



# Praxisentwicklungen zu Wettbewerbsabreden

Schweizerische Kartellrechtstagung  
25 Jahre Kartellgesetz – Eine Schweizer Erfolgsstory  
vom 20. / 21. September 2021

Marcel Dietrich

21. September 2021

## Praxisentwicklungen zu Wettbewerbsabreden

### 1. Gesetzgebung

- Kartellgesetz 1995
- Revision 2001
- Gescheiterte Revision 2012
- Motion Français

### 2. Rechtsprechung und Behördenpraxis

- Horizontalabreden
- Vertikalabreden

### 3. Key Take-Aways

# 1. Gesetzgebung

# Kartellgesetz 1995

## Revision 2001

- Kartellgesetz 1985
  - Wettbewerbsprinzip mit Saldomethode
  - Horizontalabreden können den Kartellbegriff erfüllen und unzulässig sein
  - Vertikalabreden können nur beim Vorliegen von Kartellen oder massgeblichem Markteinfluss unzulässig sein
- Kartellgesetz 1995
  - Inkrafttreten am 1. Juli 1996
  - Hintergrund
    - Internationale Globalisierung
    - Ablehnung EWR-Beitritt der Schweiz
  - Wirksamer Wettbewerb
  - Wettbewerbsabreden sind Horizontalabreden oder Vertikalabreden
  - Für Horizontalabreden bestehen in Art. 5 Abs. 3 KG Vermutungstatbestände (Kartelle)
  - Für Vertikalabreden bestehen zunächst keine Vermutungstatbestände
- Revision 2001
  - Inkrafttreten am 1. April 2004
  - Hintergrund: *Vitaminkartell* (2000) offenbart unwirksame Kartellrechtsdurchsetzung mangels direkter Sanktionen
  - Gegenstand
    - Direkte Sanktionen
    - Bonusregelung
    - Hausdurchsuchungen
  - Parlamentarische Beratung
    - Öffentliche Diskussion über Parallelimporte seit *Kodak* (1999)
    - Einführung von Vermutungstatbeständen für Vertikalabreden in Art. 5 Abs. 4 KG
      - Preisbindung der zweiten Hand
      - Absoluter Gebietsschutz

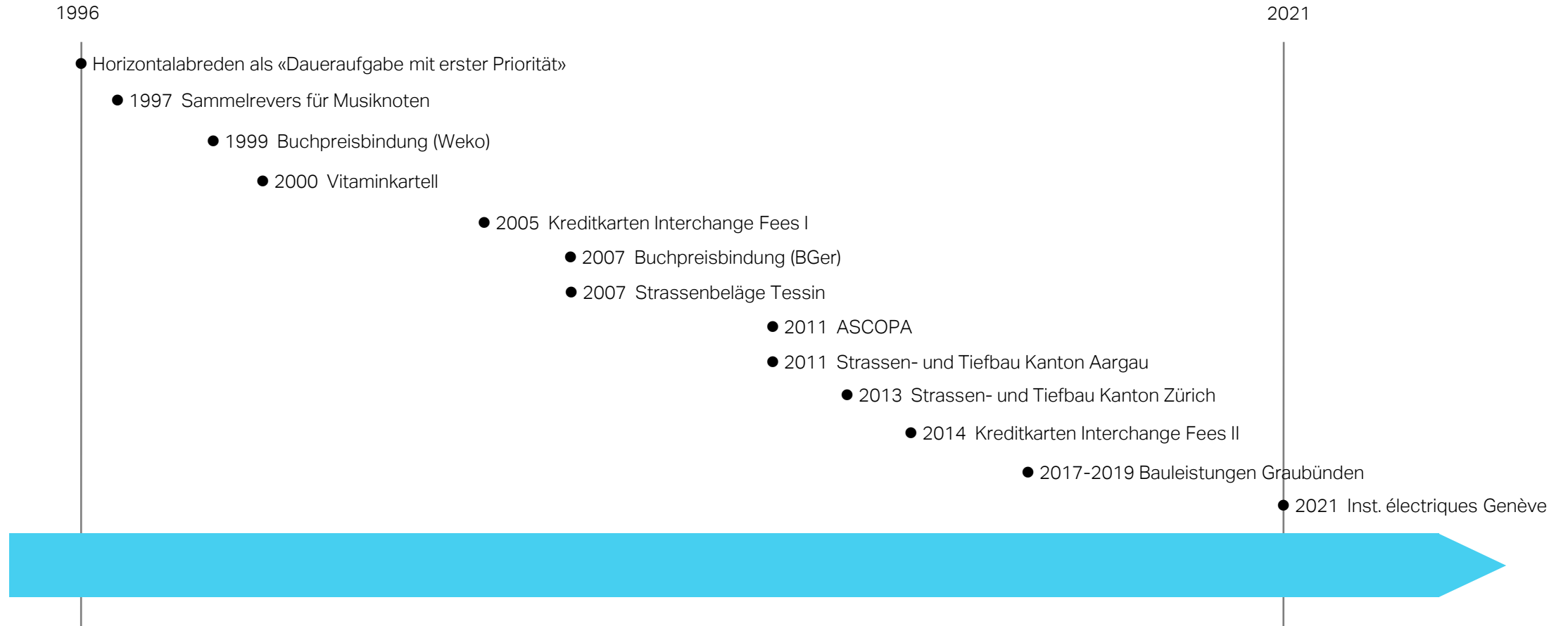


# Gescheiterte Revision 2012 Motion Français

- Gescheiterte Revision 2012
  - Definitives Nichteintreten durch den Nationalrat am 17. September 2014
  - Hintergrund
    - Evaluationsgruppe Kartellgesetz sieht Revisionsbedarf in institutioneller Hinsicht (Unabhängigkeit Wettbewerbsbehörden)
    - Frankenstärke
  - Gegenstand (Auswahl)
    - Bundeswettbewerbsgericht
    - Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsvorbehalt (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG)
  - Parlamentarische Beratung (Teilkartellverbot)
    - Bedenken wegen Beweislastumkehr
    - Gefährdung gängiger Kooperationsformen (z.B. ARGE, Einkaufsgemeinschaften)
- Motion Français
  - Angenommen am 1. Juni 2021
  - Hintergrund: *Gaba*-Praxis der Weko und Gerichte
  - Gegenstand: quantitative Erheblichkeit  
«Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen»
  - Stand: Gesetzesentwurf bis Mitte 2023

## 2. Rechtsprechung und Behördenpraxis

# Horizontalabreden



## Horizontalabreden

- Horizontalabreden als «Daueraufgabe [der Weko] mit erster Priorität» (Jahresbericht 2000)
  
- *Sammelrevers für Musiknoten* (1997)
  - Bündel vertikaler Preisabreden zwischen Verlagen und Musiknotenhändlern mit Wirkung wie eine horizontale Preisabrede
  - Take-Away: Bundesrat verzichtet auf Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen; wirksamer Wettbewerb und Abkehr von der Saldomethode
  
- *Buchpreisbindung* (1999-2007)
  - Bündel vertikaler Preisabreden zwischen Verlagen und Buchhändlern mit Wirkung wie eine horizontale Preisabrede
  - Take-Away: Festigung der Praxis zu Art. 5 Abs. 3 KG bei Ausschaltung Preis- und Qualitätswettbewerb



## Horizontalabreden

- *Vitaminkartell* (2000)
  - Horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden von Vitaminherstellern; weltweit hohe Bussen
  - Take-Away: Auslöser der Revision 2001 mit Einführung direkter Sanktionen und einer Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht
  
- *Kreditkarten Interchange Fees* (ab 2005)
  - Horizontale Preisabrede der Issuer über die Interchange Fee gegenüber den Acquireern
  - Take-Away: Rechtfertigung einer harten Horizontalabrede durch Effizienzgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG (multilaterale Regelung der Gebühr senkt Transaktionskosten und erleichtert Markteintritte)
  
- *ASCOPA* (2011)
  - Unzulässiger Informationsaustausch durch den Austausch aktueller, nicht-öffentlicher Preis- und Kostendaten in der Kosmetik- und Parfümbranche
  - Take-Away: Erster Fall über einen unzulässigen Informationsaustausch

## Horizontalabreden

- Submissionsabreden (2007-2021)
  - Preis-, Kunden- und Gebietsabreden zwischen Bauunternehmen über private und öffentliche Bauprojekte – Auswahl:
    - *Strassenbeläge Tessin* (2007)
    - *Elektroninstallationsbetriebe Bern* (2009)
    - *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau* (2011)
    - *Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich* (2013)
    - *Bauleistungen Kanton Graubünden* (2017-2019)
    - *Installations électriques Genève* (2021)
  - Take-Aways:
    - Verwendung statistischer Modelle (Weko)
    - Viele Selbstanzeigen, da klare Fälle
    - Sanktionspraxis
      - 100 % Sanktionserlass oft möglich
      - Tragung Verfahrenskosten durch Facilitator
      - Berücksichtigung Schadenersatzleistung an Geschädigte bei Sanktionsbemessung
    - Dauer-ARGE sind grundsätzlich zulässig

## Horizontalabreden

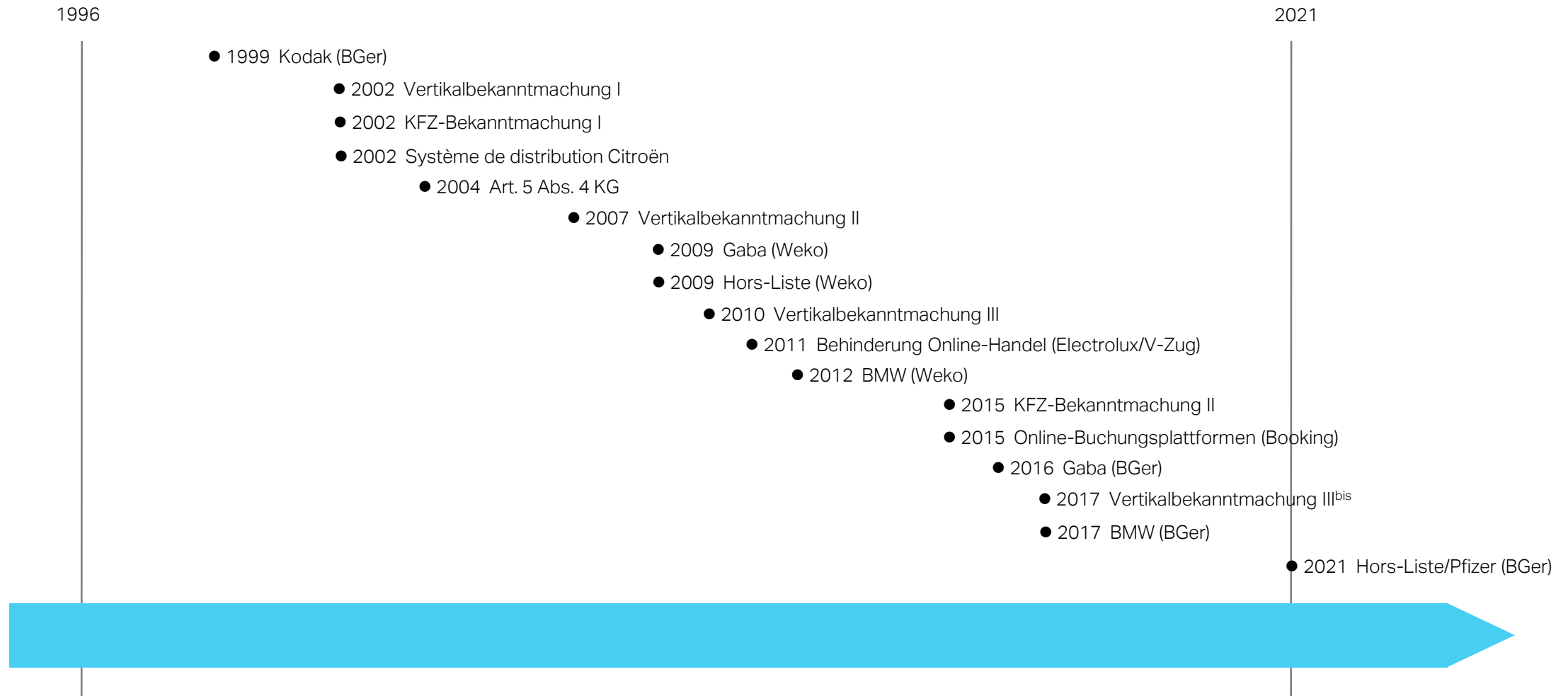
### — Praxisentwicklungen

- Wirksamer Wettbewerb statt Saldomethode
- Gefestigte Praxis zu Art. 5 Abs. 3 KG bei Ausschaltung Preis- und Qualitätswettbewerb
- Direkte Sanktionen und Bonusregelung
- Rechtfertigung durch Effizienzgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG auch bei harten Preiskartellen
- Unzulässiger Informationsaustausch
- Verwendung statistischer Modelle durch die Weko
- Sanktionspraxis
  - 100 % Sanktionserlass oft möglich
  - Selbstanzeigen in klaren Fällen
  - Tragung Verfahrenskosten durch Facilitator
  - Berücksichtigung Schadenersatzleistung an Geschädigte bei Sanktionsbemessung

### — Ausblick

- Relevanz von Submissionsabreden
- Relevanz von Algorithmen und technologischen Prozessen bei der Entstehung und Aufdeckung horizontaler Wettbewerbsabreden
- Motion François zur Wiedereinführung der quantitativen Erheblichkeit

# Vertikalabreden



## Vertikalabreden

- Vertikalabreden bilden einen «Schwerpunkt der Tätigkeit» der Weko (Jahresbericht 2003)
  
- *Vertikalbekanntmachung* (2002, 2007, 2010, 2017) und *KFZ-Bekanntmachung* (2002, 2015)
  - Präzisierung der Prioritäten der Weko führt zu mehreren hundert Anzeigen
  - Take-Away: Inhaltliche Anlehnung an das EU-Recht (Vertikal-GVO; KFZ-GVO)
  
- *Système de distribution Citroën* (2002)
  - Selektives Vertriebssystem, das Händlern grenzüberschreitende Querlieferungen durch nationale Einkaufsziele und Verkaufsverbote erschwert bzw. verunmöglicht.
  - Take-Away: Querlieferungsbeschränkung als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung beim Selektivvertrieb

## Vertikalabreden

- *Gaba* (2009-2016)
  - Passivverkaufsverbot des Schweizer Zahnpastaherstellers zulasten des österreichischen Lizenznehmers
  - Take-Aways:
    - Quantitative Erheblichkeit unbeachtlich bei den Vermutungstatbeständen von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG
    - Per-se-Verbot von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unter Vorbehalt der Effizienzrechtfertigung
  
- *BMW* (2012-2017)
  - BMW-Händlerverträge im EWR untersagen Verkauf an Kunden ausserhalb des EWR und damit auch Passivverkäufe in die Schweiz
  - Take-Away: Sanktion CHF 157 Mio.
  
- *Hors-Liste* (2009-2021)
  - Preisbindung der zweiten Hand durch automatisiert und tagesaktuell kommunizierte und mehrheitlich befolgte Preisempfehlungen
  - Take-Away: Preisempfehlungen als Preisbindungen der zweiten Hand auch ohne Druck/Anreize

## Vertikalabreden

- *Behinderung des Online-Handels (Electrolux und V-Zug) (2011)*
  - Beschränkungen des Verkaufs in Online-Shops als Passivverkaufsverbote
  - Take-Away: Internetverkäufe sind grundsätzlich zuzulassen; beim Selektivvertrieb darf der Hersteller von den Händlern ein stationäres Fachgeschäft (*brick and mortar*) verlangen
  
- *Online-Buchungsplattformen (Booking) (2015)*
  - Hotel-Buchungsplattformen dürfen keine weiten Paritätsklauseln (generell keine besseren Konditionen ausserhalb der Hotel-Buchungsplattform) verwenden; enge Paritätsklauseln (keine besseren Konditionen auf der Hotel-Webseite) sind erlaubt
  - Take-Away: Keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen Plattformen mit Paritätsklauseln



## Vertikalabreden

### — Praxisentwicklungen

- Anlehnung an das EU-Recht
- Querlieferungsbeschränkung als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung beim Selektivvertrieb
- Quantitative Erheblichkeit unbeachtlich bei den Vermutungstatbeständen von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG
- Per-se-Verbot von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unter Vorbehalt der Effizienzrechtfertigung
- Hohe Sanktionen bei Passivverkaufsverboten
- Preisempfehlungen als Preisbindungen der zweiten Hand auch ohne Druck/Anreize
- Internetverkäufe sind grundsätzlich zuzulassen, doch beim Selektivvertrieb darf der Hersteller von den Händlern ein stationäres Fachgeschäft (*brick and mortar*) verlangen
- Keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen Plattformen mit Paritätsklauseln

### — Ausblick:

- Relevanz von Passivverkaufsverboten
- Relevanz von Algorithmen und technologischen Prozessen bei der Entstehung und Aufdeckung vertikaler Wettbewerbsabreden
- Absehbare Revisionen der Vertikalbekanntmachung und der KFZ-Bekanntmachung
- Motion Français zur Wiedereinführung der quantitativen Erheblichkeit

# 3. Key Take-Aways

## Key Take-Aways

### Horizontalabreden

- Relevanz von Submissionsabreden
- Informationsaustausch kann unzulässig sein
- Weko verwendet statistische Modelle
- Entwicklung der Sanktionspraxis
- Motion Français

### Vertikalabreden

- Relevanz von Passivverkaufsverboten
- Strenge Praxis zu Preisempfehlungen
- Internetverkäufe sind zuzulassen; Spielräume beim Selektivvertrieb
- Weite Paritätsklauseln sind verboten
- Motion Français

### EU-Wettbewerbsrecht

Anhaltende Relevanz des EU-Wettbewerbsrechts für Wettbewerbsabreden in der Schweiz

### Digitale Märkte

- Zunehmende Bedeutung digitaler Märkte
- Zunehmende Nutzung digitaler Systeme
- Zunehmende Relevanz von Algorithmen und technologischen Prozessen bei der Entstehung und Aufdeckung von Wettbewerbsabreden

Vorbereitet für

Schweizerische Kartellrechtstagung  
25 Jahre Kartellgesetz – Eine Schweizer Erfolgsstory  
vom 20. / 21. September 2021

Homburger AG  
Prime Tower  
Hardstrasse 201  
CH-8005 Zürich

Marcel Dietrich  
[marcel.dietrich@homburger.ch](mailto:marcel.dietrich@homburger.ch)  
T +41 43 222 12 15