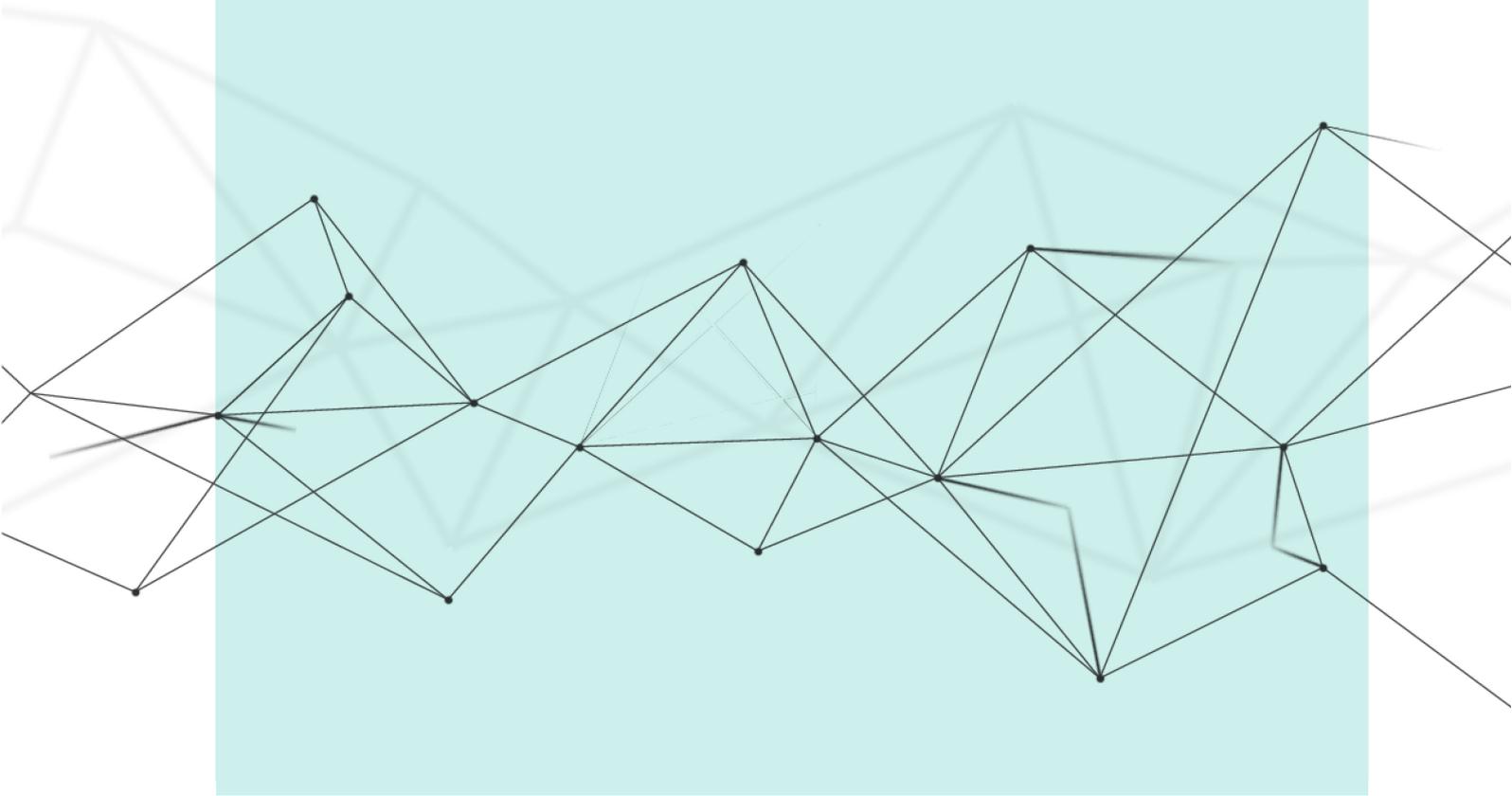




Studie | November 2023

Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der EU in Bezug auf die Beurteilung von Wettbe- werbsabreden





Grundlagen für die
Wirtschaftspolitik

In der Publikationsreihe «Grundlagen für die Wirtschaftspolitik» veröffentlicht das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO Studien und Arbeitspapiere, welche wirtschaftspolitische Fragen im weiteren Sinne erörtern.

Herausgeber

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36, CH-3003 Bern
Tel. +41 58 469 60 22
wp-sekretariat@seco.admin.ch
www.seco.admin.ch

Online

www.seco.admin.ch/studien

Autor

Simon Hirsbrunner, Fürsprecher, Rechtsanwalt (DE), LL.M, DHEE
Hirsbrunner Competition Law & Regulation GmbH
Bundesgasse 18, CH-3011 Bern
sh@shirsbrunner.com
<https://shirsbrunner.com/de/>

Zitierweise

Simon Hirsbrunner (2023): «Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der EU in Bezug auf die Beurteilung von Wettbewerbsabreden». Grundlagen für die Wirtschaftspolitik Nr. 41. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern, Schweiz.

Anmerkungen

Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO.

Der vorliegende Text gibt die Auffassung des Autors wieder. Diese muss nicht notwendigerweise mit derjenigen des Auftraggebers übereinstimmen

Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der EU in Bezug auf die Beurteilung von Wettbewerbsabreden

Zusammenfassung

Das vorliegende Rechtsgutachten betrifft die Beurteilung von Wettbewerbsabreden im Schweizer und dem EU-Kartellrecht. Es soll zur Klärung der Frage beitragen, ob eine der beiden Jurisdiktionen «strenger» ist bezüglich der Beurteilung von Abreden und wenn ja, inwiefern dies zum Ausdruck kommt.

Die Bandbreite von unzulässigen Abredetypen ist in der Schweiz und der EU vergleichbar. Die beiden Jurisdiktionen stimmen überein, dass bestimmte Abreden in Anbetracht ihres Wesens als erheblich (in der EU: «spürbar») eingestuft werden können. Bei solchen Abreden ist kein Nachweis von tatsächlichen Auswirkungen erforderlich. In der Schweiz ist dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich bei sämtlichen harten Abreden der Fall. In der EU gilt dies für Abreden, die nach ihrem Inhalt, den mit ihnen verfolgten Zielen und dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, für sich genommen eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken. «Hard Core»-Kartelle und andere erfahrungsgemäss schwerwiegende Abredetypen erfüllen regelmässig diese Kriterien. Bei anderen Abreden ist in der EU eingehender zu prüfen, ob sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Berücksichtigt werden nicht nur die betroffenen Wettbewerbsparameter (Preis, Menge, Gebiet), sondern vielmehr kommt es auf ein grösseres Bündel von Aspekten an.

In der Schweiz sind Abreden, die keinen harten Abreden entsprechen, hinsichtlich ihrer Erheblichkeit eingehender unter Berücksichtigung von qualitativen und quantitativen Aspekten zu überprüfen. In der EU sind wiederum die Abreden, die keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, sondern eine solche lediglich bewirken, eingehender auf ihre Erheblichkeit («Spürbarkeit») zu überprüfen. Während in der Schweiz die Erheblichkeit als Bagatellschwelle dient, sodass eine nur geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausreicht, ist in der EU bei nicht bezweckten Wettbewerbsabreden eine mehr als nur geringfügige Beeinträchtigung erforderlich.

Die Anforderungen an die Wettbewerbsbehörden betreffend Beweisführungslast und Beweislast zum Nachweis einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede sind in den beiden Jurisdiktionen vergleichbar.

Was die Abreden anbelangt, die direkt sanktioniert werden können, scheint das Schweizer Kartellrecht auf den ersten Blick permissiver zu sein. Tatsächlich können in der Schweiz ausschliesslich die fünf vom Gesetzgeber definierten Kategorien von harten Abreden direkt sanktioniert werden. Hierbei handelt es sich um (horizontale) Abreden zwischen Unternehmen derselben Marktstufe über Preise, Mengen und Gebiete, sowie (vertikale) Abreden zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen über Mindest- und Festpreise sowie den absoluten Gebietsschutz. In der EU können theoretisch alle unzulässigen Abreden direkt sanktioniert werden. In der Praxis ist dieser Unterschied zu relativieren. Tatsächlich wird ein beträchtlicher Teil der Abreden, die nach dem EU-Recht unzulässig sind, vom Schweizer Kartellrecht als hart eingestuft. Gleichzeitig wird in der EU lediglich ein Teil der erfassten Wettbewerbsabreden aufgegriffen und direkt sanktioniert, wie umgekehrt in der Schweiz nur ein Teil der vom Schweizer Kartellrecht als hart definierten Wettbewerbsabreden aufgegriffen und direkt sanktioniert wird. Fest steht, dass die EU-Praxis strenger ist, was die Höhe der direkten Sanktionen anbelangt.

Comparaison juridique entre la Suisse et l'UE dans l'évaluation des accords de concurrence

Résumé

Le présent avis de droit concerne l'examen des accords en matière de concurrence dans le droit suisse et le droit européen de la concurrence. Il devrait contribuer à clarifier la question de savoir si l'une des deux juridictions est plus « stricte » en ce qui concerne l'appréciation des accords et, dans l'affirmative, dans quelle mesure cela se traduit.

L'éventail des types d'accords illicites est comparable en Suisse et dans l'UE. Les deux juridictions s'accordent à dire que certains accords peuvent être considérés comme affectant de manière notable la concurrence compte tenu de leur nature. Pour de tels accords, il n'est pas nécessaire de prouver les effets concrets. En Suisse, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est en principe le cas pour tous les accords durs. Dans l'UE, c'est le cas des accords qui, de par leur contenu, les objectifs qu'ils poursuivent et le contexte économique et juridique, ont en soi pour objet de restreindre la concurrence. Les cartels de type « hard core » et autres types d'accords graves, comme l'expérience l'a montré, remplissent généralement ces critères. Pour les autres accords, la Commission européenne doit examiner plus en détail s'ils ont pour objet de restreindre la concurrence. Ce ne sont pas seulement les paramètres de concurrence concernés (prix, quantité, territoire) qui sont pris en compte, mais plutôt un ensemble plus large d'aspects.

En Suisse, les accords qui ne correspondent pas à des accords durs doivent être examinés de manière plus approfondie quant à leur capacité d'affecter de manière notable la concurrence, en tenant compte d'aspects qualitatifs et quantitatifs. Dans l'UE, les accords qui n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence, mais qui ont seulement pour effet de la restreindre, doivent à leur tour être examinés plus en détail quant à leurs effets. Alors qu'en Suisse, la capacité d'affecter de manière notable la concurrence sert de seuil de minimis, de sorte qu'une atteinte minimale à la concurrence est suffisante, dans l'UE, une atteinte plus que minimale est nécessaire pour les accords qui n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence.

Les exigences imposées aux autorités de la concurrence concernant la charge de la preuve pour démontrer un accord restrictif de la concurrence sont comparables dans les deux juridictions.

En ce qui concerne les accords qui peuvent être directement sanctionnés, le droit suisse de la concurrence semble à première vue plus permissif. En effet, seules les cinq catégories d'accords durs définies dans la loi peuvent être directement sanctionnées en Suisse. Il s'agit des accords (horizontaux) entre entreprises d'un même échelon de marché sur les prix, les quantités et les territoires, ainsi que des accords (verticaux) entre entreprises d'échelons de marché différents sur les prix minimaux et fixes ainsi que sur la protection territoriale absolue. Dans l'UE, tous les accords illicites peuvent théoriquement être directement sanctionnés. Dans la pratique, cette différence doit être relativisée. En effet, une partie considérable des accords illicites selon le droit européen sont considérés comme durs par le droit suisse de la concurrence. En même temps, seule une partie des accords en matière de concurrence recensés dans l'UE est appréhendée et directement sanctionnée, tout comme, inversement, seule une partie des accords en matière de concurrence définis comme durs par le droit suisse de la concurrence est appréhendée et directement sanctionnée en Suisse. La pratique de l'UE est plus sévère en ce qui concerne le montant des sanctions directes.

Comparazione giuridica tra Svizzera e Unione europea in materia di valutazione degli accordi in materia di concorrenza

Riassunto

Il presente parere verte sulla valutazione degli accordi in materia di concorrenza ai sensi del diritto della concorrenza in Svizzera e nell'Unione europea (UE), onde contribuire a chiarire quale delle due legislazioni sia più "severa" al momento di esprimere un giudizio sui suddetti accordi e, in caso affermativo, in che misura.

La gamma delle tipologie di accordi illeciti è comparabile in Svizzera e nell'UE. Tenuto conto della natura di alcuni di essi, entrambe le legislazioni concordano sul fatto di classificarli come capaci di incidere tangibilmente sulla concorrenza. In questi casi non è necessario comprovarne gli effetti reali. In Svizzera, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, ciò vale in generale per tutti gli accordi "duri" (hard core). Nell'UE, ciò si applica agli accordi che puntano a limitare la concorrenza in base al loro contenuto, agli obiettivi che perseguono e al contesto economico e giuridico. Per esperienza, è noto che gli accordi duri e altri tipi di accordi gravi soddisfano regolarmente questi criteri. Nel caso di altri accordi, l'UE deve esaminare in profondità se il loro obiettivo è quello di limitare la concorrenza. Oltre ai parametri tipici della concorrenza (prezzo, quantità, territorio), viene presa in considerazione una gamma più ampia di aspetti.

In Svizzera gli accordi non definibili come duri meritano un esame più approfondito della loro capacità di incidere tangibilmente sulla concorrenza, prendendo in considerazione aspetti qualitativi e quantitativi. Nell'UE, invece, gli accordi che non si prefiggono di limitare la concorrenza, bensì producono solo l'effetto di restringerla, devono essere esaminati più attentamente per la loro capacità di incidere tangibilmente sulla concorrenza. In Svizzera basta una limitazione minima della concorrenza per considerare il caso pertinente, mentre nell'UE bisogna che la limitazione sia ben maggiore quando gli accordi non sono intenzionali, cioè non si prefiggono di limitare la concorrenza.

Le esigenze imposte alle autorità garanti della concorrenza per quanto riguarda l'onere della prova (per dimostrare un accordo restrittivo della concorrenza) sono comparabili nelle due legislazioni.

Per quanto riguarda le sanzioni dirette, a prima vista il diritto svizzero della concorrenza sembra più permissivo. È vero che in Svizzera soltanto le cinque categorie di accordi duri definite dal legislatore possono essere sanzionate direttamente. Si tratta di accordi (orizzontali) tra aziende allo stesso livello di mercato concernenti prezzi, quantità e territori, nonché di accordi (verticali) tra aziende a diversi livelli di mercato concernenti prezzi minimi e fissi e una protezione territoriale assoluta. Nell'UE, in teoria, tutti gli accordi illeciti possono essere sanzionati direttamente. In pratica, questa differenza va relativizzata. In effetti, una parte considerevole degli accordi che il diritto UE considera illeciti sono invece duri secondo il diritto svizzero della concorrenza. Allo stesso tempo, nell'UE solo una parte degli accordi identificati viene presa in considerazione e sanzionata direttamente, così come viceversa in Svizzera solo una parte degli accordi duri secondo il diritto svizzero viene presa in considerazione e sanzionata direttamente. Infine, la prassi dell'UE è più severa quanto all'entità delle sanzioni dirette.

Comparison of Swiss and EU legislation with regard to assessing competition agreements

Summary

This legal opinion concerns the assessment of competition agreements under Swiss and EU competition law. It aims to help clarify the question of whether one of the two jurisdictions is 'stricter' with regard to the assessment of agreements and, if so, to what extent this is reflected.

The scope of unlawful types of agreements is comparable in Switzerland and the EU. Both jurisdictions agree that certain agreements can be categorised as significantly (in the EU 'appreciably') restricting competition in view of their nature. No proof of actual effects is required for such agreements. In Switzerland, according to the case law of the Federal Supreme Court, this is generally the case for all hardcore agreements. In the EU, this applies to agreements which, according to their content, their objectives and the economic and legal context, aim to restrict competition. Hardcore cartels and, other types of agreements that by experience often seriously restrict competition regularly fulfil these criteria. In the case of other agreements, EU legislation requires they be examined more closely to determine whether their objective is to restrict competition. This examination takes into account not only the competition parameters concerned (price, quantity, territory), but also a wider range of aspects.

In Switzerland, agreements that are non-hardcore agreements must be examined in more detail with regard to their relevance, taking into account qualitative and quantitative aspects. In the EU, on the other hand, agreements that are not aimed at restricting competition, but merely have the effect of restricting competition, must be examined more closely for their significance ('appreciability'). While in Switzerland their relevance serves as a *de minimis* threshold, meaning that only a minor restriction of competition is sufficient, in the EU a more than minor restriction is required in the case of non-intentional competition agreements.

The obligations of the competition authorities to prove the alleged facts and establish the burden of proof for a restrictive agreement are comparable in the two jurisdictions.

As far as agreements that can be directly sanctioned are concerned, Swiss competition law appears to be less restrictive at first glance. Indeed, only the five categories of hardcore agreements defined by the legislator can be directly sanctioned in Switzerland. These are (horizontal) agreements between companies at the same market level on prices, quantities and territories, as well as (vertical) agreements between companies at different market levels on minimum and fixed prices and absolute territorial protection. In theory, all unlawful agreements can be sanctioned directly in the EU. In practice, this difference must be put into context. In fact, a considerable proportion of agreements that are inadmissible under EU law are considered to be hardcore under Swiss competition law. At the same time, in the EU only a portion of the reported competition agreements are taken up and directly sanctioned, just as in Switzerland where only a portion of the competition agreements defined as hardcore by Swiss competition law are taken up and directly sanctioned. EU practice is clearly stricter in terms of the level of direct sanctions.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	8
1 Fragestellung	10
2 Überblick	10
3 Kategorien von Wettbewerbsabreden und -beschränkungen	11
3.1 Schweizer Kartellrecht	11
3.2 EU-Kartellrecht.....	12
3.3 Vergleich	13
4 Abgrenzung von bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen..	13
4.1 Schweizer Kartellrecht	14
4.1.1 Bezwecken	14
4.1.2 Bewirken.....	14
4.2 EU-Kartellrecht.....	15
4.2.1 Bezwecken	15
4.2.2 Bewirken.....	16
4.3 Vergleich	16
5 Erheblichkeit bzw. Spürbarkeit	17
5.1 Schweizer Kartellrecht	17
5.2 EU-Kartellrecht.....	18
5.3 Vergleich	19
6 Rechtfertigung	19
6.1 Schweizer Kartellrecht	19
6.2 EU-Kartellrecht.....	20
6.3 Vergleich	20
7 Beweisführungspflicht (subjektive Beweislast) und (objektive) Beweislast ...	20
7.1 Schweizer Kartellrecht	20
7.2 EU-Kartellrecht.....	21
7.3 Vergleich	21
8 Direkte Sanktionierung von unzulässigen Wettbewerbsabreden	22
8.1 Schweiz	22
8.2 EU.....	22
8.3 Vergleich	23
8.3.1 Bandbreite der direkt sanktionierbaren Wettbewerbsabreden	23
8.3.2 Höhe der direkten Sanktionen	24
9 Vergleich der materiellen Beurteilungskriterien insgesamt	24



Abkürzungsverzeichnis

ABI	Amtsblatt der EU
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
Bd.	Band
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
E.	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der EU
EuG	Gericht der EU
Europ.	Europäisch(e)
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
Fn.	Fussnote
FuE	Forschung und Entwicklung
ggfs	gegebenenfalls
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
Hrsg.	Herausgeber/-in/-schaft
idR	in der Regel
inkl.	inklusive
insbes.	insbesondere
iSd/iSv	im Sinn des/im Sinn von
iVm	in Verbindung mit
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
lit.	litera
mwH	mit weiteren Hinweisen
Rn.	Randnummer(n)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
Rs.	Rechtssache(n)
S.	Seite(n)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
Urt.	Urteil
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen



VO Verordnung
WEKO Schweizerische Wettbewerbskommission
zB zum Beispiel
Ziff. Ziffer(n)



1 Fragestellung

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) hat das vorliegende Gutachten im Zusammenhang mit der Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)¹ in Auftrag gegeben. Über die Revisionsvorlage wird derzeit im Parlament beraten. Bei diesen Beratungen wird auch die Motion 18.4282 Français erörtert. Nach dieser Motion soll das Kartellgesetz dahingehend geändert werden, dass bei der Beurteilung einer Wettbewerbsabrede hinsichtlich deren Unzulässigkeit sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigt werden.

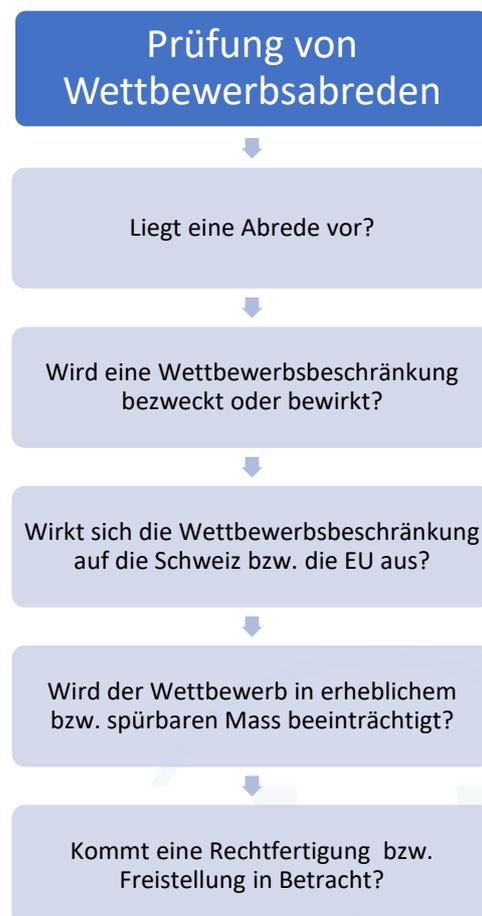
Das SECO bittet um eine vertiefte rechtsvergleichende Darstellung der Beurteilung von Wettbewerbsabreden im Schweizer und dem europäischen Kartellrecht in Theorie und Praxis. Im Ergebnis soll die Frage beantwortet werden, ob eine der beiden Jurisdiktionen «strenger» in der Beurteilung von Wettbewerbsabreden ist und wenn ja, inwiefern dies zum Ausdruck kommt.

2 Überblick

Seit der Revision des Schweizer Kartellgesetzes von 1995 stimmen das Schweizer und das EU-Kartellrecht überein, dass Wettbewerbsabreden in mehreren Schritten zu prüfen sind. Die nebenstehende Grafik gibt einen Überblick über die wesentlichen Prüfschritte, wobei zu beachten ist, dass es sich um eine vereinfachende Darstellung handelt und die Reihenfolge der Prüfschritte in der Praxis abweichen kann.

Die Auffassungen über den Zweck und die Ausgestaltung der einzelnen Prüfschritte haben sich in den beiden Rechtsordnungen unterschiedlich entwickelt.

In der Schweiz war aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Sachen Gaba² und BMW³ eine Konkretisierung des Begriffs der Erheblichkeit zu beobachten, wie im Folgenden noch ausgeführt werden soll. Das Erfordernis des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung erfuhr ebenfalls eine neue Ausprägung. Die Rechtsprechung stellte klar, dass dieses Erfordernis nicht der Feststellung dient, ob eine Abrede schädlich ist oder



¹ SR 251.

² BGE 143 II 297 E. 5.6.

³ BGE 144 II 194 E. 4.3.1.

nicht. Die Prüfung der Schädlichkeit erfolgt vielmehr auf der Stufe der Erheblichkeit und dann wieder der Rechtfertigung. ⁴

In der EU lag ein Schwerpunkt in den letzten Jahren auf dem Erfordernis eines Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung. Anders als im Schweizer Kartellrecht, kommt diesem Erfordernis im EU-Kartellrecht eine vorentscheidende Bedeutung bei der Einstufung von Wettbewerbsabreden hinsichtlich deren Schädlichkeit zu. Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, gelten durchweg als spürbar, während bei Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung lediglich bewirken, die Spürbarkeit im Einzelfall geprüft werden muss. Dies wird später ausgeführt.

Zusammengefasst legen das Schweizer und das EU-Kartellrecht unterschiedliche Schwerpunkte bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden. Im Folgenden soll vertieft untersucht werden, ob die beiden Ansätze zu unterschiedlichen Ergebnissen führen könnten.

3 Kategorien von Wettbewerbsabreden und -beschränkungen

Das Schweizer und das EU-Kartellrecht gehen bei der Kategorisierung von Wettbewerbsabreden und -beschränkungen unterschiedlich vor. Sie verwenden darüber hinaus teils unterschiedliche Begriffe. Dies erschwert einen Vergleich. In dieser Stellungnahme werden meist die schweizerischen Begriffe verwendet, um die Darstellung zu vereinfachen.

3.1 Schweizer Kartellrecht

Für die Zwecke der vorliegenden Stellungnahme sind insbes. die folgenden Kategorien des Schweizer Kartellrechts erwähnenswert.

- Harte Abreden

Horizontale Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern werden im Kartellgesetz als harte Abreden eingestuft. Vertikale Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise werden ebenfalls im Kartellgesetz als harte Abreden eingestuft, ebenso wie Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (absoluter Gebietsschutz). Bei harten Abreden wird von Gesetzes wegen vermutet, dass diese zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Sie werden gleichzeitig nach der Rechtsprechung aufgrund ihres Wesens (aus qualitativen Erwägungen) als grundsätzlich erheblich gewertet.

- In Bekanntmachungen der WEKO als unbedenklich bezeichnete Abreden

In mehreren Bekanntmachungen der WEKO werden Abreden aufgeführt, die nach der Rechtsprechung oder der Auslegung durch die WEKO idR gerechtfertigt sind oder bei denen die WEKO idR kein Verfahren eröffnen wird. Sie bilden die Praxis ab und stellen den Stand des

⁴ Ständige Rechtsprechung; vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 - ASCOPA, E. 4.6.1 mwH; vgl. zum Ganzen Andreas Heinemann, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter 29. Juni 2015.

Wissens der WEKO und die Kartellrechtspraxis dar.⁵ Es handelt sich um Verwaltungsakte, die die WEKO aufgrund des Vertrauensgrundsatzes binden,⁶ nicht aber das BGer und das BVerfG.⁷

3.2 EU-Kartellrecht

Im EU-Kartellrecht sind insbes. die folgenden Kategorien erwähnenswert.

- Regelbeispiele

Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV führt Beispiele von Abreden auf, die den Tatbestand erfüllen können, namentlich solche über

- die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen,
- die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen,
- die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen,
- die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden,
- die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche, weder sachlich noch kommerziell gerechtfertigte Leistungen annehmen.

Diese nicht-abschliessende Liste dient der Konkretisierung der Definition einer Wettbewerbsabrede.

- «Hard-Core»-Kartelle

Es handelt sich um einen rechtlich nicht definierten Begriff, der in der Praxis verwendet wird, um horizontale Kartelle zu bezeichnen, die erfahrungsgemäss besonders schädlich sind.

- Gruppenfreigestellte Abreden

Es handelt sich um an sich wettbewerbsbeschränkende Abreden, die von den Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen freigestellt werden. Die Gruppenfreistellungen sind bindend für die Gerichte. Sie dienen ferner dazu, die Selbstveranlagung durch die betroffenen Unternehmen zu erleichtern.

- Kernbeschränkungen

Die Gruppenfreistellungsverordnungen machen eine Freistellung davon abhängig, dass die betroffenen Abreden keine Kernbeschränkungen enthalten.⁸ Es handelt sich hierbei um einen von der Europäischen Kommission verwendeten Begriff zur Bezeichnung von schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen, bei denen erfahrungsgemäss davon ausgegangen werden

⁵ BGE 143 II 297 E. 5.3.3; BGE 147 II 72 E 4.4.3.

⁶ So Andrea Graber Cardinaux/Andreas Maschmer in DIKE KG-Kommentar, Art. 6 KG Rn. 21.

⁷ Vgl. dazu Andrea Graber Cardinaux/Andreas Maschmer in DIKE KG-Kommentar, Art. 6 KG Rn. 21.

⁸ Vgl. Andrea Graber Cardinaux/Andreas Maschmer in DIKE KG-Kommentar, Art. 6 KG Rn. 31.

kann, dass sie dem Markt und den Verbrauchern idR schaden.⁹ Liegt eine der in den Gruppenfreistellungsverordnungen definierten Kernbeschränkungen vor, entfällt der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung für die gesamte Abrede (die Vereinbarung), die die fragliche Beschränkung enthält. Die Abrede muss daraufhin aufgrund der individuellen Umstände auf ihre Zulässigkeit überprüft werden.

- Nicht freigestellte Beschränkungen

Es handelt sich um Beschränkungen bzw. einzelne Klauseln, die für sich genommen nicht unter eine der Gruppenfreistellungsverordnungen fallen, während die Freistellung des Rests der Abrede (der Vereinbarung), in der die Beschränkung bzw. Klausel enthalten ist, Bestand hat.¹⁰

3.3 Vergleich

Für die nachfolgenden Ausführungen ist insbesondere ein Vergleich zwischen den Begriffen der harten Abreden nach dem Schweizer Kartellrecht und der Abreden, die iSd EU-Kartellrechts eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, von Interesse.

In der Schweiz wird, wie oben ausgeführt, eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet, wenn eine Abrede die Begriffsmerkmale einer horizontalen oder vertikalen harten Abrede iSd Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG erfüllt. Diese Vermutung ist widerlegbar. Harte Abreden gelten zudem grundsätzlich als erheblich aus qualitativen Gründen. Eine Überprüfung der Erheblichkeit in quantitativer Hinsicht erübrigt sich regelmässig.

In der EU weist der Begriff der Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, gewisse Ähnlichkeiten mit dem Begriff der harten Abreden nach Schweizer Recht auf. In der EU dient dieser Begriff zur Eingrenzung von Abreden, die allein aufgrund ihres Wesens als spürbar einzustufen sind. Das Schweizer Kartellrecht verwendet ebenfalls den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Doch weist es diesem eine andere Funktion zu. Darauf wird später zurückgekommen.

In der Schweiz ist zudem die Einstufung als harte Abrede vorentscheidend für eine direkte Sanktionierung. Unternehmen, die an einer unzulässigen harten Abrede beteiligt waren, sind direkt zu sanktionieren.¹¹ In der EU ist theoretisch jede unzulässige Abrede direkt sanktionierbar.¹²

4 Abgrenzung von bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen

Das Schweizer Kartellrecht und das EU-Kartellrecht stimmen überein, dass eine Verhaltensweise entweder eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken muss, damit sie von den Vorschriften über unzulässige Abreden erfasst wird. Die beiden Rechtsordnungen stimmen zudem weitgehend überein, dass eine Kausalität zwischen der Verhaltensweise und der Wettbewerbsbeschränkung

⁹ So Europ. Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontalleitlinien), ABI C 259 vom 21.7.2023, S. 1, Rn. 105.

¹⁰ Vgl. Andrea Graber Cardinaux/Andreas Maschmer in DIKE KG-Kommentar, Art. 6 KG Rn. 32.

¹¹ Vgl. Art. 49a Abs. 1 KG.

¹² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EGV (jetzt Art. 101 und 102 AEUV) niedergelegten Wettbewerbsregeln (VO 1/2003), ABI L 1 vom 4.1.2003, S. 1, Art. 23 Abs. 2 lit. a.

erforderlich ist. Die diesbezügliche Praxis in der Schweiz und der EU ist nicht immer deckungsgleich. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist grundsätzlich zu verneinen, wenn die Unternehmen ein Projekt nachweislich nur gemeinsam verwirklichen können, es sei denn, sie hätten ihr Ziel mit weniger einschränkenden Mitteln erreichen können. So kann zB argumentiert werden, dass eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) keinen Wettbewerb beschränkt, wenn sie die Beteiligten befähigt, zusammen überhaupt ein Angebot abzugeben oder ein wirtschaftlich günstigeres Angebot abzugeben.¹³

Die Abgrenzung der bezweckten von den bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen wird in den beiden Rechtsordnungen unterschiedlich gehandhabt und ihr kommt eine unterschiedliche Funktion zu.

4.1 Schweizer Kartellrecht

In der Schweiz sind das Bezwecken und Bewirken alternativ zu verstehen. Aus dieser Alternativität ergibt sich, dass die Annahme einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede keinen Nachweis einer tatsächlichen Auswirkung erfordert.¹⁴ Es reicht aus, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird. Beim Bezwecken handelt es sich um einen Gefährdungstatbestand in dem Sinn, dass die Abrede ihrem Wesen nach objektiv geeignet sein muss, den Wettbewerb zu beschränken.¹⁵ Ein Bewirken muss nur geprüft werden, wenn ein Bezwecken zu verneinen ist.¹⁶

4.1.1 Bezwecken

Nach dem Schweizer Recht gilt eine Wettbewerbsbeschränkung als bezweckt, wenn die beteiligten Unternehmen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben.¹⁷ Nach einer anderslautenden Formulierung muss die Abrede die Einschränkung des Wettbewerbs zum Gegenstand haben.¹⁸ Dies ist der Fall, wenn sie auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist. Es genügt die objektive Eignung zur Herbeiführung einer Wettbewerbsbeschränkung.¹⁹ Auf die subjektive Absicht der Unternehmen kommt es nicht an.²⁰ Sie kann, muss aber nicht berücksichtigt werden.²¹

4.1.2 Bewirken

In der aktuellen schweizerischen Praxis werden, soweit ersichtlich, die meisten aufgegriffenen Wettbewerbsbeschränkungen als bezweckt eingestuft. In den seltenen Fällen, in denen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung verneint wird, muss das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung geprüft werden. Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung liegt vor, wenn die Anwendung der Abrede zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer

¹³ Vgl. Sekretariat der WEKO, Schlussbericht vom 6.10.2020 in Sachen Vorabklärung betreffend Dauer-ARGE Graubünden, RPW 2021/1, 90, Rn. 159-174 sowie Rn. 245; ausserdem Mani Reinert in Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021, Art. 4 KG Rn. 694 ff.; Andrea Graber Cardinaux/Andreas Maschmer in DIKE KG-Kommentar, Art. 6 KG Rn. 96.

¹⁴ BGE 147 II 72 3.6; BGE 144 II 246 E. 6.4.2; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.6.4.3 ASCOPA.

¹⁵ So BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.6.4.3 ASCOPA und die dort zitierte Rechtsprechung.

¹⁶ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.6.2 ASCOPA.

¹⁷ zB BGE 147 II 72 E. 3.6; ausserdem WEKO, Verfügung vom 28.6.2021 - Pöschl Tabakprodukte, Rn. 46.

¹⁸ Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.6.4.1 ASCOPA und die dort zitierte Rechtsprechung.

¹⁹ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.6.4.2 ASCOPA.

²⁰ Vgl. zB BGE 147 II 72 E. 3.6.

²¹ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.6.4.2 ASCOPA und die dort zitierte Rechtsprechung.

Wettbewerbsparameter führt.²² Es kommt darauf an, ob sich der Markt aufgrund der Abrede anders entwickelt, als er dies ohne Vorliegen der Abrede täte. Erfasst werden nicht nur aktuelle und vergangene Auswirkungen, sondern es reicht aus, wenn eine Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird.²³

Wenn eine an sich wettbewerbsbeschränkende Abrede gleichzeitig wettbewerbsfördernde Auswirkungen hat, wird dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich erst bei der Rechtfertigung berücksichtigt.²⁴ Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts klärt diese Rechtsprechung nicht abschliessend, ob bei offensichtlich prokompetitiven Verhaltensweisen die Prüfung bereits bei Art. 4 Abs. 1 KG mit dem Argument abgebrochen werden darf, dass keine wettbewerbsbeschränkende Abrede vorliegt.²⁵

4.2 EU-Kartellrecht

In der EU geht es bei der Abgrenzung der bezweckten von den bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen um eine erste Bewertung einer Abrede hinsichtlich deren Schädlichkeit. Gleichzeitig erfolgt eine Weichenstellung, die die weitere Prüfung beeinflusst. Liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, gilt eine spürbare Auswirkung auf den Wettbewerb als erwiesen. Liegt keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, muss geprüft werden, ob erstens eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt und zweitens die Schwelle der Spürbarkeit überschritten wird.

4.2.1 Bezwecken

In der EU wird der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen eng ausgelegt.²⁶ Als bezweckt gelten Beschränkungen, die den Wettbewerb nach ihrem Inhalt, den mit ihnen verfolgten Zielen und dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie stehen, für sich genommen beeinträchtigen. Dies ist zu beurteilen auf der Grundlage von entweder

- hinreichend belastbaren und soliden Erfahrungswerten
- oder den spezifischen Wesensmerkmalen der Abrede.²⁷

Erforderlich ist eine derart hinreichende Beeinträchtigung, dass sich die Prüfung der Wirkungen erübrigt (fr. « *un degré suffisant de nocivité des accords* »).²⁸ Die Beeinträchtigung soll objektiv vorhersehbar sein.²⁹ Die Absicht der beteiligten Unternehmen kann berücksichtigt werden, doch ist dies nicht notwendig.³⁰ Liegt eine Fallgestaltung vor, die nach der Rechtsprechung ihrer Natur nach

²² BGE 147 II 72 E 3.6.

²³ BGE 147 II 72 E 3.6.

²⁴ BGer, vereinigte Verfahren 2C_295/2021 und 2C_307/2021 vom 1.12.2021, E. 4.1.5.2.

²⁵ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.7.4.1 ASCOPA: «Ungeklärt bleibt, ob der Begriff ‚grundsätzlich‘ allenfalls die Möglichkeit offen lässt, offensichtlich prokompetitive Verhaltenskoordinationen bereits unter Art. 4 Abs. 1 KG auszuschneiden und die Prüfung abzubrechen. Eine derartige Abrede müsste jedoch auf den ersten Blick als solche erkennbar sein.»

²⁶ Vgl. zB EuGH, Urt. vom 30.1.2020, Rs. C-307/18 - Generics (UK), Rn. 67.

²⁷ Vgl. Horizontalleitlinien, Rn. 24 und die dort zitierte Rechtsprechung.

²⁸ EuGH, Urt. vom 30.1.2020, Rs. C-307/18 - Generics (UK), Rn. 67 und die dort zitierte Rechtsprechung.

²⁹ Vgl. zB EuG, Urt. vom 12.12.2018, T-691/14 – Servier, Rn. 1076 und die dort zitierte Rechtsprechung.

³⁰ Vgl. zB EuG, Urt. vom 12.12.2018, Rs. T-691/14 - Servier, Rn. 222 und die dort zitierte Rechtsprechung.

besonders schwerwiegend ist, kann die Überprüfung der hinreichenden Beeinträchtigung auf das Notwendige beschränkt werden. Dies ist zB bei geheimen Submissionskartellen der Fall.³¹

Erweist sich der Sachverhalt als zweideutig, ist zu prüfen, ob die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung begründet ist und nicht vielmehr eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.³² Das kann auch für Abreden gelten, die erfahrungsgemäss oft eine Beschränkung bezwecken, wie etwa vertikale Abreden über Mindestpreise.³³

Wenn Unternehmen geltend machen, dass ihre Abrede wettbewerbsfördernde Auswirkungen hat, kann dies ebenfalls die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in Frage stellen.³⁴

4.2.2 Bewirken

Ist ein wettbewerbsbeschränkender Zweck nicht erwiesen, muss die Verhaltensweise daraufhin untersucht werden, ob sie allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Je nach den Umständen kommt es auf die tatsächlichen oder die wahrscheinlichen (potenziellen) negativen Auswirkungen an, die mindestens einen Wettbewerbsparameter beeinträchtigen. Geht es um die Beurteilung einer Abrede, die bereits umgesetzt wurde, sollten die erwiesenen tatsächlichen Auswirkungen berücksichtigt werden.³⁵ Erforderlich ist ein Vergleich zwischen den Wettbewerbsbedingungen, die sich mit der Abrede und ohne diese ergeben.³⁶ Zu berücksichtigen sind ua quantitative Aspekte wie etwa die Marktanteile und in diesem Zusammenhang, inwiefern die Unternehmen einen gewissen Grad an Marktmacht haben oder erlangen und ob sie aufgrund der Abrede ihre Marktmacht verstärken oder ausnutzen können.

4.3 Vergleich

Zusammengefasst stimmen das Schweizer und das EU-Kartellrecht überein, dass eine Verhaltensweise daraufhin untersucht werden muss, ob sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

Der Abgrenzung zwischen den bezweckten und den bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen kommt in den beiden Jurisdiktionen eine unterschiedliche Funktion zu. In der Schweiz ist mit dieser Abgrenzung keine Weichenstellung im Prüfprozess verbunden. In der EU ist die Abgrenzung vorentscheidend für die Feststellung der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung. Liegt ein Bezwecken vor, gilt die Spürbarkeit als erwiesen, während bei einem Bewirken die Spürbarkeit geprüft werden muss.

Die Kriterien zur Abgrenzung des Bezweckens vom Bewirken weisen in den beiden Jurisdiktionen gewisse Ähnlichkeiten auf. Weil dieser Abgrenzung in der EU eine grössere Tragweite zukommt, ist es nachvollziehbar, dass sie dort eine grössere Aufmerksamkeit beansprucht. Wie oben erläutert, ist das

³¹ Horizontalleitlinien, Rn. 348.

³² EuG, Urt. vom 12.12.2018, Rs. T-691/14 – Servier, Rn. 304: « *Il s'ensuit que ne peuvent être considérés comme étant restrictifs de concurrence par objet les accords qui, au vu du contexte dans lequel ils s'insèrent, présentent des effets potentiels ambivalents sur le marché, l'analyse des effets potentiels d'un accord doit ainsi être limitée à ceux résultant de données objectivement prévisibles à la date de conclusion dudit accord.* »

³³ EuGH, Urt. vom 29.6.2023, Rs. C-211/22 - Super Bock Bebidas, Rn. 27 ff.

³⁴ EuGH, Urt. vom 30.1.2020, Rs. C-307/18 - Generics (UK), Rn. 103 ff; EuGH, Urt. vom 29.6.2023, Rs. C-211/22 - Super Bock Bebidas, Rn. 36; Horizontalleitlinien, Rn. 28.

³⁵ EuG, Urt. vom 12.12.2018, Rs. T-691/14 – Servier, Rn. 1107 ff., Insbes. Rn. 1123.

³⁶ EuGH, Urt. vom 30.1.2020, Rs. C-307/18 - Generics (UK), Rn. 118.

Bezwecken in der EU eng auszulegen. Das EU-Recht anerkennt zudem, dass bei gewissen besonders verwerflichen Abredetypen aufgrund von Erfahrungswerten auf ein Bezwecken geschlossen werden kann. Doch stellt die EU-Praxis strengere Anforderungen an die Berücksichtigung der spezifischen Wesensmerkmale der im Einzelfall zu prüfenden Abrede. Liegt ein Zweifelsfall vor, muss die Kommission, wie oben ausgeführt, eingehender untersuchen, ob tatsächlich ein Bezwecken vorliegt, selbst wenn die Abrede einem Abredetyp entspricht, bei dem erfahrungsgemäss meist ein Bezwecken vorliegt. Gleiches gilt, wenn die beteiligten Unternehmen geltend machen, dass eine an sich wettbewerbsbeschränkende Abrede wettbewerbsfördernde Auswirkungen hat. In der Schweiz können wettbewerbsfördernde Auswirkungen auch berücksichtigt werden. Doch wenn von der Rechtsprechung des Bundesgerichts ausgegangen wird, sollte dies wohl idR auf der Stufe der Rechtfertigung geschehen, es sei denn es handelt sich um eine offensichtlich prokompetitive Abrede.

5 Erheblichkeit bzw. Spürbarkeit

Die Vorschriften über unzulässige Abreden des Kartellgesetzes bzw. das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen des EU-Kartellrechts finden nur Anwendung auf Wettbewerbsbeschränkungen, die sich erstens in einem relevanten Umfang auf die Schweiz bzw. den Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten und zweitens auf den Wettbewerb auswirken. Die letztere Voraussetzung wird in der Schweiz mit dem Begriff der Erheblichkeit, in der EU mit dem Begriff der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung umschrieben.

5.1 Schweizer Kartellrecht

Das Schweizer Kartellgesetz unterteilt (in Art. 5 Abs. 1 KG) unzulässige Abreden in solche, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen, und solche, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der ökonomischen Effizienz rechtfertigen lassen. Es unterscheidet ferner zwischen harten Abreden iSv Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, bei denen eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird, und anderen Abreden. In der Praxis ergibt sich aus dieser Systematik, dass Abreden zunächst daraufhin zu untersuchen sind, ob sie in die Kategorie der harten Abreden fallen.³⁷ Sofern sich herausstellt, dass es sich um keine harten Abreden handelt, sind sie anschliessend daraufhin zu untersuchen, ob sie den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen.

Die fünf Kategorien von harten horizontalen oder vertikalen Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihnen, wie oben ausgeführt, eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs von Gesetzes wegen vermutet wird. Die Vermutung ist widerlegbar. Die Anforderungen an den Nachweis der Widerlegung der Vermutung sind nicht sehr hoch.³⁸ Sofern die Widerlegung der Vermutung gelingt, gelten die harten Abreden nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Sachen Gaba³⁹ und BMW⁴⁰ aufgrund ihres Wesens, also aufgrund von qualitativen Erwägungen, als grundsätzlich erheblich. Eine

³⁷ Vgl. die Prüfungsschemata bei Patrick Krauskopf/Olivier Schaller in Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021, Art. 5 KG Rn. 658.

³⁸ So Beat Zirlick/Simon Bangerter in DIKE KG-Kommentar, Art. 5 KG Rn. 367.

³⁹ BGE 143 II 297 E. 5.6.

⁴⁰ BGE 144 II 194 E. 4.3.1.

Prüfung der Erheblichkeit in quantitativer Hinsicht ist bei harten Abreden regelmässig nicht erforderlich.

In der Schweiz sind beim Bewerten von anderen (nicht-harten) Abreden sowohl quantitative als auch qualitative Aspekte in einer Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen. Eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede kann trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein⁴¹ ebenso wie umgekehrt eine quantitativ schwerwiegende Abrede trotz qualitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein kann. Es kommt auf die von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter und die wettbewerbliche Situation an. Es ist nicht erforderlich, dass sich eine Abrede tatsächlich negativ auf den Wettbewerb auswirkt. Es reicht aus, wenn sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen kann.⁴² Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich ferner, dass das Erfordernis der Erheblichkeit als eine Bagatellklausel zu verstehen ist.⁴³ Schon ein geringes Mass ist ausreichend.

Die WEKO hat zudem in ihren Bekanntmachung über KMU Fallgestaltungen aufgeführt, bei denen aufgrund der geringen Grösse der betroffenen Unternehmen oder der geringen Marktanteile idR keine Erheblichkeit vorliegt, sofern keine harte Abrede vorliegt.⁴⁴ In ihrer Vertikalbekanntmachung hat die WEKO zudem die vertikalen Abreden aufgeführt, bei denen nach den gesetzlichen Voraussetzungen von einer qualitativ oder quantitativ erheblichen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist.⁴⁵

5.2 EU-Kartellrecht

In der EU gelten bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, wie erwähnt, *per se* als spürbar. Alle anderen Abreden sind hinsichtlich ihrer Wirkungen zu prüfen.⁴⁶

Bei Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken und nicht bezwecken, setzt eine Spürbarkeit eine mehr als nur geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs voraus.⁴⁷ Bei horizontalen Abreden wird bei der Prüfung der Spürbarkeit regelmässig die Marktmacht der beteiligten Unternehmen und gegebenenfalls ihrer Wettbewerber und der Marktgegenseite berücksichtigt. Bei vertikalen Abreden kommt es wesentlich auf die Marktstärke des Lieferanten im Vergleich zu seinen Wettbewerbern an bzw. darauf, wie stark der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Marken ist. Bei vertikalen Abreden zwischen KMUs geht die Europäische Kommission davon aus, dass diese selten spürbar sind, vorausgesetzt sie enthalten keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen.⁴⁸ Die

⁴¹ BGE 143 II 297 E. 5.2.2, bestätigt in BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020, E. 7.3.1 Hallenstadion; WEKO, Art. 14 lit. b Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

⁴² BVGer, B-645/2018 vom 14.8.2023, E. 12.1.4 Wettbewerbsabreden im Hoch- und Tiefbau im Engadin, mit Verweis auf BGE 143 II 297 E. 5.4.2, 5.6; BGE 144 II 194 E. 4.3.2, BMW; vgl. zB WEKO, Verfügung Belagswerke Bern, R. 737, wo die WEKO auf das «Schädigungspotenzial» eines Konkurrenzverbots verweist.

⁴³ BGE 143 II 297 E. 5.1.6; vgl. die Zusammenfassung der Rechtsprechung durch die WEKO, Verfügung vom 6.12.2021, Belagswerke Bern, Rn. 736.

⁴⁴ WEKO, Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung), Ziff. 5.

⁴⁵ WEKO, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

⁴⁶ zB Horizontalleitlinien, Rn. 42.

⁴⁷ EuG, Urt. vom 8.6.1995, Rs. T-7/93 - Langnese-Iglo/Kommission, Rn. 98.

⁴⁸ Europ. Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Vertikalleitlinien), ABI C 248 vom 30.6.2022, S. 1, Rn. 28.

massgebenden Grundsätze und Regeln zur Beurteilung der wichtigsten Fallgestaltungen sind in den Horizontal- und den Vertikalleitlinien der Kommission zusammengefasst.

Die Europäische Kommission hat zudem in ihrer De-Minimis-Bekanntmachung Marktanteilsschwellen festgelegt, unterhalb derer keine Spürbarkeit vorliegt, es sei denn, es handelt sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.⁴⁹ Diese Schwellen dienen lediglich der Abgrenzung von offensichtlich nicht-spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen.⁵⁰ Wenn eine Abrede über den Schwellen liegt, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass sie sich spürbar auswirkt. Vielmehr können auch solche Abreden lediglich geringfügige Auswirkungen haben und daher zulässig sein.⁵¹

5.3 Vergleich

Zusammengefasst gehen das Schweizer und das EU-Kartellrecht davon aus, dass bestimmte Abreden aufgrund ihres Wesens als erheblich bzw. spürbar gelten können. Im Schweizer Kartellrecht wird zur Bezeichnung der Abreden, die aufgrund ihres Wesens als schwerwiegend gelten, der Begriff der harten Abreden verwendet, im EU-Kartellrecht wird der Begriff der Abreden, die eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezwecken, verwendet. Alle anderen Wettbewerbsabreden sind auf ihre Erheblichkeit bzw. Spürbarkeit zu überprüfen. Das EU-Kartellrecht legt diesbezüglich einen strengeren Massstab an. Während für den Nachweis einer Erheblichkeit iSd Schweizer Rechts eine geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausreicht, ist für den Nachweis einer Spürbarkeit iSd EU-Rechts eine mehr als geringfügige Beeinträchtigung erforderlich.

6 Rechtfertigung

Das Schweizer und das EU-Kartellrecht sehen übereinstimmend vor, dass eine an sich erhebliche bzw. spürbare Abrede nur unzulässig ist, wenn sie nicht gerechtfertigt bzw. nicht freigestellt werden kann.

6.1 Schweizer Kartellrecht

Nach dem Schweizer Kartellrecht hängt eine Rechtfertigung vom Nachweis eines Effizienzgrunds und der Notwendigkeit der Abrede ab. Die Abrede muss notwendig sein, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und sie sollte zudem den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Diese Effizienzprüfung bezweckt, die Abreden, welche auch im Dienst eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks stehen, von denen abzugrenzen, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen.⁵² Eine Abrede gilt als notwendig, wenn sie geeignet

⁴⁹ Europ. Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die iSd Art. 101 Abs. 1 AEUV den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-Minimis-Bekanntmachung), ABI C 291 vom 30.8.2014, S. 1, insbes. Rn. 2 und 13; in Rn. 13 der De-Minimis-Bekanntmachung führt die Kommission aus, sie werde die Bekanntmachung nicht auf die Beschränkungen anwenden, die in den diversen Gruppenfreistellungsverordnungen als Kernbeschränkungen definiert werden und die im Allgemeinen bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellen; es ist offen, ob diese Auffassung Bestand haben kann, nachdem der EuGH in seinem Ur. vom 29.6.2023, Rs. C-211/22 - Super Bock Bebidas, Rn. 41 klargestellt hat, dass solche Kernbeschränkungen nicht zwangsläufig bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellen.

⁵⁰ Vgl. De-Minimis-Bekanntmachung, Rn. 3.

⁵¹ So De-Minimis-Bekanntmachung, Rn. 3.

⁵² BGE 143 II 297 E 7.1.

ist, den behaupteten Effizienzgrund zu erzielen, es darf kein weniger einschränkendes Mittel in Frage kommen und schliesslich darf die Abrede den Wettbewerb nicht überproportional im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel beeinträchtigen. Eine Rechtfertigung kommt bei harten Abreden, bei denen die Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden kann, nicht in Betracht. Selbst nach Widerlegung der Vermutung erweist sich die Rechtfertigung bei harten Abreden tendenziell anspruchsvoller als bei nicht-harten Abreden.⁵³

6.2 EU-Kartellrecht

Nach dem EU-Kartellrecht ist eine Abrede vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarung freigestellt, wenn sie zu Effizienzgewinnen führt, sie also zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs von Produkten oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, die Wettbewerbsbeschränkung zur Erzielung der angestrebten Effizienzgewinne unerlässlich ist, die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden und schliesslich die Abrede den Parteien keine Möglichkeit eröffnet, für einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten.⁵⁴ Bei Abreden, die zu einer Abschottung von Märkten, zu einer Diskriminierung oder zu einer Erstarrung des Preisgefüges führen, kann der Nachweis einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher meist nicht erbracht werden.

6.3 Vergleich

Das Schweizer und das EU-Kartellrecht machen eine Rechtfertigung bzw. Freistellung von ähnlichen Beurteilungsmassstäben abhängig. Ein wesentlicher Unterschied ergibt sich daraus, dass das EU-Kartellrecht anders als das Schweizer Kartellrecht eine angemessene Beteiligung der Verbraucher erfordert. Wichtig ist, dass sowohl in der Schweiz als auch der EU eine Verhältnismässigkeitsprüfung erforderlich ist. In der Praxis kann dies bedeuten, dass eine grundsätzlich effiziente aber gleichzeitig überschüssende Abrede auf das erlaubte Mass reduziert werden muss, um eine Rechtfertigung zu ermöglichen.⁵⁵

7 Beweisführungspflicht (subjektive Beweislast) und (objektive) Beweislast

7.1 Schweizer Kartellrecht

In der Schweiz gilt für das verwaltungsrechtlichen Verfahren, das zur Festsetzung einer direkten Sanktion führen kann, der Untersuchungsgrundsatz. Die Beweisführungspflicht liegt grundsätzlich bei der WEKO, wobei den Unternehmen Mitwirkungs- und Auskunftspflichten obliegen. Zudem ist die Unschuldsvermutung zu beachten.⁵⁶ Der WEKO obliegt auch die Beweisführungspflicht hinsichtlich der Widerlegung der Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und einer Rechtfertigung aus Gründen ökonomischer Effizienz. Sie hat ferner die strafrechtlichen Verfahrensgarantien, wie etwa

⁵³ Vgl. Beat Zirlick/Simon Bangerter in DIKE KG-Kommentar, Art. 5 KG Rn. 325.

⁵⁴ Art. 101 Abs. 3 AEUV.

⁵⁵ Vgl. Beat Zirlick/Simon Bangerter in DIKE KG-Kommentar, Art. 5 KG Rn. 324.

⁵⁶ Vgl. Beat Zirlick/Simon Bangerter in DIKE KG-Kommentar, Art. 5 KG Rn. 49.

das *Nemo-tenetur*-Prinzip, zu beachten.⁵⁷ Des ungeachtet tragen die Unternehmen eine Mitwirkungsobliegenheit, wenn sie sich auf Umstände berufen, die in ihrem Herrschaftsbereich liegen.⁵⁸ Sie tragen faktisch die Folgen einer Beweislosigkeit,⁵⁹ selbst wenn Zweifel aufgrund der Unschuldsvermutung zugunsten der Unternehmen zu berücksichtigen sind.⁶⁰

7.2 EU-Kartellrecht

Das EU-Kartellrecht setzt Mindestanforderungen hinsichtlich der Beweisführungspflicht. Der Partei oder Behörde, die das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede behauptet, obliegt die Beweislast.⁶¹ Bei Sanktionsverfahren obliegt es der Europäischen Kommission, diesen Beweis zu führen. Den Unternehmen obliegen Mitwirkungs- und Auskunftspflichten. Wenn die betroffenen Unternehmen Einwände bezüglich der Auswirkungen einer beanstandeten Verhaltensweise geltend machen und dies in dem ihnen zumutbaren Rahmen begründen, muss die Kommission dies aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör beachten. Bestehen Zweifel an einem Verschulden, wirkt sich dies nach der Unschuldsvermutung zu Gunsten der Unternehmen aus.⁶² Die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen einer Rechtfertigung (Freistellung) vorliegen, obliegt grundsätzlich den Unternehmen.⁶³ Welche Tragweite diese Regel in Verfahren zur Festsetzung von direkten Sanktionen hat und inwiefern sie mit der übergeordneten Unschuldsvermutung vereinbart werden kann, ist jedoch umstritten.⁶⁴

7.3 Vergleich

Zwischen den beiden Jurisdiktionen sind auf den ersten Blick keine wesentlichen Unterschiede festzustellen, was die grundsätzliche Regelung der Beweisführungspflicht und der Beweislast betrifft. Die Rechtslage in der EU unterscheidet sich insofern, als dort die Beweislast im Zusammenhang mit einer Freistellung (Rechtfertigung) den Unternehmen obliegt, wobei dies nicht unumstritten ist.

⁵⁷ Vgl. Botschaft vom 24.5.2023 zur Teilrevision des Kartellgesetzes, BBl 2023 1463, Ziff. 5, zu Art. 39a.

⁵⁸ Vgl. Botschaft vom 24.5.2023 zur Teilrevision des Kartellgesetzes, BBl 2023 1463, Ziff. 5, zu Art. 39a; ferner Beat Zirlick/Simon Bangerter in DIKE KG-Kommentar, Art. 5 KG Rn. 52 f.

⁵⁹ Vgl. Patrick Krauskopf/Olivier Schaller in Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021, Art. 5 KG Rn. 637.

⁶⁰ Vgl. Patrick Krauskopf/Olivier Schaller in Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021, Art. 5 KG Rn. 638.

⁶¹ Vgl. VO 1/2003, Erwägungsgrund Nr. 5 der Präambel sowie Art. 2.

⁶² Vgl. zB EuG, Urt. vom 12.7.2011, Rs. T-112/07 – Hitachi, Rn. 58 ff.; Urt. vom 12.7.2011, Rs. T-113/07 – Toshiba, Rn. 79 f.; Urt. vom 25.10.2011, Rs. T-348/08 – Aragonesas Industrias y Energía, Rn. 93 f.

⁶³ Vgl. Art. 2 Satz 2 VO 1/2003.

⁶⁴ Vgl. dazu Helmut Schröter/Philipp Voet van Vormizeele in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2015, Art. 101 AEUV Rn. 269; Jean-Christophe Puffer-Mariette in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 11; Karsten Schmid/Eckard Rehbindler in Im-menga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU, 6. Aufl. 2019, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 12 ff. sowie Rn. 39.

8 Direkte Sanktionierung von unzulässigen Wettbewerbsabreden

Die folgenden Ausführungen betreffen direkte Sanktionen, die anders als indirekte Sanktionen keine vorgängige Verbots- bzw. Abstellungsverfügung voraussetzen.

8.1 Schweiz

In der Schweiz setzt eine direkte Sanktionierung voraus, dass eine harte Abrede vorliegt, die nicht durch Gründe ökonomischer Effizienz gerechtfertigt ist. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes zu belasten.⁶⁵ Hinsichtlich des Obs verfügt die WEKO über kein Ermessen (kein Entscheidungsermessen). Sie muss eine Sanktion festsetzen, es sei denn es liegt nach den Voraussetzungen der KG-Sanktionsverordnung⁶⁶ einer der im Gesetz⁶⁷ aufgezählten Gründe zum Erlass einer Sanktion vor.

Die direkte Sanktion ist nach der Schwere und der Dauer der Abrede zu bemessen, wobei die mutmassliche Kartellrente angemessen zu berücksichtigen ist.⁶⁸ Die Einzelheiten ergeben sich aus der KG-Sanktionsverordnung.⁶⁹ Die WEKO kann wohl nicht nach Ermessen den Sanktionsbetrag auf Null absenken.⁷⁰ Sie kann jedoch Pauschalsanktionen festsetzen, die regelmässig gering sind.

8.2 EU

In der EU kann die Europäische Kommission eine direkte Sanktion festsetzen, wenn eine Wettbewerbsabrede vorliegt, die nicht freigestellt ist.⁷¹ Sie kann unter den Bedingungen, die in der Mitteilung über den Erlass und die Ermässigung von Bussen in Kartellsachen dargelegt sind, eine Sanktion erlassen.⁷² Sie kann nach dem Opportunitätsprinzip auf die Verhängung einer Sanktion verzichten und sich stattdessen zB darauf beschränken, die Abstellung einer Zuwiderhandlung anzuordnen.⁷³

Die von den Gruppenfreistellungsverordnungen erfassten Abreden und Beschränkungen sind gegenüber einer direkten Sanktionierung gewissermassen «immunisiert». Die Europäische Kommission muss zuerst den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung entziehen und die Unternehmen müssen trotz Entzug der Freistellung die Abrede fortsetzen, bevor eine direkte Sanktion in Betracht kommt.⁷⁴

⁶⁵ Art. 49a Abs. 1 KG.

⁶⁶ Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG), SR 251.5.

⁶⁷ Art. 49a Abs. 2 und 3 KG.

⁶⁸ Art. 49a Abs. 1 KG.

⁶⁹ Art. 2 ff. KG-Sanktionsverordnung.

⁷⁰ So Christoph Tagmann/Beat Zirlick in Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021, Art. 49a KG, Rn. 16 f. insbes. Rn. 17; vgl. aber BVGer B-2977/2007 vom 27.4.2010, E. 8.3.4 Publigruppe; Patrick Krauskopf, DIKE KG-Kommentar, Art. 49a KG Rn. 29, Fn. 75.

⁷¹ Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003.

⁷² ABI C 298 vom 8.12.2006, S. 17.

⁷³ Vgl. Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003; ausserdem Jörg Biermann in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl. 2019, vor Art. 23 1/2003 Rn. 225; Philip Kienappel in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Bd. 2, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 6; für einen Anwendungsfall siehe den CISAC-Fall, in dem die Europäische Kommission von einer Sanktionierung von mehreren europäischen Urheberrechts-Verwertungsgesellschaften absah, weil sie eine indirekte Sanktionierung der Autoren und Komponisten vermeiden wollte und zudem die betroffenen Verwertungsgesellschaften tätige Reue zeigten.

⁷⁴ Vgl. Andrea Graber Cardinaux/Andreas Maschmer in DIKE KG-Kommentar, Art. 6 KG Rn. 28 sowie 33.

Die Sanktion wird nach der Schwere und Dauer der Abrede bemessen.⁷⁵ Sie darf nicht mehr als 10 % des Gesamtumsatzes ausmachen, der im vorausgegangenen Geschäftsjahr durch das betroffene Unternehmen erzielt wurde. Die Einzelheiten ergeben sich aus den Bussgeldleitlinien der Europäischen Kommission.⁷⁶ Die Kartellrente wird nicht systematisch berücksichtigt. Die Kommission kann jedoch eine Erhöhung beschliessen, wenn ansonsten die Sanktion weniger als die Kartellrente ausmacht. Sie kann ferner im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens entscheiden, eine Sanktion auf einen symbolischen Betrag abzusenken,⁷⁷ was jedoch selten geschieht.

8.3 Vergleich

8.3.1 Bandbreite der direkt sanktionierbaren Wettbewerbsabreden

Wenn man das Schweizer mit dem EU-Kartellrecht vergleicht, könnte auf den ersten Blick der Eindruck entstehen, dass die Anzahl der Abreden, die in der Schweiz generell für eine direkte Sanktionierung in Betracht kommt, weit geringer ist. Tatsächlich sieht das schweizerische Kartellgesetz direkte Sanktionen nur für die harten horizontalen und vertikalen Abreden vor, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG abschliessend aufgezählt werden, während in der EU sämtliche wettbewerbsbeschränkende Abreden, die nicht freigestellt sind, theoretisch Gegenstand einer direkten Sanktion werden könnten. Daraus kann jedoch nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass die Schweiz bezüglich der direkten Sanktionierung von Wettbewerbsabreden deutlich permissiver ist. Die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen sind zumindest zu relativieren. So werden die Begriffsdefinitionen der harten Abreden nach dem Schweizer Kartellgesetz umfassend verstanden, sodass ein beträchtlicher Teil der Abreden, die nach dem EU-Recht unzulässig sind, vom Schweizer Kartellrecht als hart eingestuft wird. Gleichzeitig wird in der EU lediglich ein Teil der vom EU-Recht erfassten Wettbewerbsabreden aufgegriffen und direkt sanktioniert, wie umgekehrt in der Schweiz nur ein Teil der vom Schweizer Kartellrecht als hart definierten Wettbewerbsabreden aufgegriffen und direkt sanktioniert wird. Die Europäische Kommission kann zudem selbst bei Feststellung einer unzulässigen Wettbewerbsabrede aus Opportunitätsbetrachtungen von einer direkten Sanktionierung absehen. In beiden Jurisdiktionen ist es zudem möglich, niedrige pauschale bzw. symbolische Sanktionen festzusetzen.

Ungeachtet des Vorgesagten ist denkbar, dass Wettbewerbsabreden in einer der beiden Jurisdiktionen direkt sanktioniert werden und in der anderen nicht. Darauf wird noch zurückgekommen.

⁷⁵ Vg. Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003.

⁷⁶ Europ. Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 (Bussgeldleitlinien), ABI C 210 vom 1.9.2006, S. 2.

⁷⁷ Bussgeldleitlinien, Rn. 36.



8.3.2 Höhe der direkten Sanktionen

In den Fällen, in denen direkte Sanktionen verhängt werden, fallen wohl die Sanktionen in der EU höher aus. In der EU wird generell ein höherer Grundbetrag zugrunde gelegt, ausgehend von dem die Sanktion unter Berücksichtigung der Dauer berechnet wird.⁷⁸ Die Berechnungsfaktoren sind insgesamt nachteiliger für die Unternehmen. Anders als nach dem Schweizer Recht wird zudem eine finanziell schwierige Situation des betroffenen Unternehmens nur in aussergewöhnlichen Fällen und auf begründetes Gesuch berücksichtigt («Inability to Pay»)⁷⁹. Eine Ermässigung ist nur möglich, wenn eindeutig feststeht, dass die Verhängung einer Sanktion die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Unternehmens unwiderruflich gefährden und dessen Aktiva jeglichen Wertes berauben könnte.⁸⁰ Das schweizerische Recht ist hier generell grosszügiger. In der Schweiz muss bei der Festsetzung der Sanktion die Verhältnismässigkeit gewahrt werden.⁸¹ Die Sanktion sollte finanziell tragbar sein.⁸² Der Sanktionsbetrag ist dahingehend zu begrenzen, dass weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht wird. Er sollte in einem angemessenen Verhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes sollte jedoch grundsätzlich mindestens die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abgeschöpft werden.⁸³

9 Vergleich der materiellen Beurteilungskriterien insgesamt

Wie oben ausgeführt, weisen die Kriterien, die das Schweizer und das EU-Kartellrecht zur Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Abreden vorgeben, signifikante Ähnlichkeiten auf. In beiden Rechtsordnungen können bestimmte Wettbewerbsabreden in Anbetracht ihres Wesens schwerwiegend sein. Zur Kennzeichnung solcher Abreden verwendet das Schweizer Recht den Begriff der harten Abreden. Im EU-Recht erfüllt der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen diese Funktion. Harte Abreden gelten in der Schweiz als grundsätzlich erheblich, idR ohne dass es auf quantitative Aspekte ankommt. Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, gelten in der EU als spürbar, ohne dass es auf die Auswirkungen ankommt.

Bei der Bestimmung von Abreden, die aufgrund ihres Wesens erheblich bzw. spürbar sind, ähneln sich die Schweizer und die EU-Regelung in vielerlei Hinsicht. Die Schweizer Praxis berücksichtigt zudem die EU-Praxis.⁸⁴ Doch es gibt auch wesentliche Unterschiede. So stellt das Schweizer Recht konsequenter auf die betroffenen Wettbewerbsparameter (Preis, Menge, Märkte) ab, während es das EU-Kartellrecht öfter auf die Wesensmerkmale der betroffenen Vereinbarung ankommen lässt. Das EU-Recht erscheint zudem flexibler bezüglich der Beurteilung von Zweifelsfällen, die sich nicht eindeutig einordnen lassen, oder von Abreden mit prokompetitivem Potenzial. Diese Nuancen dürften sich oft nicht wesentlich auswirken, doch könnte es Konstellationen geben, in denen Wettbewerbsabreden in

⁷⁸ Bussgeldleitlinien, Rn. 12 ff.

⁷⁹ Bussgeldleitlinien, Rn. 35.

⁸⁰ Ebenda.

⁸¹ So Art. 2 Abs. 2 KG-Sanktionsverordnung.

⁸² WEKO, Verfügung vom 28.6.2021, Pöschl Tabakprodukte, Rn. 111 ff.; ausserdem Verfügung vom 26.3.2018, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I, Rn. 1085 ff.

⁸³ WEKO, Verfügung vom 26.3.2018, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I, Rn. 1086 mwH; Verfügung vom 6.7.2009, Elektroinstallationsbetriebe Bern, RPW 2009/3, 218, Rn. 150 mwH.

⁸⁴ Vgl. zur parallelen Auslegung im Zusammenhang mit vertikalen Abreden BGE 143 II 297 E 6.2.3.

einer der beiden Jurisdiktionen für zulässig erklärt werden und in der anderen nicht. Dies hängt vom Einzelfall ab.

Einigkeit besteht in beiden Rechtsordnungen bezüglich der Beurteilung von horizontalen «Hard Core»-Kartellen und vertikalen Abreden über einen absoluten Gebietschutz. Diese sind unzweifelhaft als harte Abreden bzw. Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, einzustufen. Eine Rechtfertigung bzw. Freistellung wäre in beiden Rechtsordnungen nicht sehr wahrscheinlich.

Zu den Abreden, die das Schweizer und das EU-Kartellrecht wohl gleich einstufen, gehören bestimmte Arbeitsgemeinschaften (ARGE). In der Schweiz erfüllen ARGE, die nicht offensichtlich prokompetitiv sind, bei vernünftiger Auslegung die Kriterien einer harten horizontalen Abrede iSv Art. 5 Abs. 3 KG.⁸⁵ Denn die beteiligten Unternehmen müssen sich typischerweise auf den dem Bauherrn zu offerierenden Preis einigen, womit sie eine horizontale Preisabrede treffen. Betrifft die ARGE mehr als ein Projekt, teilen die Beteiligten eventuell die Projekte untereinander auf, womit eine horizontale Abrede über die Aufteilung von Märkten vorliegen kann.⁸⁶ Sofern nach dem Vorsagten das Vorliegen einer harten Abrede zu bejahen ist, wird eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet. Diese Vermutung kann widerlegt werden. Doch ist dann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich von einer Erheblichkeit auszugehen, es sei denn, es handelt sich um eine ARGE, der nicht typischerweise eine hinreichende Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs immanent ist und die deshalb im Einzelfall auf ihre Erheblichkeit zu überprüfen ist.⁸⁷ In der EU wird ähnlich argumentiert. Wenn an einer ARGE zwei oder mehr Unternehmen beteiligt sind, die in der Lage wären, eigene Angebote abzugeben und die Ressourcen und Tätigkeiten der Beteiligten nicht erheblich integriert sind, wird von einer bezweckten und somit per se spürbaren Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen.⁸⁸ In beiden Jurisdiktionen ist dann idR eine Rechtfertigung bzw. Freistellung erforderlich, wobei es ua auf die Marktanteile ankommt.

Bei Einkaufsgemeinschaften verfolgen das Schweizer und das EU-Kartellrecht unterschiedliche Ansätze, weisen jedoch gleichzeitig gewisse Ähnlichkeiten auf. Nach dem Schweizer Recht spricht vieles dafür, dass Einkaufsgemeinschaften, soweit sie die gemeinsame Aushandlung von Einkaufspreisen und -mengen betreffen, horizontalen harten Abreden entsprechen.⁸⁹ Wenn dies der Fall ist, gilt eine (widerlegbare) Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und die Abreden gelten zudem grundsätzlich als erheblich. Ob allenfalls abweichend davon argumentiert werden kann, dass sich aus den mit einer Einkaufsgemeinschaft verbundenen Preisabreden keine in qualitativer Hinsicht hinreichende Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs ergibt und daher zusätzlich die quantitativen Aspekte zu prüfen sind, ist offen.⁹⁰ In der EU gilt, dass Einkaufsgemeinschaften eine

⁸⁵ So Sekretariat der WEKO, Schlussbericht vom 6.10.2020 in Sachen Vorabklärung betreffend Dauer-ARGE Graubünden, RPW 2021/1, 90, Rn. 178; ausserdem Simon Bangert/Beat Zirlick in DIKE KG-Kommentar, Art. 5 KG Rn. 558 mwH.

⁸⁶ So Sekretariat der WEKO, Schlussbericht vom 6.10.2020 in Sachen Vorabklärung betreffend Dauer-ARGE Graubünden, RPW 2021/1, 90, Rn. 178.

⁸⁷ So jedenfalls Sekretariat der WEKO, Schlussbericht vom 6.10.2020 in Sachen Vorabklärung betreffend Dauer-ARGE Graubünden, RPW 2021/1, 90, Rn. 187-189 mwH.

⁸⁸ Vgl. Horizontalleitlinien, Rn. 357 lit. a.

⁸⁹ Vgl. Andrea Graber Cardinaux/Andreas Maschmer in DIKE KG-Kommentar, Art. 6 KG Rn. 90.

⁹⁰ Vgl. dazu Sekretariat der WEKO, Beratung zu einer Einkaufskooperation, RPW 2020/2, 405, Rn. 29 f. mwH; Beratung zu einer Internationale Einkaufskooperation, RPW 2022/2, 306, Rn. 81 f.

Wettbewerbsbeschränkung nicht bezwecken, sondern lediglich bewirken.⁹¹ Die Spürbarkeit ist aufgrund der Marktmacht der beteiligten Unternehmen und anderer relevanter Faktoren zu prüfen.⁹² In beiden Rechtsordnungen wäre eine Rechtfertigung bzw. Freistellung zu prüfen.

Die Anforderungen an die Wettbewerbsbehörden betreffend Beweisführungspflicht und Beweislast zum Nachweis einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede sind in den beiden Jurisdiktionen vergleichbar.

Die Bandbreite der Abreden, die bei realistischer Betrachtungsweise direkt sanktioniert werden könnten, ist in der Schweiz und der EU vergleichbar. In der EU erscheinen die Sanktionsbeträge tendenziell höher.

-Simon Hirsbrunner-

⁹¹ Vgl. Horizontalleitlinien, Rn. 278.

⁹² Vgl. Horizontalleitlinien, Rn. 285 f.

