



# Kurznotiz z.Hd. der WAK-N

Sitzung vom 31. März / 1. April 2025

## Teilrevision Kartellgesetz (KG): Beurteilung der Anträge 16 und 17

17. März 2025

### Inhalt

|          |                                                     |          |
|----------|-----------------------------------------------------|----------|
| <b>1</b> | <b>Vorbemerkungen</b>                               | <b>1</b> |
| <b>2</b> | <b>Antrag 16 (Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> E-KG)</b> | <b>1</b> |
| 2.1      | Wortlaut des Antrags                                | 1        |
| 2.2      | Heutige Rechtslage und Einordnung des Antrags       | 1        |
| 2.3      | Auswirkungen                                        | 3        |
| 2.4      | Bewertung                                           | 4        |
| <b>3</b> | <b>Antrag 17 (Art. 7 Abs. 3 E-KG)</b>               | <b>6</b> |
| 3.1      | Wortlaut des Antrags                                | 6        |
| 3.2      | Heutige Rechtslage und Einordnung des Antrags       | 6        |
| 3.3      | Auswirkungen                                        | 6        |
| 3.4      | Bewertung                                           | 7        |

### 1 Vorbemerkungen

Diese Notiz ordnet im Auftrag der WAK-N die Anträge 16 und 17 zu Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> bzw. Art. 7 Abs. 3 E-KG ein, welche in der Debatte zur Revision des Kartellgesetzes eingebracht wurden.

### 2 Antrag 16 (Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> E-KG)

#### 2.1 Wortlaut des Antrags

*Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> E-KG*

*Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung anhand von Erfahrungswerten und den konkreten Umständen auf dem relevanten Markt geprüft. Sie wird bei bezweckten Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 vermutet.*

#### 2.2 Heutige Rechtslage und Einordnung des Antrags

Heute wird gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zuerst geprüft, ob eine Absprache zwischen Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Ist dies der Fall,





handelt es sich um eine Wettbewerbsabrede, welche gemäss Art. 5 KG im Hinblick auf ihre Zulässigkeit geprüft werden muss.

Ein **Bezwecken** liegt vor, wenn die Abrede objektiv geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Bei einem **Bewirken** muss die Abrede Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Dabei genügen jedoch potenzielle Auswirkungen; die Auswirkungen müssen nicht tatsächlich eintreten. Die Unterscheidung zwischen Abreden, welche Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken, hat daher im schweizerischen Recht kaum eine Bedeutung: Die Anforderungen sind sehr ähnlich (objektive Eignung vs. potenzielle Auswirkungen). Auch für die Prüfung der (Un-)Zulässigkeit nach Art. 5 KG ist die Unterscheidung zwischen Bezwecken und Bewirken nicht relevant.<sup>1</sup>

Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG sind gemäss Art. 5 Abs. 1 KG nur dann unzulässig, wenn sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder ihn *erheblich* beeinträchtigen und nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden können. Die vom Gesetzgeber als besonders schädlich eingestuften fünf Typen von harten Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind in der Regel qualitativ besonders schwerwiegend. Die **Erheblichkeit** ist gemäss Rechtsprechung bei harten Abreden deshalb grundsätzlich gegeben, wobei Bagatellfälle vorbehalten sind. Bei nicht-harten Abreden muss sie in jedem Fall detailliert geprüft und dargelegt werden.

Beim Antrag 16 geht es um eine **Änderung dieser Praxis zur Beurteilung der Erheblichkeit**. Er fügt dabei eine Unterscheidung ein zwischen Abreden, welche Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken und bewirken.<sup>2</sup> Der Antrag zielt darauf ab, dass genauer geprüft wird, ob harte Wettbewerbsabreden keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs hervorrufen, bspw. wegen kleiner Marktanteile (quantitatives Kriterium). So sollen wirtschaftlich und wettbewerbslich wünschbare Kooperationen ermöglicht werden, ohne den Schutz des Wettbewerbs zu schwächen. Die Anpassung soll jedoch gemäss der Begründung des Antrags «nicht dazu führen, dass die Arbeit der Wettbewerbsbehörden unnötig erschwert wird». Insbesondere sollen diese «nicht nachweisen müssen, dass schädliche Auswirkungen bereits eingetreten sind». Vielmehr soll ausreichen, «wenn sich aus der Gesamtbeurteilung qualitativer und quantitativer Kriterien die potenzielle Schädlichkeit plausibel ergibt».

<sup>1</sup> Aufgrund der leicht unterschiedlichen formalen Struktur sowie der unterschiedlichen Terminologie des CH- und des EU-Rechts in Bezug auf Wettbewerbsabreden muss an dieser Stelle festgehalten werden, dass im EU-Recht bezweckte Wettbewerbsabreden zwar begrifflich nicht austauschbar mit Kernbeschränkungen (bzw. *hardcore restrictions* oder harten Abreden) sind (vgl. etwa *EuGH* vom 29. Juni 2023, *Super Bock*, C-21/22, ECLI:EU:C:2023:529, Rn. 41), sie sind allerdings in der Regel deckungsgleich. In der Schweiz sind bezweckte Wettbewerbsabreden hingegen generell nicht deckungsgleich mit harten Abreden. Auch bezweckte Wettbewerbsabreden können nicht-harte Abreden darstellen. Im Endeffekt führt diese Unterscheidung jedoch nicht zu anderen Ergebnissen. Siehe für einen detaillierten Vergleich des europäischen mit dem Schweizer Kartellrecht auch das Gutachten *Hirsbrunner*, «Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der EU in Bezug auf die Beurteilung von Wettbewerbsabreden» vom 23. Oktober 2023, abrufbar unter [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Publikationen & Dienstleistungen > Wettbewerb und Service Public > Kartellgesetz.

<sup>2</sup> Der Antrag ist sprachlich unpräzise, da er von «bezweckten Wettbewerbsabreden» spricht. Er dürfte dabei meinen, dass die *Beschränkung des Wettbewerbs* durch die Abrede bezweckt ist, nicht aber die Abrede an sich.



## 2.3 Auswirkungen

Der **erste Teil** (=Satz 1) des Antrags möchte die Erheblichkeit im Einzelfall anhand von Erfahrungswerten und den konkreten Umständen auf dem relevanten Markt prüfen. «Erfahrungswerte» dürfte insbesondere auf die Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse bzw. qualitativer Kriterien abzielen, «konkrete Umstände auf dem relevanten Markt» auch auf Regulierungen, Marktstruktur bzw. quantitative Kriterien.<sup>3</sup> Der erste Teil des Antrags dürfte deshalb **im Ergebnis ungefähr dem Vorschlag des Bundesrats zur Erfüllung der Motion 18.4282 Français** entsprechen. Demnach wären bei der Beurteilung der Erheblichkeit sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen – auch bei harten Wettbewerbsabreden. Nach Auffassung der Verwaltung würde damit in diesem Punkt die faktische Rechtslage vor dem GABA-Entscheid wiederhergestellt. Wie sich dies im Detail bei der Beurteilung der einzelnen Abreden durch die WEKO und die Gerichte manifestieren wird, kann jedoch nur die Praxis zeigen.

Der **zweite Teil** (= Satz 2) des Antrags stellt sodann eine Vermutung auf, dass «bezweckte Wettbewerbsabreden» gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erheblich sind. Für die einzelnen Abredetypen ergibt sich somit Folgendes:

- **Nicht-harte Abreden:** Die Erheblichkeit muss im Rahmen einer Gesamtbetrachtung quantitativer und qualitativer Kriterien nachgewiesen werden.
  - Delta zum geltenden Recht: keines ersichtlich
  - Delta zum Vorschlag Bundesrat: keines ersichtlich
- **Harte Abreden, die eine Beschränkung bezwecken:** Die Erheblichkeit wird vermutet; diese Vermutung kann aber umgestossen werden.
  - Delta zum geltenden Recht: Der Antrag verschärft die Anforderungen an die Erheblichkeit, sodass potenziell mehr Fälle als nicht erheblich gelten könnten. Heute sind lediglich Bagatellfälle nicht erheblich (bspw. bei sehr kleinen Marktanteilen).
  - Delta zum Vorschlag Bundesrat: Die Erheblichkeit wird bei bezweckten Wettbewerbsabreden vermutet. Die WEKO muss in diesen Fällen aufgrund der Beweislastverschiebung tendenziell weniger darlegen als beim Bundesratsvorschlag.

---

<sup>3</sup> Die Begründung des Antrags fordert einen «vermittelnden Ansatz»: «Die Wettbewerbsbehörden sollen bei ihrer Prüfung insbesondere nicht nachweisen müssen, dass schädliche Auswirkungen bereits eingetreten sind – es soll ausreichen, wenn sich aus der Gesamtbeurteilung qualitativer und quantitativer Kriterien die potenzielle Schädlichkeit plausibel ergibt».



- **Harte Abreden, die eine Beschränkung bewirken:** Die Erheblichkeit muss im Rahmen einer Gesamtbetrachtung quantitativer und qualitativer Kriterien nachgewiesen werden.
  - Delta zum geltenden Recht: Gemäss Bundesgericht sind diese Abreden bereits aus qualitativen Gründen grundsätzlich erheblich, so dass die Erheblichkeit nicht auch in quantitativer Hinsicht geprüft werden muss. Neu müssten diese auch quantitativer Hinsicht geprüft werden.
  - Delta zum Vorschlag Bundesrat: keines ersichtlich

## 2.4 Bewertung

Der Antrag 16 liegt zwischen dem Beschluss Ständerat (aktuelles KG) und dem Gesetzesentwurf des Bundesrats. Eine Schwierigkeit des Antrags besteht dabei darin, dass er **neue Begriffe** («Erfahrungswerte» und «konkrete Umstände auf dem relevanten Markt») einführt, deren Inhalt zuerst ausgelegt werden muss. Klärung bedürfte zudem insbesondere die Frage, wie die Vermutung zu widerlegen ist und wieviel es dazu braucht. Dies schafft bis zu klärenden Urteilen des Bundesgerichts Rechtsunsicherheit.

Eine weitere Schwierigkeit ist die **unterschiedliche Behandlung von Abreden, welche Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken**. Aus der Begründung geht nicht hervor, weshalb Bewirken permissiver behandelt werden soll als Bezwecken. Eine Ungleichbehandlung ist heute nicht vorgesehen. Mit dieser Unterscheidung würde dieses Kriterium neu eine sehr hohe Bedeutung erhalten. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts unterscheiden sich die Begriffe aber kaum und in der Praxis sind meist beide Kriterien erfüllt (eine Abrede mit objektiver Eignung für eine Wettbewerbsbeschränkung hat typischerweise auch potenzielle Auswirkungen). Dies würde Verfahren in der Praxis an dieser Stelle aufwändiger und kontroverser machen.

Hinsichtlich der **Widerlegung der Vermutung** ist schliesslich **zwischen verwaltungsrechtlichen und zivilrechtlichen Verfahren zu unterscheiden**. Während in einem zivilrechtlichen Verfahren der Kläger die Tatbestandsvoraussetzungen der Vermutung zu beweisen hätte, obliegt die Widerlegung der Vermutung dem Beklagten. Dies ist in einem verwaltungsrechtlichen Sanktionsverfahren anders. Bei KG-Sanktionsverfahren handelt es sich um **strafrechtliche bzw. strafrechtsähnliche Verfahren**. Hier sind die Wettbewerbsbehörden aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG<sup>4</sup>). Die Wettbewerbsbehörden tragen für alle **belastenden und entlastenden Umstände** die Beweisführungslast. Entsprechend müssen sie auch die Widerlegung der Vermutung prüfen. Eine Erleichterung für die Wettbewerbsbehörden geht mit der vorgeschlagenen Vermutung somit nicht einher.



*Schematischer Vergleich der verschiedenen Varianten zu Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> E-KG*

|                              | Rechtssicherheit | Verfahrensdauer | Wettbewerbschutz | Einzelfallbetrachtung | Kartellzivilrecht |
|------------------------------|------------------|-----------------|------------------|-----------------------|-------------------|
| Ständerat (=geltendes Recht) | +                | +               | +                | -                     | +                 |
| Antrag 16                    | -                | o               | o                | +                     | o                 |
| BR                           | o                | o               | o                | +                     | -                 |

*Legende: + positiv / o neutral / - negativ: Die Bewertungen beziehen sich auf den Vergleich der Varianten.*

**Zusammenfassend** erscheint der Antrag aus Sicht der Verwaltung als **gangbarer Weg**, um die Erheblichkeitsprüfung gesetzlich zu konkretisieren. Der GABA-Entscheid wäre im Hinblick auf die grundsätzliche Erheblichkeit der harten Absprachen hinfällig. Der Wettbewerb in der Schweiz und die Arbeit der Wettbewerbsbehörden dürfte hierdurch aber nicht empfindlich geschwächt werden. Allerdings dürften die **Verfahren teilweise komplizierter und länger** werden. Dies betrifft jedenfalls den ersten Teil des Antrags.

**Kritisch sieht die Verwaltung den zweiten Teil** des Antrags. Dieser führt zwar dazu, dass die Erheblichkeitsprüfung näher am geltenden Recht (und damit am GABA-Entscheid) ist als der Vorschlag des Bundesrats. Die Unterscheidung zwischen Bezwecken und Bewirken führt aber zu schwierigen Abgrenzungsfragen und damit zu einer Verkomplizierung der Verfahren. Denn die neue Vermutung der Erheblichkeit führt im Verwaltungsverfahren nicht zu einer Beweiserleichterung zugunsten der Wettbewerbsbehörden. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Verwaltung, die **Vermutung zu streichen**, mithin auf den zweiten Satz des Antrags (Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> Satz 2 E-KG) zu verzichten. Zudem sollte im Sinne der Rechtssicherheit im Gesetzestext klargestellt werden, dass mit dem Begriff «Erfahrungswerte» qualitative Kriterien gemeint sind und mit «den konkreten Umständen auf dem relevanten Markt» quantitative Kriterien. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Verwaltung, den Antrag wie folgt anzupassen:

*Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> E-KG<sup>5</sup>*

*Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung anhand qualitativer Elemente in Form von Erfahrungswerten und quantitativer Elemente in Form von den konkreten Umständen auf dem relevanten Markt geprüft. ~~Sie wird bei bezweckten Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 vermutet.~~*

<sup>5</sup> Die durchgestrichenen Satzteile stellen die gegenüber dem Antrag zu streichende Elemente dar, die unterstrichenen Satzteile sind Ergänzungen.



### 3 Antrag 17 (Art. 7 Abs. 3 E-KG)

#### 3.1 Wortlaut des Antrags

Art. 7 Abs. 3 E-KG

*Die Auswirkungen der Verhaltensweisen sind einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung anhand von Erfahrungswerten und den konkreten Umständen auf dem relevanten Markt zu prüfen.*

#### 3.2 Heutige Rechtslage und Einordnung des Antrags

Art. 7 Abs. 1 KG verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden bzw. relativ marktmächtigen Stellung (definiert in Art. 4 Abs. 2 und 2<sup>bis</sup> KG). Art. 7 Abs. 2 KG listet sieben Beispieletatbestände auf, welche typischerweise einen Missbrauch darstellen können. Diese Verhaltensweisen sind aber nur unzulässig, wenn sie:

1. im konkreten Fall geeignet sind, andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern oder die Marktgegenseite zu benachteiligen und
2. nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden können.

Der Antrag möchte bei Fällen nach Art. 7 KG die heutige Prüfung des Einzelfalls verstärken. Die Schädlichkeit eines missbräuchlichen Verhaltens soll **im konkreten Einzelfall plausibel aufgezeigt** werden. Hierbei soll allerdings bereits die **potenzielle Schädlichkeit** eines Verhaltens ausreichen, um ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden zu rechtfertigen. Tatsächliche Auswirkungen sollen demnach nicht nachgewiesen werden müssen.

#### 3.3 Auswirkungen

Die in der **Begründung des Antrags angestrebte Situation** entspricht nach Ansicht der Verwaltung exakt der heutigen Rechtslage. Es ist **unklar, was sich mit der neuen Regelung ändern würde**. Der in der Begründung erwähnte Entscheid des Bundesgerichts im Fall *SIC/DCC* wurde vereinzelt zwar so verstanden, dass bei Verhaltensweisen nach Art. 7 Abs. 2 KG keine Gesamtwürdigung des konkreten Falls mehr notwendig sei. Am 23. Januar 2025 hat das Bundesgericht in seiner mündlichen Beratung im Fall «Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen»<sup>6</sup> klargestellt, dass diese Interpretation nicht korrekt ist (die schriftliche Begründung ist noch ausstehend). Es hat dabei die **Orientierung am EU-Recht bestätigt**. Das heisst, dass eine Verhaltensweise nur dann missbräuchlich ist, wenn sie im konkreten Fall geeignet ist, andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern oder die Marktgegenseite zu benachteiligen. Tatsächliche Auswirkungen müssen demnach zwar nicht nachgewiesen werden, es reicht aber auch nicht, rein hypothetische Auswirkungen darzulegen. Das entspricht der Begründung zum Antrag 17, wonach potenzielle Auswirkungen aufgezeigt werden müssen.

---

<sup>6</sup> Das Bundesgericht führt das Verfahren unter dem Aktenzeichen 2C\_244/2022.



Allerdings könnte die Verwendung des Begriffs der «**Auswirkungen**» gemäss dem Wortlaut des Antrags – und entgegen seiner Begründung – zu Unsicherheiten in der Rechtsanwendung führen. Je nach Auslegung könnte er die Anwendbarkeit von Art. 7 KG auf Fälle des Missbrauchs einer **relativ marktmächtigen Stellung**, des Ausbeutungsmissbrauchs sowie KG-Zivilverfahren in Frage stellen. Bei diesen Konstellationen steht nicht der Schutz des Wettbewerbs im Vordergrund, sondern der Schutz der Marktgegenseite. Beispielsweise zielen die Vorschriften zur relativen Marktmacht darauf, abhängige Unternehmen (z. B. KMU) vor missbräuchlichen Verhaltensweisen des marktmächtigen Unternehmens zu schützen. Auswirkungen auf den Wettbewerb sind nicht vorausgesetzt. Entsprechend bedeutet das Kriterium der Auswirkungen vorliegend nicht, dass in diesen Konstellationen neu – tatsächliche oder potenzielle – Auswirkungen auf den *Wettbewerb* vorliegen müssen. Sonst droht, dass die Vorschriften zur relativen Marktmacht nicht mehr angewandt werden könnten. Gleiches gilt für den Schutz vor Ausbeutungsmissbrauch sowie für KG-Zivilverfahren, wo vorausgesetzt wird, dass der Geschädigte seinen Schaden nachweist, aber nicht auch noch Auswirkungen auf den Wettbewerb.

### 3.4 Bewertung

Der Antrag ist im Hinblick auf den Missbrauch einer **marktbeherrschenden Stellung** aus Sicht der Verwaltung unnötig. Er repliziert lediglich die aktuelle Rechtsprechung und Praxis. Es werden aber neue Begriffe («Auswirkungen», «Erfahrungswerte» und «konkrete Umstände auf dem relevanten Markt») eingeführt, deren Inhalt zuerst ausgelegt und höchststrichterlich geklärt werden muss. Damit käme es während mehreren Jahren zu einer gewissen Rechtsunsicherheit.

Im Hinblick auf den Missbrauch einer **relativ marktmächtigen Stellung**, den **Ausbeutungsmissbrauch** und **KG-Zivilverfahren** ist die Bedeutung des Kriteriums «Auswirkungen» gemäss dem Antrag 17 unklar. Je nach Auslegung könnten die Regeln zur relativen Marktmacht, zum Ausbeutungsmissbrauch und für das KG-Zivilverfahren ausgehebelt bzw. geschwächt werden. Die Begründung des Antrags zielt nicht darauf ab, diese Konstellationen vom Anwendungsbereich von Art. 7 KG auszunehmen. Daher sollte auch nicht vom «relevanten Markt», sondern nur vom «Markt» gesprochen werden, wie dies im Übrigen auch in Art. 7 Abs. 1 KG bereits heute der Fall ist. Zusammenfassend versteht die Verwaltung den Antrag daher so, dass er lediglich die **geltende Rechtslage ausdrücklich im Gesetz festhalten** möchte. Zur Klarstellung dieser Auslegung empfiehlt die Verwaltung daher, den Wortlaut des Antrags wie folgt anzupassen:

*Art. 7 Abs. 3 E-KG<sup>7</sup>*

*Die Auswirkungen Missbräuchlichkeit der Verhaltensweisen ~~sind~~ ist einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung anhand von Erfahrungswerten und den konkreten Umständen auf dem ~~relevanten~~ Markt zu prüfen.*

<sup>7</sup> Die durchgestrichenen Satzteile stellen die gegenüber dem Antrag zu streichende Elemente dar, die unterstrichenen Satzteile sind Ergänzungen.