

Das Verhältnis des neuen Art. 5 KG zum europäischen Recht

Studienvereinigung Kartellrecht / Universität Luzern

Luzern, 24. April 2026

Dr. Monique Sturny

walderwyss rechtsanwälte

Europäisches Recht in den Materialien zu Art. 5 KG

Botschaft, BBl 2023 1463, S. 19:

Umsetzung der Motion 18.4282 Français

Mit der Umsetzung der Motion 18.4282 Français wird durch die Änderung von Artikel 5 KG eine Differenz zum EU-Recht geschaffen. Gemäss diesem sind harte horizontale und harte vertikale Wettbewerbsabreden stets erheblich (im EU-Recht spricht man von «spürbar») und damit nur zulässig, wenn sie aus Gründen der ökonomischen Effizienz gerechtfertigt werden können. Dabei kennt das EU-Recht einen deutlich weiteren Kreis an harten Wettbewerbsabreden als das Schweizer Recht (im EU-Recht spricht man von «Kernbeschränkungen»). Diese Konzeption besteht soweit ersichtlich grundsätzlich auch im nationalen Kartellrecht der EU-Mitgliedstaaten.²⁶ Insofern geht das geltende Schweizer Kartellrecht bereits heute weniger weit als das EU-Recht. Diese Differenz wird durch die von der Motion verlangte Anpassung von Artikel 5 KG nun noch weiter vergrössert.

EU-Recht in den Materialien zu Art. 5 KG (II)

- BR Parmelin, AB 2025 N 929, zu Art. 5 KG:

« éloignement par rapport à la législation européenne »

- NR Gigon, AB 2025, 1455:

« Modifier cet article [Art. 5 KG] créerait un écart par rapport au droit de l'Union européenne, où les accords durs horizontaux ou verticaux en matière de concurrence ne sont autorisés que s'ils peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique. Le droit suisse des cartels qui est en vigueur va déjà moins loin que le droit européen, car la Suisse restreint la liste des accords qu'elle considère comme durs. La modification proposée par la majorité à l'article 5 ne ferait que creuser cet écart. Il existe donc un risque que la modification ait un impact sur la coopération internationale dans le cadre de l'accord de coopération avec l'Union européenne et que la collaboration de la Comco avec la Commission européenne soit rendue plus difficile. »

Bisher: Verhältnis EU-Recht zu Gaba-Praxis

Gaba-Praxis (BGE 143 II 297):

- Vermutungs-TB nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG («harte Abreden»): grundsätzliche Erheblichkeit
- Keine quantitative Analyse
- Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG auf die Funktion einer Bagatellschwelle zurückgeführt



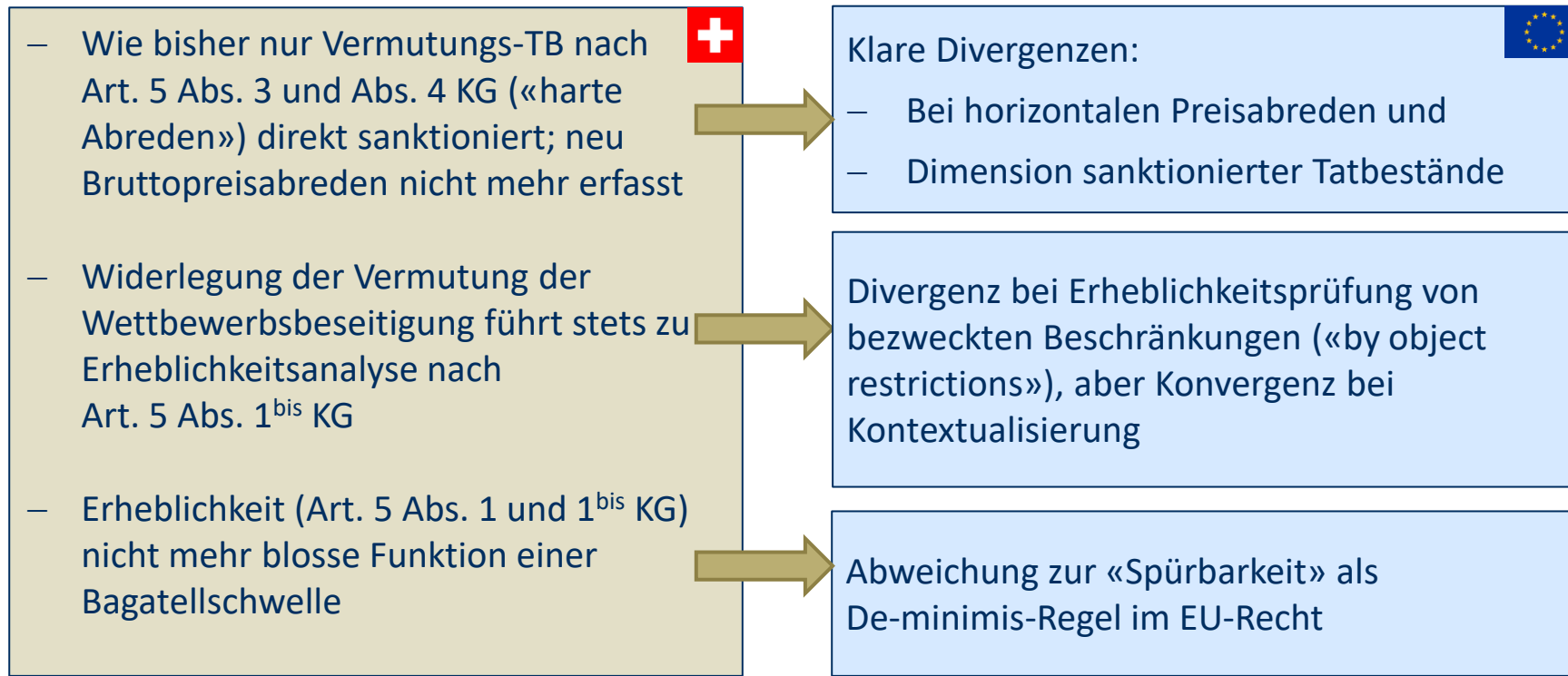
Enge Anlehnung an EU-Recht, «geforderte Parallelität», «materiell identische Regel» trotz rechtstechnisch unterschiedlichem Vorgehen (BGE 143 II 297, 327, E. 6.2.3.)



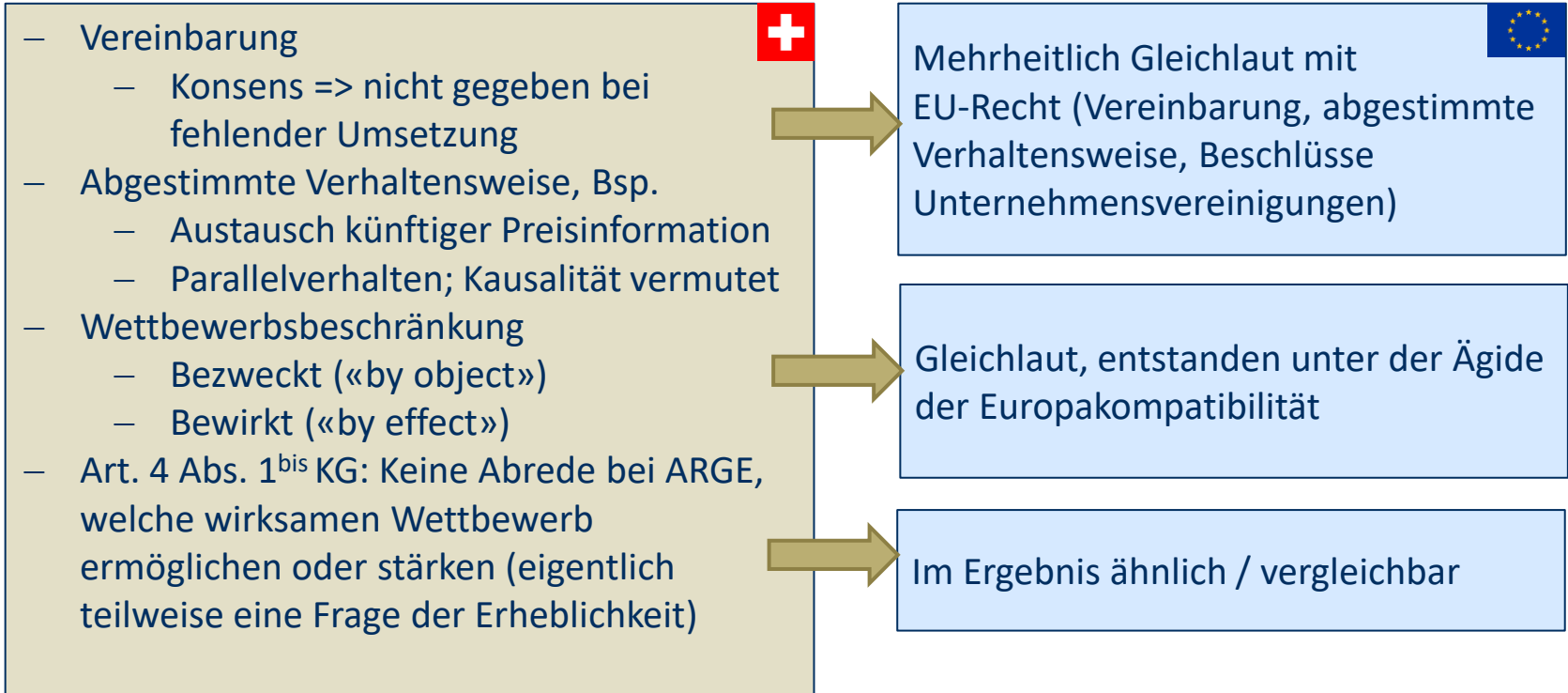
Anlehnung an «by object restrictions» und «Kernbeschränkungen»
Weite Auslegung Vermutungstatbestände

Ähnlich wie «Spürbarkeit» als De-minimis-Regel im EU-Recht

Überblick: Verhältnis zum EU-Recht nach der Revision



Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG (“Begriff”)



Einfluss der Konzeption «by object» vs. «by effect»



Vermutungstatabbestand reduziert auf Kategorisierung als sanktionsbedrohter Tatbestand

Erheblichkeitsprüfung im Einzelfall nach Art. 5 Abs. 1^{bis} KG



Bsp. Preisbindung zweiter Hand:

- In CH Vermutungstatabbestand konzipiert als Nachvollzug der EU-Kernbeschränkung (Art. 4 VertGVO)
- EuGH i.S. *Super Bock*:
 - Eng und kontextbezogen auszulegen
 - Keine quasi-automatische Qualifikation als «by object»
 - Kernbeschränkungen der GVO: lediglich keine hinreichende Sicherheit, dass Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind
- Keine Gleichsetzung der Begriffe
- Spürbarkeitskriterium nicht kategorisch auszublenden
- ↔ Vertikal-LL: Kernbeschränkungen i.d.R. bezweckt
- ↔ De minimis-Mitteilung Komm.: Preisbindung zweiter Hand als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vom Anwendungsbereich ausgenommen

Erheblichkeitsprüfung nach Art. 5 Abs. 1 und 1^{bis} KG



- **Erheblichkeitsprüfung** nach Art. 5 Abs. 1 / 1^{bis} revKG:
 - Systematisch kein Unterschied mehr zw. Vermutungs-TB und anderen Wettbewerbsabreden
 - Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung (NR Walti, AB 2025 N 817 f.; 831 f.)
 - Kommunizierende Röhren gelten – wie vor *Gaba* – auch für Vermutungstatbestände
 - **Qualitative Elemente:** in Form von Erfahrungswerten
 - **Quantitative Elemente:** in Form von konkreten Umständen auf dem relevanten Markt



Eklektische Anlehnung an EU-Recht, da erhebliche Divergenzen:

- Ursprung im autonomen Nachvollzug, aber unterschiedliche Grundkonzeption
- Spürbarkeit (vs. Erheblichkeit)
- Marktabgrenzung und Marktanteilsberechnungen nicht nötig für Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung

Erheblichkeit – Qualitative Elemente (Art. 5 Abs. 1^{bis} KG)

Qualitative Elemente in Form von Erfahrungswerten:



- Ökonomische Theorien
- Vermutungstatbestände als Erfahrungswerte
 - Horizontale Preisabrede: engerer Begriff nach Art. 5 Abs. 3 lit. a revKG
 - Vertikale Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG: VertBek; Erläuterungen zur VertBek
- SR Caroni, AB 2025 S 1186: “hartes Kartell, das den Wettbewerb qualitativ unerheblich einschränkt, kann ich mir eigentlich nicht vorstellen”

Qualitative Elemente: Orientierungshilfen



- «By object restrictions»,
- Kernbeschränkungen (GVO, Leitlinien)
- **Bsp. Nachhaltigkeitsvereinbarungen**, Horizontal-LL, Rz 547 ff.:
 - Horizontale Abrede über Weitergabe höherer Kosten: «by object»
 - *Soft Safe harbour*, Rz 549 (aber: je nach Elementen gar keine Abrede)
- Auswirkungenanalysen («by effects») enthalten auch qualitative Elemente (vgl. z.B. Horizontal-LL, Rz 32 Bst. a: «Art und Inhalt der Abrede»)

Erheblichkeit – Quantitative Elemente (Art. 5 Abs. 1^{bis} KG)

- **Quantitative Elemente:** in Form von **konkreten Umständen auf dem relevanten Markt:**
 - Praxis bisher: primär Marktanteile
 - Marktabdeckung, Umsätze, Grad der Umsetzung, Unternehmensgrösse, Tragweite der Abrede, Verbindlichkeit, zeitl. Dimension
- **Bei qualitativer Erheblichkeit:**
 - Als Korrektiv
 - Bei «Endpreisvereinbarungen» braucht es quantitativ «praktisch nichts mehr» (NR Walti, AB 2025 N 831 f.)
- **Bsp.: Preisbindung zweiter Hand i.S. Stöckli:** Unternehmensgrösse? Marktanteil?

(Blosse) Ähnlichkeit zu den **Faktoren** für «tatsächliche oder wahrscheinliche spürbare negative Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter des Marktes» (Horizontal-LL, Rz 30 – 32)

Bsp. Nachhaltigkeitsvereinbarungen (Rz 554 f.) als Vergleich:

- Keine spürbare Auswirkung bei vorhandenem Wettbewerbsdruck

Bsp. Preisbindung zweiter Hand:

- Kernbeschränkung (VertGVO)
- Kontextualisierung: EuGH *Super Bock*

Effizienzrechtfertigung (Art. 5 Abs. 2 KG)



- Stiefmütterlich behandelt aufgrund hoher Hürde der Notwendigkeit, um
 - Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken,
 - Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern,
 - Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern
 - um Ressourcen rationeller zu nutzen
- keine Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.



Ähnlich, aber nicht deckungsgleich:

- Unerlässlich für Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder um zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beizutragen
- Keine Möglichkeit zur Ausschaltung des Wettbewerbs
- Zusätzlich (abweichend von CH) «angemessene Beteiligung der Verbraucher»; Bsp. Nachhaltigkeitsvereinbarungen (Horizontal-LL Rz 569 ff.: an Saldomethode erinnernde Elemente)

Verhältnis Art. 5 revKG zum EU-Recht?

– Thesen zur Diskussion



- **Die Revision macht das KG nicht europäischer, sondern schweizerischer**
 - Europakompatibilität steht nicht im Vordergrund (Gegensatz zu KG 95)
 - Tenor BR und Parlament: Motion Français bringt Abweichung vom EU-Recht
- **Divergenzen: => nur noch eklektische Anlehnung**
 - Im Bereich der horizontalen Preisabreden (konkret bei Bruttopreisabreden)
 - Korrektur *Gaba*: Neu mehr quantitative Prüfung in CH, auch bei Kernbeschränkungen; Unterschied aber graduell (Kurskorrektur ⇔ Selbstdemontage)
- **Konvergenzen: => Parallelität lebt weiter**
 - Dogmatisch verbesserte Trennung: «Vermutungstatbestand», «by object restriction» und «Kernbeschränkungen» (waren noch nie deckungsgleich)
 - Gewisse Annäherung an Argumentationslinie zum EuGH (z.B. i.S. *Super Bock*)

