ein Vertrag (und damit eine Absprache bzw. Abrede im umgangssprachlichen Sinne), aber in aller Regel *keine Wettbewerbsabrede* nach Art. 4 Abs. 1 KG. Denn eine Zusammenarbeit in Form einer ARGE *fördert regelmässig den Wettbewerb*, indem sie Unternehmen (insb. KMU) überhaupt erst ermöglicht, für ein bestimmtes Projekt zu offerieren und dieses durchzuführen.

Nachfolgend finden sich einige **Beispiele für zulässige und unzulässige ARGE**:

- Stehen die **ARGE-Partner nicht miteinander im Wettbewerb** (z. B. ein Maurer, ein Sanitär und ein Bodenleger offerieren zusammen), ist diese Zusammenarbeit kartellrechtlich unproblematisch. Es liegt *keine* Wettbewerbsabrede vor (Art. 4 KG).
- **Bilden direkte Konkurrentinnen und 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 bzw. würden 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).
- **Nicht erlaubt ist hingegen etwa**, wenn die ARGE-Partner zur **Reduktion des Wettbewerbs vereinbaren**, nur eine einzige Offerte einzugeben, oder wenn sie dem Bauherrn gegenüber nicht als ARGE auftreten (verdeckte ARGE), sondern je eine eigene (und überhöhte) Scheinofferte eingeben. Solche Abreden dienen dem Schutz desjenigen Partners, der den Zuschlag erhalten soll, oftmals mit dem Ziel, dadurch eine Kartellrente zu erzielen. Es handelt sich in diesem Fall



um Wettbewerbsabreden nach Art. 4 KG, welche den Wettbewerb beschränken und damit den Bauherrn – sei dieser ein Privater, ein Unternehmen oder die öffentliche Hand – täuschen und häufig auch schädigen.

2.3 Grundlage für die 2. Säule: Marktbeherrschung und relative Marktmacht (Art. 4 Abs. 2 und 2^{bis} KG)

Art. 4 Abs. 2 und 2^{bis} KG definieren die Begriffe der **marktbeherrschenden und relativ marktmächtigen Stellung**, betreffen also die zweite Säule des KG (Art. 7 KG).

Als **marktbeherrschend** gelten *einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.*

Als **relativ marktmächtig** gilt *ein Unternehmen, von dem andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen.*

2.4 Grundlage für die 3. Säule: Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)

Art. 4 Abs. 3 KG definiert den Begriff des Unternehmenszusammenschlusses und betrifft die dritte Säule des KG (Art. 9 f. KG, Zusammenschlusskontrolle). Diese Bestimmungen sind für den vorliegenden Bericht nicht relevant, weshalb auf weitere Ausführungen hierzu verzichtet wird.

2.5 Funktionsweise der 1. Säule: Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)

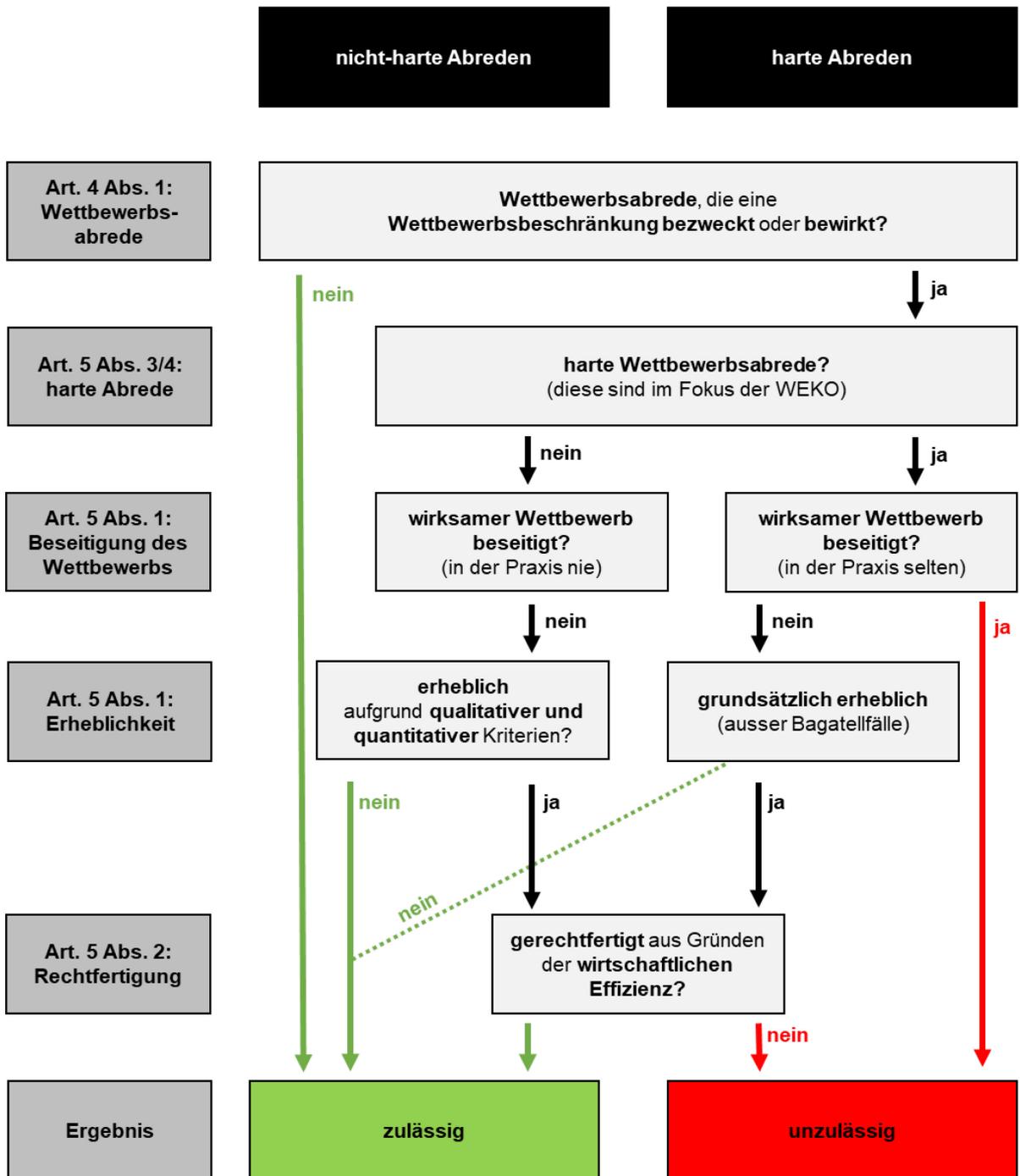
2.5.1 Einleitende Bemerkungen

Nur wenn überhaupt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, ist nach Art. 5 KG zu prüfen, ob diese *zulässig oder unzulässig* ist. Den Grundsatz hält Art. 5 Abs. 1 KG fest: Eine Wettbewerbsabrede ist unzulässig, wenn sie

- den wirksamen Wettbewerb **beseitigt**; oder
- den wirksamen Wettbewerb **erheblich** beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz **gerechtfertigt** ist.



Aus diesen beiden Konstellationen sowie den Präzisierungen in den Abs. 2, 3 und 4 ergibt sich das Prüfvorgehen, auf welches anhand des folgenden Schemas näher eingegangen wird.





2.5.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG)

Für fünf Typen von Abreden hat der Gesetzgeber die **Vermutung** aufgestellt, dass diese Abreden den Wettbewerb beseitigen. Grund dafür ist, dass diese *erfahrungsgemäss besonders schädlich für den Wettbewerb* sind.

Art. 5 Abs. 3 KG vermutet die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei den folgenden **drei horizontalen** Abredetypen: Abreden zwischen Wettbewerbern über

- Preise;
- Mengen;
- Gebiete.

Art. 5 Abs. 4 KG vermutet die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei den folgenden **zwei vertikalen** Abredetypen:

- Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Preisbindung zweiter Hand (Mindest- und Festpreise);
- Marktabschottung in Form des absoluten Gebietsschutzes (z. B. Verhinderung von Parallelimporten).

Nur bei diesen **fünf Abredetypen** spricht man von «**harten Abreden**». Aufgrund ihrer anerkannten grossen **Schädlichkeit** geht das Gesetz davon aus, dass sie vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen und deshalb unzulässig sind. Die Vermutung kann jedoch im Einzelfall *widerlegt* werden. Ist dies im konkreten Fall nicht möglich, so ist die Abrede verboten und direkt sanktionierbar. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann mit dem Nachweis umgestossen werden, dass der wirksame Wettbewerb durch die harte Abrede tatsächlich nicht beseitigt wird, sondern dass trotz der Abrede ein gewisser Wettbewerb stattfindet. So wurde die Vermutung etwa auch im Gaba-Fall widerlegt, da es auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta ausgehend von einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse sowohl einen gewissen Intra- als auch Interbrand-Wettbewerb gab.²

Bei allen anderen Abredetypen (nicht-harten Abreden) gilt die Vermutung der Beseitigung nicht.

Folgende zwei Punkte ergeben sich **nicht direkt aus dem Gesetzeswortlaut**, sind aber für das Verständnis der Beurteilung von Wettbewerbsabreden durch die WEKO wichtig:

- Die Ressourcen der Wettbewerbsbehörden sind beschränkt. Deshalb untersuchen sie nicht alle möglichen Wettbewerbsabreden, sondern konzentrieren sich auf die fünf Typen von harten Abreden, welche der Gesetzgeber als **besonders problematisch qualifiziert** hat. Nicht-harte Abreden hingegen sind selten Gegenstand von WEKO-Verfahren.

² Vgl. RPW 2010/1, 84 Rn. 300 – *Gaba*. *Notabene* hat die WEKO im Gaba-Entscheid die Umstossung der Vermutung in den Rn. 170 bis 300 und somit auf insgesamt 28 Seiten im Detail geprüft. Dies zeigt exemplarisch, dass die WEKO bei jedem einzelnen Prüfungsschritt umfangreiche Abklärungen vornimmt.



- Beim Nachweis einer harten Abrede vermutet das Gesetz, dass der Wettbewerb beseitigt ist. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes prüfen die Wettbewerbsbehörden aber immer von Amtes wegen, ob das im konkreten Einzelfall wirklich zutrifft. In den meisten Fällen kommen sie zum Ergebnis, dass es trotz harter Abrede noch einen gewissen «Restwettbewerb» auf dem betroffenen Markt gibt. Folglich kann die Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG **fast immer widerlegt werden**, was im Interesse der beteiligten Unternehmen ist. Das heisst aber nicht, dass deren Wettbewerbsabrede dann zulässig wäre; vielmehr ist nun zu prüfen, ob sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt oder nicht.

2.5.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG)

Bei Abreden, welche den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, ist zu prüfen, ob sie 1) den Wettbewerb **erheblich beeinträchtigen** und 2) sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 KG). Falls beides bestätigt wird, sind sie unzulässig, andernfalls zulässig.

Viele Jahre war unklar und umstritten, was «**erhebliche Beeinträchtigung**» heisst. Das Bundesgericht hat in seinem **Urteil in Sachen Gaba**³ festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine *Bagatellklausel* darstellt. Das heisst, dass die **fünf harten Abredetypen**, welche einen besonders problematischen und daher qualitativ schwerwiegenden Gegenstand aufweisen (Preis, Menge, Gebiet), **grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung** anzusehen sind. Eine zusätzliche Analyse anhand quantitativer Kriterien (z. B. Marktanteile, Umsätze, Markteintritte und -austritte) ist bei solchen harten Abreden nicht erforderlich.

Zudem ist es **nicht notwendig, tatsächliche Auswirkungen oder eine Umsetzung** nachzuweisen. Vielmehr genügt, dass die konkrete harte Abrede den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen kann.

Bei **nicht-harten Wettbewerbsabreden** ist die Erheblichkeit hingegen im Einzelfall anhand einer **Gesamtbetrachtung qualitativer und quantitativer Kriterien** festzustellen. Zwar sind solche nicht-harten Abreden im Unternehmensalltag häufig anzutreffen, Gegenstand eines WEKO-Verfahrens sind sie hingegen nur selten.

Die Gaba-Rechtsprechung stimmt im Ergebnis mit dem EU-Recht und dem Recht der EU-Mitgliedstaaten überein und wurde vom Bundesgericht mehrfach bestätigt. Sie hat in Bezug auf den Begriff der Erheblichkeit **Rechtssicherheit** gebracht: Die Unternehmen wissen – auch ohne Beizug von spezialisierten juristischen und ökonomischen Beratungsbüros –, dass sie von harten Wettbewerbsabreden Abstand halten sollen. Zudem sind seither die **Verfahren generell kürzer** und günstiger geworden und wurden öfters mit einvernehmlichen Regelungen abgeschlossen.

Doch auch Wettbewerbsabreden, welche das Kriterium der Erheblichkeit erfüllen, sind nicht *per se* verboten: Vielmehr ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob sie im konkreten Einzelfall ökonomisch gerechtfertigt werden können.

³ BGE 143 II 297.



2.5.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen (Art. 5 Abs. 2 KG)

Art. 5 Abs. 2 KG zeigt auf, unter welchen Umständen erhebliche Wettbewerbsabreden **aus ökonomischen Gründen gerechtfertigt** sind. Dafür müssen die folgenden **drei Kriterien** kumulativ erfüllt sein:

1. Durch die Wettbewerbsabrede können die Herstellungs- oder Vertriebskosten gesenkt, Produkte oder Produktionsverfahren verbessert, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen gefördert oder Ressourcen rationeller genutzt werden.
2. Die Wettbewerbsabrede muss zur Erreichung dieser Ziele **notwendig** sein. Es darf also kein milderes Mittel geben, mit dem der gleiche Effekt erzielt werden kann.
3. Schliesslich darf den beteiligten Unternehmen durch die Wettbewerbsabrede **in keinem Fall** ermöglicht werden, den **wirksamen Wettbewerb zu beseitigen**.

2.5.5 Unzulässigkeit (Art. 5 Abs. 1 KG)

Wenn eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt und sie den Wettbewerb entweder beseitigt oder erheblich beeinträchtigt, ohne dass sie ökonomisch gerechtfertigt werden kann, ist sie nach Art. 5 Abs. 1 KG **unzulässig**. Nur in diesem Fall kann die WEKO intervenieren und Verbote aussprechen.

Eine **direkte Sanktionierung** ist überdies **nur bei den fünf harten Abredetypen** möglich (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG). Nicht-harte Abreden sind nur im Wiederholungsfall sanktionierbar (vgl. Art. 50 KG), was in der Praxis aber kaum je vorkommt.

2.6 Funktionsweise der 2. Säule: Missbrauch einer marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Stellung (Art. 7 KG)

Art. 7 Abs. 1 KG verbietet den Missbrauch einer **marktbeherrschenden** bzw. **relativ marktbeherrschenden Stellung** eines Unternehmens (definiert in Art. 4 Abs. 2 und 2^{bis}). Gewisse Unternehmen sind in einem bestimmten Markt so bedeutend, dass sie dies ausnutzen könnten, um wettbewerbswidrige Vorteile zu erlangen. Dies betrifft beispielsweise **staatsnahe Unternehmen** wie etwa die Swisscom AG oder die Post AG auf Bundesebene oder Stromversorgungsunternehmen auf kantonaler Ebene.

Die Bestimmung verbietet eine marktbeherrschende oder relativ marktmächtige Stellung *nicht* an sich (hierzu dient in gewissen Fällen die Zusammenschlusskontrolle). Vielmehr akzeptiert das KG solche mächtigen Stellungen, verbietet aber gewisse **missbräuchliche Verhaltensweisen**, welche ansonsten Kundinnen und Kunden sowie Wettbewerberinnen und Wettbewerber und somit dem Wettbewerb schaden würden. Art. 7 Abs. 2 KG listet **sieben Beispieltatbestände** (sog. Regelbeispiele) auf, welche typischerweise einen Missbrauch darstellen können. Darunter fallen z. B. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Bst. a), die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Bst. b) sowie eine Behinderung bei der freien Beschaffung von Gütern im Ausland (Bst. g).



Allerdings ist eine entsprechende Verhaltensweise **nicht automatisch unzulässig**. Auch in diesen Fällen prüfen die Behörden **stets im Einzelfall** in einem ersten Schritt, ob die konkrete Verhaltensweise **geeignet** ist, den **Wettbewerb zu verfälschen**. Vorausgesetzt wird, dass durch die Verhaltensweise ein anderes Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt bzw. ausgebeutet wird. In einem zweiten Schritt sind mögliche **Rechtfertigungsgründe** (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen: Unzulässiges Verhalten liegt nur dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Behinderung bzw. Ausbeutung vorliegt. Beispielsweise kann eine Diskriminierung von Abnehmern durch lineare Mengenrabatte oder durch eine (nach Art. 5 KG) zulässige Ausgestaltung des Vertriebssystems sachlich gerechtfertigt sein.

Der **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung** ist gemäss Art. 49a Abs. 1 KG **direkt sanktionierbar**. Hingegen ist der Missbrauch einer relativ marktmächtigen Stellung nur im Wiederholungsfall sanktionierbar (Art. 50 KG).

2.7 Untersuchungsgrundsatz und Beweislast

Art. 5 und 7 KG sind sowohl im Zivilverfahren als auch im Verwaltungs-(sanktions-)Verfahren materiellrechtlich identisch anwendbar. Verfahrensmässig gibt es hingegen bedeutende Unterschiede.

Im **Zivilverfahren** vor den kantonalen Zivilgerichten muss derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB⁴).

Im **Verwaltungs-(sanktions-)Verfahren** ist es anders: Die WEKO und ihr Sekretariat sind aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG⁵). Sie tragen für alle belastenden und entlastenden Umstände die **Beweisführungslast**. Im Einzelfall kann ein Unternehmen eine Mitwirkungsobliegenheit treffen: Macht es z. B. betriebsinterne Rechtfertigungsgründe geltend, liegt es in seinem Interesse, diese von sich aus den Behörden offenzulegen.

Neben der Beweisführungslast tragen die Wettbewerbsbehörden in KG-Sanktionsverfahren auch die Folgen der Beweislosigkeit, d. h. die **Beweislast**. Bestehen Zweifel, darf daher keine Verurteilung erfolgen. Konkret bedeutet dies in der Praxis, dass die WEKO und ihr Sekretariat den **gesamten Sachverhalt** abklären und **nachweisen** müssen in Bezug auf:

1. das **Vorliegen einer Wettbewerbsabrede** oder einer marktbeherrschenden bzw. relativ marktmächtigen Stellung (Art. 4 KG);
2. die **Beseitigung des Wettbewerbs** bzw. die **Erheblichkeit** einer Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG) oder den **Missbrauch** einer marktbeherrschenden bzw. relativ marktmächtigen Stellung (Art. 7 KG) und

⁴ SR 210

⁵ SR 172.021



3. das **Nichtvorliegen ökonomischer Rechtfertigungsgründe** für eine Wettbewerbsabrede (Art. 5 Abs. 2 KG) bzw. einer **sachlichen Rechtfertigung** für den Missbrauch (Art. 7 Abs. 1 KG).

Im Rahmen der Umsetzung der **Motion 21.4189 Wicki** «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz» schlägt der Bundesrat vor, die **Beweislast ausdrücklich im KG zu regeln**. Art. 53 Abs. 4 E-KG soll zukünftig festhalten, dass in sanktionierbaren Fällen die Behörden die Beweislast für das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen einer vorgeworfenen Verhaltensweise tragen. Dies gilt auch für die Frage, ob im konkreten Fall Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen oder nicht.

2.8 Spezialfall: ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen durch den Bundesrat (Art. 8 KG)

Art. 8 KG ermächtigt den Bundesrat, in Ausnahmefällen Verstösse gegen das KG zuzulassen. Dies ist an sich systemfremd, da es Aufgabe des Gesetzgebers ist zu definieren, in welchen Bereichen das KG nicht zur Anwendung gelangt. Art. 8 KG ist denn auch als Ausnahmebestimmung konzipiert. Die Vorschrift wurde bis heute nur wenige Male angerufen (z. B. zur Zulassung der Buchpreisbindung), vom Bundesrat allerdings noch nie angewandt.

Die Anwendung von Art. 8 KG setzt voraus, dass die WEKO eine Wettbewerbsabrede oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung **vorab** als unzulässig beurteilt hat. Diesfalls kann der Betroffene beantragen, dass der Bundesrat die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung aufgrund **überwiegender öffentlicher Interessen** (z. B. Umwelt-, Kulturgüter-, Arbeitnehmerschutz) ausnahmsweise zulässt. Die vorgängige **kartellrechtliche** Prüfung durch die WEKO benötigt der Bundesrat, um das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen und mit anderen öffentlichen Interessen abzuwägen.⁶

Das öffentliche Interesse muss dabei schwerer wiegen als die Nachteile der Abrede oder Verhaltensweise in wettbewerblicher Hinsicht. Der angerufene Rechtfertigungsgrund muss also in der *Wertordnung der öffentlichen Interessen einen bedeutenden Stellenwert* einnehmen. Schliesslich muss das Mittel auch **notwendig** zur Wahrung des angerufenen öffentlichen Interesses sein, eine blosser Tauglichkeit genügt nicht.

Art. 31 Abs. 1 KG sieht vor, dass Art. 8 KG erst nach einem (nicht rechtskräftigen) **Entscheid der WEKO** angerufen werden kann. Ein Abwarten eines gerichtlichen Entscheids ist nicht erforderlich, aber dennoch möglich (vgl. Art. 31 Abs. 2 KG). Die Zulassung ist **stets zeitlich zu beschränken** und kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden (Art. 31 Abs. 3 und 4 KG). Nach einer ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat wäre der Ball beim Gesetzgeber: Er müsste entscheiden, ob er spezialgesetzlich bestimmte Verhaltensweisen vom KG dauerhaft dispensieren will oder nicht.

⁶ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468, 577 f.



2.9 Vergleich Schweizer Recht mit EU-Recht

Das Schweizer Kartellrecht entspricht grundsätzlich dem EU-Recht sowohl in Bezug auf die Behandlung von Wettbewerbsabreden als auch hinsichtlich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. In Bezug auf Wettbewerbsabreden kommt auch ein vom SECO in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten zu diesem Schluss.⁷ Was die WEKO und die Gerichte bisher als unzulässig beurteilt haben wäre – soweit ersichtlich – auch gemäss EU-Recht unzulässig gewesen. So hielt auch das Bundesgericht in Bezug auf harte vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG fest, dass der Gesetzgeber eine **materiell identische Regelung** wollte.⁸ Dass sich die Wettbewerbsbehörden bei der KG-Anwendung an den entsprechenden Regeln im EU-Kartellrecht orientieren, hat auch für die Unternehmen Vorteile: Einerseits können sie schon vorab aufgrund der reichhaltigen Praxis in der EU besser abschätzen, ob ihre Verhaltensweise problematisch ist oder nicht. Andererseits können sie ihr in der EU praktiziertes zulässiges Verhalten auch in der Schweiz umsetzen im Vertrauen darauf, dass es auch hier erlaubt ist.

3 Umsetzung Motion 18.4282 Français

3.1 Forderung des Vorstosses

Die Motion 18.4282 Français «Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» fordert die «Präzisierung» von Art. 5 KG. Bei der Prüfung der Unzulässigkeit von Abreden sollen sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigt werden.

In der politischen und öffentlichen Diskussion wurde in diesem Zusammenhang auch gefordert, das KG so anzupassen, dass die Wettbewerbsbehörden Arbeitsgemeinschaften (ARGE) und leichte Verstösse gegen das KG nicht ins Visier nehmen.

3.2 Vorschlag Bundesrat

Zur Umsetzung schlägt der Bundesrat deshalb drei Elemente vor:

1. einen neuen Art. 4 Abs. 1^{bis} E-KG zur klarstellenden «Freistellung» von ARGE;⁹
2. gemäss dem Wortlaut der Motion einen neuen Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG betreffend die Erheblichkeit;¹⁰ und

⁷ Vgl. Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der EU in Bezug auf die Beurteilung von Wettbewerbsabreden vom 23. Oktober 2023, abrufbar unter www.seco.admin.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Wettbewerb und Service Public > Kartellgesetz.

⁸ BGE 143 II 297, E. 6.2.3, *Gaba*.

⁹ Gemäss Art. 4 Abs. 1^{bis} E-KG gelten nicht als Wettbewerbsabreden Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen über Arbeitsgemeinschaften, welche wirksamen Wettbewerb ermöglichen oder diesen stärken.

¹⁰ Gemäss Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG sind bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.



3. einen neuen Art. 27 Abs. 1^{bis} E-KG betreffend das Nichtaufgreifen von leichten Verstössen.¹¹

Der Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG führt eine neue Pflicht zur Prüfung und Begründung von qualitativen und quantitativen Aspekten in jedem Einzelfall ein. Dies würde auch für **harte Abreden gelten**, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen können (aber nicht beseitigen, siehe Schema in Ziff. 2.5.1).

Damit würden auch bei harten Abreden einzelfallweise quantitative Aspekte geprüft. Diese Prüfung betrifft neu somit die Erheblichkeit als auch wie bisher die Effizienzrechtfertigung. Die Abwägung von qualitativen und quantitativen Kriterien und ihres Ausmasses erfolgt einzelfallweise in einer **Gesamtbeurteilung**. Dabei kann eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs erheblich sein, wenn sie qualitativ schwerwiegend ist, aber quantitativ geringfügig. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung erheblich sein, wenn sie qualitativ geringfügig ist, aber quantitativ schwerwiegend. In Anlehnung an den Motionstext wird **bewusst eine offene Formulierung** gewählt, da die Vielfalt und Komplexität des Wirtschaftslebens gegen ein enges Korsett fester Grenzwerte wie bspw. Marktanteilsschwellen sprechen.

Diesbezüglich wird die **faktische Praxis vor dem Gaba-Entscheid wiederhergestellt**. Aus Sicht des Bundesrates wird damit das ursprüngliche Anliegen der Motion 18.4282 Français vollständig erfüllt. Der Bundesrat empfiehlt dem Gesetzgeber weiterhin, auf diese Schwächung der Bekämpfung von harten Kartellen zu **verzichten** (vgl. dazu die Begründung in Ziff. 3.4.2). Im Gegensatz dazu führten die Anträge 01, 11 und 13 zu Art. 5 KG (siehe unten) zu einer noch weitgehenderen Schwächung des KG.

Die beiden anderen Elemente der Revision gehen über den Wortlaut der Motion hinaus. In Bezug auf die Zulässigkeit von **ARGE** wird auf gesetzlicher Ebene Klarheit geschaffen: ARGE sind in der Regel nützlich, stellen keine Wettbewerbsabrede dar und sind deshalb ohne weiteres zulässig (Art. 4 Abs. 1^{bis} E-KG). Die Bestimmung zu den ARGE ist aus Sicht des Bundesrates in Art. 4 KG zu regeln – was im Übrigen auch zum Vorteil der betroffenen Unternehmen ist. Dieser Artikel definiert, welche Arten von Abreden gemeint sind, die unter Art. 5 KG geprüft werden sollen. Indem das Gesetz neu explizit festhält, dass ARGE grundsätzlich keine Wettbewerbsabreden im kartellrechtlichen Sinn sind, wissen die Wettbewerbsbehörden, dass sie diese gar nicht erst aufgreifen und untersuchen sollen.

Schliesslich wird das **Opportunitätsprinzip** für leichte Verstösse eingeführt (Art. 27 Abs. 1^{bis} E-KG). Unter dem Opportunitätsprinzip versteht man das Ermessen einer Behörde, ob sie einen Fall aufgreift.¹²

¹¹ Gemäss Art. 27 Abs. 1^{bis} E-KG kann bei Anhaltspunkten für leichte Verstösse von der Eröffnung einer Untersuchung abgesehen oder eine eröffnete Untersuchung eingestellt werden.

¹² So sieht etwa Art. 52 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) als eine Form des Opportunitätsprinzip vor, dass die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung absieht, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind.



Diese beiden Anpassungen erachtet der Bundesrat als *hilfreich*, um die von Unterstützern der Motion geforderten Verbesserungen betreffend ARGE und leichte Verstösse umzusetzen.

3.3 Antrag 01 zu Artikel 5 Absatz 1^{bis} E-KG

3.3.1 Wortlaut des Antrags

Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG

Eine Wettbewerbsabrede, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, liegt nur dann vor, wenn sie umgesetzt worden ist und wenn tatsächliche, schädliche Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb nachgewiesen sind. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.

3.3.2 Auswirkungen und Bewertung

Der vorliegende Antrag verlangt eine gesetzliche Regelung, welche weit über den Wortlaut der Motion Français und deren Umsetzungsvorschlag des Bundesrats hinausgeht.

Die Bewertung des Antrags gestaltet sich insofern schwierig, als der **Wortlaut des Antrags** nicht mit dem übereinstimmt, was der **Antragssteller** mündlich ausgeführt hat. Im Rahmen der Beratungen in der WAK-S stellte der Antragssteller explizit klar, dass der vorliegende Antrag **ausschliesslich für nicht-harte** Abreden gelten soll.¹³ Allerdings zeigt das eingangs skizzierte Prüfungsschema (vgl. Ziff. 2.5.6), dass die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG in der Praxis in erster Linie harte Abreden betreffen würde. Gerade bei harten Abreden würden diese Anpassungen von Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG jedoch eine bedeutende Schwächung der Bekämpfung von Kartellen mit sich bringen:

Der Antrag sieht *erstens* den Nachweis der **Umsetzung** einer Wettbewerbsabrede vor, um diese als erheblich beurteilen zu können. Bei einer abgestimmten Verhaltensweise, z. B. dem Informationsaustausch über Preise zwischen Konkurrentinnen und Konkurrenten, muss bereits heute ein Verhalten, also eine Umsetzung, nachgewiesen werden. Bei Vereinbarungen reicht hingegen die Einigung der Unternehmen, mittels eines Kartells den Wettbewerb zu beschränken.

Nach dem Wortlaut des Antrags wäre es den Unternehmen neu erlaubt, Wettbewerbsabreden (inklusive harte Kartell-Abreden) abzuschliessen. Gleichzeitig wäre es ihnen jedoch untersagt, diese umzusetzen. Welchen Vorteil eine solche Regelung für die Unternehmen oder die Wirtschaft haben soll, ist nicht ersichtlich. Sie dürfte den Kartellunternehmen allerdings eine **zusätzliche Verteidigungslinie** in laufenden Verfahren bieten. Damit ginge eine Erhöhung des Aufwandes, der Dauer und der Kosten der Verfahren einher.

¹³ Vgl. Protokoll der WAK-S vom 17. Oktober 2023, S. 8, 12 und 15.



Zweitens wäre gemäss Wortlaut des Antrags die Erheblichkeit nur zu bejahen, wenn die Behörden im Einzelfall «**tatsächliche, schädliche Auswirkungen**» nachweisen könnten (siehe hierzu auch Ziff. 4 betreffend Antrag 09 zu Art. 7 Abs. 3 E-KG). Dies würde gerade bei harten Abreden eine Abkehr vom bewährten und international anerkannten Grundsatz bedeuten, dass die «**Eignung**» einer konkreten Abrede, dem Wettbewerb zu schaden, ausreichend ist, um sie als grundsätzlich erheblich und damit schädlich qualifizieren zu können (eine ökonomische Rechtfertigung ist stets vorbehalten).

Dies hätte **gravierende Folgen für die wirksame Bekämpfung von harten Kartellen**. Tatsächliche Auswirkungen sind in der Praxis häufig sehr schwierig und teilweise unmöglich zu beweisen. Sehr oft fehlt es an den erforderlichen Daten für eine belastbare Wirkungsanalyse. Die Parteien könnten daher in vielen Fällen einfach behaupten, dass ohne Abrede der gleiche Preis bestanden hätte. Die Wettbewerbsbehörden könnten das Gegenteil (aufgrund mangelnder Daten) oft nicht gerichtsfest darlegen. Im Ergebnis würden viele **schädliche Wettbewerbsabreden de facto legalisiert**, auch besonders schädliche harte Abreden.

Gewinner des geschwächten Gesetzes wären diejenigen Unternehmen, welche erfolgreich (heute unzulässige) *Kartelle schliessen* und dadurch **höhere Preise** (sog. Kartellrenten) erzielen können. Die Kosten dafür bezahlen müsste die Kundschaft dieser Unternehmen, also KMU z. B. als Abnehmerinnen oder Bauherrinnen, Konsumentinnen und Konsumenten sowie Steuerzahlerinnen und -zahler.

Zudem lassen sich tatsächliche, schädliche Auswirkungen – wenn überhaupt – immer *erst im Nachhinein* und mit aufwändigen Analysen feststellen. Die Unternehmen, und zwar insbesondere KMU, könnten daher zum Zeitpunkt, in dem sie sich für oder gegen eine bestimmte Kooperation entscheiden, nicht antizipieren, ob diese zulässig ist oder nicht. Dies ist der **Rechtssicherheit abträglich**. Überdies würde die Auswirkungs-Prüfung dazu führen, dass die Beurteilung von (Kartell-)Abreden in der Schweiz **nicht mehr EU-kompatibel** wäre. Schliesslich würde damit auch ein **Widerspruch** zu den **Empfehlungen der OECD**¹⁴ entstehen.

Im Ergebnis geht der Antrag **deutlich über den Umsetzungsvorschlag des Bundesrates** hinaus. KG-Verfahren vor der WEKO und den Gerichten würden zukünftig noch komplexer und dadurch noch **länger und teurer**.

Wird der Wortlaut des Antrags auf **nicht-harte Abreden beschränkt**, wie vom Antragsteller in der WAK-S gefordert, bleibt das Grundproblem für die Kartellrechtsdurchsetzung bestehen: Umsetzung und Auswirkungen zu verlangen ist überschüssend. In der Praxis reduzierte sich das Problem jedoch, weil die Behörden aus Prioritätsgründen vor allem gegen harte Abreden vorgehen (vgl. Ziff. 2.5.2). Bei harten Abreden wäre die neue Regel nicht anwendbar. In diesem Zusammenhang ist wichtig, die **Beschränkung auf nicht-harte Abreden** ausdrücklich und eindeutig in den Wortlaut von Art. 5

¹⁴ Vgl. OECD, Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels vom 2. Juli 2019, abrufbar unter: www.oecd.org > Directorate for Financial and Enterprise Affairs > Competition > Recommendation > Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels.



Abs. 1^{bis} E-KG aufzunehmen. Ansonsten drohen Rechtsunsicherheit und jahrelange Rechtsstreitigkeiten.

Eine den mündlichen Ausführungen des Antragsstellers entsprechende Formulierung der Norm könnte wie folgt lauten:

Eine Wettbewerbsabrede, welche weder den Tatbestand von Absatz 3 noch von Absatz 4 erfüllt, beeinträchtigt den Wettbewerb dann erheblich, wenn sie umgesetzt worden ist und wenn tatsächliche, schädliche Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb nachgewiesen sind. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.

Aus Sicht der Verwaltung ist allerdings auch diese Formulierung abzulehnen, da sie die Durchsetzung des Kartellrechts der Schweiz aus den genannten Gründen ebenfalls schwächt.

3.4 Antrag 08 und 12 zu Artikel 5 Absatz 1^{bis} E-KG

3.4.1 Forderung der Anträge

Die beiden gleichlautenden Anträge fordern die Streichung von Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG.

3.4.2 Auswirkungen und Bewertung

Die Motion 18.4282 Français spricht zwar von der «Präzisierung» von Art. 5 KG, um die Rechtssicherheit für die Unternehmen zu erhöhen. In der parlamentarischen Debatte wurde jedoch klar, dass sich die Befürchtungen einer ungenügenden Rechtssicherheit insbesondere auf die Bildung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) beziehen. Der Umsetzungsvorschlag des Bundesrates besteht deshalb aus den drei erwähnten Elementen (vgl. Ziff. 3.2). Der vorliegende Antrag möchte nun die Umsetzung der Motion auf die beiden Elemente betreffend ARGE sowie leichte Verstösse beschränken und im Gegenzug Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG ersatzlos streichen.

Dieser Antrag ist zu begrüßen. Denn so werden einerseits die **Hauptorgen** betreffend die Behandlung von Wettbewerbsabreden vollumfänglich adressiert. Andererseits werden durch die beantragte Streichung der Regelung in Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG **mehrere Nachteile vermieden**, welche mit dieser Bestimmung verbunden sind und auch welche der Bundesrat bereits bei der Behandlung der Motion hingewiesen hatte. Bei einer Streichung:

- wird die Bekämpfung schädlicher harter Abreden nicht geschwächt;¹⁵
- bleibt die effektive Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz möglich;
- wird ein Widerspruch zur neuen Bestimmung des Parlaments zur relativen Marktmacht verhindert;¹⁶

¹⁵ Vgl. das Interview mit dem Motionär in *Bilan* vom 4. September 2023 «*Mon objectif est d'affaiblir la lutte contre les cartels*».

¹⁶ Vgl. Botschaft vom 24. Mai 2023 zur Teilrevision des Kartellgesetzes, BBl 2023 1463, S. 29.



- wird die Rechtssicherheit gewahrt, weil klar ist, dass harte Abreden grundsätzlich unzulässig sind, sofern sie im Einzelfall nicht ökonomisch gerechtfertigt werden können;
- wird die Verkomplizierung, Verlängerung und Verteuerung von Verfahren verhindert;
- wird eine neue Differenz zum EU-Recht verhindert.

Der Bundesrat begrüsst daher die Streichung, denn sie ist im Interesse aller Nachfrager/-innen wie insbesondere KMU, Konsumentinnen und Konsumenten sowie Steuerzahlerinnen und -zahler.

3.5 Antrag 11 und 13 zu Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a E-KG

3.5.1 Wortlaut der Anträge

Art. 5 Abs. 3 Bst. a E-KG

Abreden über die ~~direkte oder indirekte~~ Festsetzung von Preisen Mindest- oder Festpreise für Verträge mit Dritten

3.5.2 Auswirkungen und Bewertung

Anders als es die Begründung des Antrags ausführt, geht es hier **nicht um einen «Alternativvorschlag»** zu Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG. Die Anpassung hat weder einen Zusammenhang mit der Motion 18.4282 Français noch mit der Gaba-Rechtsprechung noch mit der Frage der Erheblichkeit. Sie weicht die Regeln für **harte horizontale Preiskartelle** auf. Konkret soll:

1. die «indirekte Preisfestsetzung» nicht mehr ausdrücklich im Gesetz erwähnt werden;
2. die Vereinbarung von Höchstpreisen unter direkten Konkurrentinnen und Konkurrenten aus dem Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gelöst werden, und
3. der Anwendungsbereich auf «Verträge mit Dritten» begrenzt werden.

Damit wird das KG im Bereich harter horizontaler Preiskartelle **geschwächt**.

Ad 1: Die bisherige Regelung umfasst auch die **indirekte Preisfixierung**, also gemäss Praxis das Abmachen von Preisbestandteilen wie Rabatten, Bruttopreisen, Treibstoffzuschlägen usw. und Vereinbarungen über die Kriterien zur Anwendung von Preis-elementen und Rabatten. Das Streichen des Wortepaars «direkte oder indirekte» könnte so ausgelegt werden, dass neu nur noch das Festsetzen von Endpreisen vom Tatbestand erfasst ist. Kartellanten könnten beispielsweise damit einfach Preisabreden treffen, indem sie abmachen, keine Rabatte zu gewähren, Preise um 20 % zu erhöhen, sich nicht gegenseitig zu unterbieten, ihre Preise für die Schweiz um 30 % höher anzusetzen als im Ausland, identische Zuschläge z. B. für Treibstoffe zu verlangen, Kostensteigerung voll auf die Konsumentinnen und Konsumenten zu überwälzen etc. – all dies zu Lasten der Kundschaft und ohne dass sie einem Sanktionsrisiko ausgesetzt wären.



Ad 2: Dass die **Vereinbarung von Höchstpreisen** bei horizontalen Abreden nach dem Antrag nicht mehr unter die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fällt, wäre nicht sachgerecht: So wären etwa *einkaufsseitige horizontale Abreden zu Höchstpreisen* neu nicht mehr der Vermutung unterworfen und nicht sanktionierbar. Beispielsweise könnten z. B. zwei grosse Detailhändler neu miteinander abmachen, ihren Lieferanten weniger für ihre Produkte zu zahlen als bisher, ohne Sanktionen befürchten zu müssen.

Ad 3: Völlig unklar ist schliesslich, wie die neue Voraussetzung **«für Verträge mit Dritten»** zu verstehen ist.

Ein grosses Problem des Antrags ist, dass er im Dunkeln lässt, was die neuen Formulierungen tatsächlich bedeuten. Materialien (wie etwa eine Botschaft) dazu wird es nicht geben. Insbesondere wird umstritten sein, ob z. B. das Streichen von «indirekt» zu einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers führt oder ob das «indirekt» weiterhin mittels Auslegung mitgemeint bleibt. Es ist davon auszugehen, dass die neuen Formulierungen zu heftigem **Auslegungsstreit** und damit zu langjähriger **Rechtsunsicherheit** führen würde. Zur Klärung müssten Unternehmen (insb. KMU) juristische und ökonomische Beratung einkaufen.

Zudem würde die vorgeschlagene Anpassung im Bereich horizontaler Preiskartelle eine neue Differenz zum EU-Recht schaffen.

Möglicherweise beabsichtigen die Antragsteller nur, gesetzlich zu regeln, wie **Bruttopreisabreden**¹⁷ kartellrechtlich zu beurteilen sind. Diesfalls wäre folgendes zu bedenken: Zum einen schießt der Wortlaut des Antrags weit über dieses Ziel hinaus. Er müsste unbedingt auf die Bruttopreise eingeschränkt werden (z. B. *«[...] Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, ausgenommen Bruttopreise»*). Zum anderen ist diese Frage der Bruttopreise zurzeit Gegenstand von Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und danach voraussichtlich dem Bundesgericht. Aus rechtsstaatlichen Gründen (Gewaltenteilung) stellt sich für den Gesetzgeber die Frage, ob er so dringenden Handlungsbedarf sieht, dass er während hängigen Gerichtsverfahren die Regeln ändern will. Er kann auch die (höchstrichterliche) Rechtsprechung abwarten und danach entscheiden, ob überhaupt und welche konkrete Korrektur auf Stufe Gesetz notwendig ist.

¹⁷ Unter einer Bruttopreisabrede versteht man eine Vereinbarung zwischen Konkurrentinnen und Konkurrenten, bei denen die Preise für Waren oder Dienstleistungen festgelegt werden, den Beteiligten allerdings die Gewährung von Rabatten erlaubt ist.



4 Antrag 09 zu Artikel 7 Abs. 3 (neu) E-KG

4.1 Wortlaut des Antrags

Art. 7 Abs. 3 (neu) E-KG

Ein unzulässiges Verhalten gemäss Abs. 1 und 2 liegt nur dann vor, wenn tatsächliche, schädliche Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb nachgewiesen sind.

4.2 Auswirkungen und Bewertung

Der Revisionsentwurf des Bundesrates enthält keine Anpassungen hinsichtlich der Missbrauchskontrolle gemäss Art. 7 KG. Die *aktuelle Lösung funktioniert*; sie entspricht im Hinblick auf marktbeherrschende Unternehmen derjenigen in der EU und ist gestützt auf die Rechtsprechung der Gerichte **klar und rechtssicher** für die Unternehmen und die Behörden.

Die geforderte Anpassung würde die Bekämpfung von Missbräuchen durch marktmächtige und -beherrschende Unternehmen stark erschweren und somit das Schweizer **Kartellrecht wesentlich schwächen**. Marktmächtige und -beherrschende Unternehmen agieren definitionsgemäss auf Märkten, in welchen der Wettbewerb ohnehin schon geschwächt ist. Hierunter befinden sich eine Reihe von **staatlichen bzw. staatsnahen Unternehmen** (z. B. Post, Swisscom, Elektrizitätswerke). Deren Tätigkeiten werden derzeit durch diverse parlamentarische Vorstösse kritisiert.¹⁸ Eine Schwächung des geltenden Art. 7 KG, mit welchem die Wettbewerbsbehörden heute Missbräuche verbieten können, würde den **Anliegen dieser Vorstösse diametral zuwiderlaufen**.

Die aktuelle Regelung ist ausgewogen: Sie **toleriert Marktbeherrschung** an sich, da das Streben nach Marktmacht den Wettbewerb beleben kann, aber sie **untersagt den Missbrauch** der starken Stellung. Ein solcher erfordert, dass keine sachlichen Gründe für das Verhalten vorliegen. Diese Frage prüft die WEKO in jedem Einzelfall.

Mit der vorgeschlagenen Anpassung wäre ein Verhalten nur noch missbräuchlich, wenn im Einzelfall «tatsächliche, schädliche Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb nachgewiesen» werden könnten. Tatsächliche Auswirkungen sind **in der Praxis sehr schwierig oder teilweise sogar unmöglich zu beweisen** (siehe hierzu auch Ziff. 3.3 betreffend Antrag 01 zu Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG). So werden etwa die von der Verhaltensweise geschädigten Unternehmen regelmässig nicht untätig bleiben. Sie werden wirtschaftliche Massnahmen treffen, um die durch das missbräuchliche Verhalten auftretenden Einschränkungen abzumildern. Dadurch entsteht eine komplexe Gemengelage von verschiedensten ökonomischen Wirkungsgründen. Dies führt schliesslich dazu, dass sich die tatsächlichen Auswirkungen des missbräuchlichen Verhaltens nicht mehr einwandfrei identifizieren und nachweisen lassen. Oft fehlt es in der Praxis zudem bereits an den **erforderlichen Daten** für eine belastbare Wirkungsanalyse.

¹⁸ Siehe etwa die drei gleichlautenden parlamentarischen Initiativen 23.461 Caroni, 23.462 Grossen und 23.469 Rieder «Klare Spielregeln für Bundesunternehmen im Wettbewerb mit Privaten».



Zum **Schutz des Wettbewerbs** muss die WEKO einschreiten können, sobald sie Kenntnis von der Durchführung eines missbräuchlichen Verhaltens erhält. Es wäre nicht zielführend und schädlich, wenn die **WEKO abwarten** müsste, bis sich die tatsächlichen Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb manifestieren. Der einmal eingetretene Schaden für den Wettbewerb wäre oft irreversibel, wie bspw. das **Ausscheiden eines KMU** aus dem Markt. Daher stellt das EU-Recht auf die «Eignung» für wettbewerbsschädigende Wirkungen und nicht auf die tatsächlichen Auswirkungen ab.

Neben den **Differenzen zum EU-Recht**, welche für international tätige Unternehmen von Nachteil wären, würden KG-Verfahren vor der WEKO und den Gerichten zukünftig noch komplexer und dadurch noch **teurer und länger**.

Die neue Regel wäre zwar im Interesse marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen, da diese ihre Stellung vermehrt missbrauchen und dadurch ihre (Monopol-)Gewinne erhöhen könnten. Sie ginge aber zu Lasten von (schwächeren) Konkurrentinnen und Konkurrenten, Abnehmerinnen und Abnehmern, insbesondere KMU, sowie Konsumentinnen und Konsumenten und Steuerzahlerinnen und -zahlern.

Schliesslich ist zu beachten, dass der Gesetzgeber zur Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz gerade erst per 1. Januar 2022 neue Regeln über den **Missbrauch relativer Marktmacht** ins KG eingefügt hat. Bei den Vorschriften zur relativen Marktmacht steht der Schutz von abhängigen Unternehmen im Vordergrund, nicht der wirksame Wettbewerb. Das Erfordernis nach Art. 7 Abs. 3 E-KG, dass «tatsächliche, schädliche Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb nachgewiesen sind», dürfte im Bereich der relativen Marktmacht kaum je erfüllbar sein. Dieses neue Instrument würde somit mit der vorgeschlagenen Bestimmung des Art. 7 Abs. 3 E-KG faktisch **zunichte gemacht**.

5 Antrag 04 zu Artikel 8 E-KG

5.1 Forderung des Antrags

Art. 8 E-KG

Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, können vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

5.2 Auswirkungen und Bewertung

Der Antrag betrifft die Zulassung einer Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat aus überwiegenden öffentlichen Interessen (Art. 8 KG). Art. 8 KG sieht vor, dass der Bundesrat **ausnahmsweise aus überwiegendem öffentlichem Interesse** eine unzulässige Wettbewerbsabrede bzw. eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens für zulässig erklären kann, die von den Wettbewerbsbehörden zuvor als kartellrechtlich unzulässig beurteilt wurde (vgl. Ziff. 2.8).



Der Antrag möchte nun die **Voraussetzung einer vorgängigen kartellrechtlichen Prüfung** durch die WEKO streichen. Unternehmen sollen somit vor, während, nach oder sogar ohne ein laufendes WEKO-Verfahren mit dem Antrag auf Zulassung einer Wettbewerbsbeschränkung an den Bundesrat gelangen können. Dies also auch, wenn gar nicht geklärt ist, ob überhaupt ein unzulässiges Verhalten gemäss KG vorliegt. Der Bundesrat müsste unter Umständen selbst den Sachverhalt ermitteln, die rechtliche Zulässigkeit der Verhaltensweisen beurteilen und schliesslich abwägen, ob er eine allfällige unzulässige Wettbewerbsabrede oder einen Marktmachtmissbrauch aus überwiegenden öffentlichen Interessen zulässt oder nicht.

Eine solche parallele Zuständigkeit von WEKO und Bundesrat ist sowohl aus **staats- als auch aus wettbewerbspolitischen Gründen** abzulehnen. Die Wettbewerbsbehörden und Gerichte sind die einzigen Instanzen, die den relevanten Sachverhalt ermitteln (z. B. mit Einvernahmen und Hausdurchsuchungen) und anschliessend über die Existenz einer (unzulässigen) Wettbewerbsbeschränkung entscheiden können und sollen. Bei ihren Entscheiden setzen sie das Gesetz um, sind aber **von Bundesrat und Parlament unabhängig**. Sie verfügen über die personellen Ressourcen sowie die erforderliche Fachkompetenz, um die oft komplexen Sachverhalte in juristischer und ökonomischer Hinsicht zu prüfen.

Schliesslich ist die Kompetenz des Bundesrates gemäss Art. 8 KG nur für **sehr seltene Ausnahmesituationen** gedacht. Wenn nun **jedermann jederzeit** den Bundesrat um eine Zulassung einer mutmasslich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ersuchen könnte, ohne dass deren Unzulässigkeit vorgängig festgestellt worden ist, führte das den angedachten **Ausnahmecharakter der Norm ad absurdum**.

5.3 Alternative Lösung (Dringlichkeitsaspekt)

Möchte man trotz der zuvor skizzierten **wesentlichen Nachteile**, die untrennbar mit dem Verzicht einer vorgängigen kartellrechtlichen Prüfung verbunden sind, eine Anpassung der Norm vornehmen, würde sich die folgende alternative Formulierung für einen Art. 8 E-KG anbieten, die den gewünschten **Dringlichkeitsaspekt** berücksichtigt:

Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen können in dringenden Fällen vom Bundesrat von Amtes wegen oder auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

Mit einer Anpassung von Art. 8 KG ginge auch die Notwendigkeit der **Anpassung der entsprechenden Verfahrensvorschriften nach Art. 31 KG** einher. Bei Anpassung von Art. 8 KG im zuvor genannten Sinne, könnte ein Art. 31 E-KG wie folgt lauten:

¹ Prüft der Bundesrat eine ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen (Art. 8 KG), so entscheidet er innerhalb von zwei Monaten nach Beginn der Prüfung. Eine solche Prüfung hindert die Beweiserhebung durch die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat sowie das Bundesverwaltungsgericht nicht.



² *Die Zulassung ist zeitlich zu beschränken; sie kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.*

³ *Der Bundesrat kann eine Zulassung von Amtes wegen oder auf Gesuch hin verlängern, wenn die Voraussetzungen dafür weiterhin erfüllt sind.*

Diese alternative Formulierung von Art. 8 KG verzichtet – gemäss der ausdrücklichen Forderung des Antrags – einerseits auf die Voraussetzung einer vorgängigen kartellrechtlichen Prüfung durch die WEKO. Andererseits schränkt er den Anwendungsbereich der Norm auf «dringende Fälle» ein, was insofern sachgerecht ist, als in nicht dringenden Fällen der Gesetzgeber selber handeln soll. Zugleich wird eine Freigabemöglichkeit des Bundesrates *von Amtes wegen* eingeführt. Die Prüfung von *dringenden Fällen* durch den Bundesrat, welche im *überwiegenden öffentlichen Interesse* liegen, sollte nicht der alleinigen Disposition der Beteiligten unterliegen.