

25 Jahre Kartellgesetz

Andreas Heinemann*

1. Hintergrund

Der Wettbewerb ist das Fundament der Marktwirtschaft: Ohne ihn wird das Ziel optimaler Faktorallokation verfehlt, und Innovationen werden nicht ausreichend stimuliert. Historische Erfahrung und wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnis haben gezeigt, dass Wettbewerb kein Naturzustand ist, der sich automatisch ergibt, wenn man nur Privateigentum und Wirtschaftsfreiheit garantiert und die allgemeinen Rahmenbedingungen wirtschaftsfreundlich ausgestaltet. Vielmehr ist der Wettbewerb ständig bedroht, beispielsweise durch die Neigung zur Kartellbildung. Es ist die Aufgabe des Staats, den wirksamen Wettbewerb gegen unzulässige Beschränkungen zu verteidigen. Der schweizerische Gesetzgeber ist dieser Aufgabe in mehreren Etappen nachgekommen. Die Kartellgesetze von 1962 und 1985 waren noch durch grosse Unsicherheiten in der Frage geprägt, ob bzw. in welchem Umfang kartellrechtliche Eingriffe mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind. Erst das Kartellgesetz von 1995,¹ das 1996 in Kraft getreten ist und dessen 25jährigen Geburtstag wir also dieses Jahr feiern,² hat sich klar und eindeutig zum Schutzobjekt des "wirksamen Wettbewerbs" bekannt.³ Die Ausarbeitung griffiger Regeln und die Stärkung der zur Anwendung berufenen Institutionen kann als Paradigmenwechsel der schweizerischen Wettbewerbspolitik bezeichnet werden.⁴

Im Folgenden sollen die Entstehung des KG 1995 und seine Weiterentwicklung in seiner Bedeutung nachvollzogen (2.), ein Überblick über die praktische Entfaltung des Gesetzes gegeben (3.), häufige Kritikpunkte behandelt (4.) und aktuelle Gefahren für die Wirksamkeit der Wettbewerbspolitik aufgezeigt werden (5.). Abschliessend werden die grössten Herausforderungen umrissen, mit denen das Wettbewerbsrecht schon jetzt konfrontiert ist, und welche die wettbewerbspolitische Diskussion der nächsten Jahre und Jahrzehnte wohl prägen werden (6.).

2. Entstehung

a) Die Kartellgesetze von 1962 und 1985

* Prof. Dr. Andreas Heinemann, Professor an der Universität Zürich und Präsident der Wettbewerbskommission. Der Beitrag ist eine erweiterte Fassung des Vortrags, den der Verfasser anlässlich der offiziellen Jubiläumsveranstaltung "25 Jahre Kartellgesetz" am 15. Juni 2021 in Bern gehalten hat. Eine Zusammenfassung aller Beiträge zu dieser Tagung findet sich bei SIMON DECK, 25 Jahre Kartellgesetz – Bericht zur Jubiläumsveranstaltung der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 15. Juni 2021, in: Jusletter 11. Oktober 2021.

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251.

² S. FRANK STÜSSI, 25 Jahre fit dank Wettbewerb, Die Volkswirtschaft 2021, 57.

³ Zu den Hintergründen s. MARINO BALDI, Zur "Philosophie" des neuen Kartellgesetzes, in: Mario A. Corti/Peter Ziegler (Hrsg.), Diplomatische Negotiation – FS Franz A. Blankart, Bern u.a. 1996, S. 349 ff.; umfassend zum Begriff des "wirksamen Wettbewerbs" s. PETER HETTICH, "Wirksamer Wettbewerb" – Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003.

⁴ WALTER R. SCHLUEP, Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795 (805 ff.).

Das Kartellgesetz von 1962 folgte dem Konzept des "möglichen Wettbewerbs": Nicht der Wettbewerb als solcher sollte geschützt werden, sondern das Recht des Einzelnen auf freie wirtschaftliche Betätigung.⁵ Ganz in diesem Sinn wandte sich auch das Kartellgesetz von 1985 nicht gegen die Kartelle an sich, sondern gegen "Vorkehren" eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation gegen Dritte. Kartelle wurden bestimmten Organisationspflichten wie z.B. der Schriftform unterworfen und hierdurch in ihrer Existenz anerkannt. Grosszügigerweise wurde den Kartellmitgliedern die Möglichkeit eingeräumt, sich von Kartellpflichten durch ein Gericht befreien zu lassen, wenn die Einhaltung der Kartellpflicht nach Treu und Glauben unzumutbar geworden war.⁶

Es ist offensichtlich, dass auf dieser Grundlage ein Schutz des Wettbewerbs nicht zu erreichen ist. Das war auch nicht das Ziel des Gesetzgebers. Vielmehr herrschte eine kartellfreundliche, also wettbewerbsfeindliche Sichtweise vor. Unverändert galt eine Aussage in der Botschaft zu den Neuen Wirtschaftsartikeln, nämlich "dass es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle, insbesondere um die Einführung einer gewissen Publizitätspflicht und um die Bekämpfung vorkommender Missbräuche und Auswüchse."⁷ Durch die Saldotheorie wurde den kartellrechtlichen Vorgaben auch noch der letzte Zahn gezogen: Sie verwässerte die ohnehin schwachen kartellrechtlichen Tatbestände dadurch, dass in jedem Einzelfall umfangreiche Abwägungen vorzunehmen waren, in die nicht nur wettbewerbsbezogene Faktoren, sondern öffentliche Interessen jeder Art einzubringen waren.⁸ Und selbst wenn das Gesetz einen Eingriff ermöglichte, waren die Kompetenzen der zur Anwendung berufenen Kartellkommission schwach. Nach dem KG 1962 konnte sie nur Empfehlungen an die Unternehmen richten, nicht aber verbindlich verfügen. Auch das KG 1985 verweigerte der Kartellkommission die Verfügungskompetenz und räumte ihr lediglich die Möglichkeit ein, Antrag beim Volkswirtschaftsdepartement zu stellen, das dann seinerseits eine Verfügung erlassen konnte (wozu es aber nur zweimal gekommen ist). Im Übrigen stand den Betroffenen lediglich der Zivilrechtsweg zur Verfügung, der aufgrund der hiermit verbundenen Risiken und Kosten aber keine praktische Wirksamkeit für die Durchsetzung des Kartellrechts erlangte.⁹

b) Das Kartellgesetz von 1995

In den 1990er Jahren änderte sich das Wettbewerbsklima. Vor dem Hintergrund einer Wachstumsschwäche und des Neins von Volk und Ständen zum EWR-Beitritt am 6. Dezember 1992 wurde ein Programm zur Revitalisierung der schweizerischen Volkswirtschaft und zur Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit aufgelegt, das

⁵ ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 152.

⁶ Zu den Kartellgesetzen von 1962 und 1985 s. beispielsweise ANDREAS KLEY, in DIKE-Kartellgesetz, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Vor Art. 1 Rn. 45 ff.

⁷ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10.9.1937, BBl 1937 II 833 (889).

⁸ CARL BAUDENBACHER, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR/RDS 2012 II 419 (466).

⁹ Die kritische Bewertung aus heutiger Sicht soll auf keinen Fall die gewaltigen Leistungen schmälern, die beim Aufbau der ersten Kartellrechtsordnungen erbracht wurden. Eindrückliche Schilderungen prominenter Insider finden sich beispielsweise bei ARNOLD KOLLER, Vom Kartellgesetz 1962 zur Wettbewerbspolitik der neuen Bundesverfassung, AJP 2020, 157 (mit Schwerpunkt auf dem KG 1962); PIERRE TERCIER, Du droit des cartels au droit de la concurrence, ZSR/RDS I 1993, 399 (409 ff.) (zur praktischen Anwendung des KG 1985).

neben dem Binnenmarktgesetz und dem Gesetz gegen technische Handelshemmnisse auch ein neues Kartellgesetz umfasst. Das KG 1995 stellte die genannten Schwächen ab: Das Gesetz enthält griffige Tatbestände, die allein dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs verpflichtet sind. Die Saldotheorie wurde abgeschafft. Die Berücksichtigung von Interessen nicht-wettbewerblicher Art sind dem Verfahren der Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat vorbehalten. Neu wurde eine präventive Fusionskontrolle eingeführt. Und die neu geschaffene Wettbewerbskommission, die genauso wie das Kartellgesetz in diesem Jahr ihr Silberjubiläum feiert, erhielt die Verfügungskompetenz, ist also nicht mehr auf Anträge an das Departement angewiesen.¹⁰ Das Gesetz ist massgeblich von dem damals in der Bundesverwaltung tätigen MARINO BALDI und seinem hochkarätigen Team entworfen worden, weshalb es auch schon als *Lex Baldi* bezeichnet worden ist.¹¹

c) Die KG-Revision von 2003

Auch wenn das neue Kartellgesetz die schweizerische Wettbewerbspolitik in ihrer Konzeption auf den Stand der westlichen Industriestaaten brachte, fehlte doch noch ein wesentlicher Baustein: Die Verhängung von Geldbussen unmittelbar für Verstösse gegen die kartellrechtlichen Tatbestände war nicht vorgesehen. Vielmehr musste die Wettbewerbskommission einen Fall zunächst aufgreifen und rechtskräftig entscheiden. Erst wenn ein Unternehmen dann noch am verbotenen Verhalten festhielt, war die Verhängung einer Sanktion möglich. Der Grundentscheid für bloss indirekte Sanktionen beruhte auf dem Bekenntnis zum Missbrauchsprinzip, wonach Wettbewerbsbeschränkungen zunächst stets erlaubt sind und erst mit rechtskräftigem Behörden- oder Gerichtsentscheid unzulässig werden. Direkte Sanktionen, also die Verhängung von Geldbussen bereits für den Verstoß gegen die materiell-rechtlichen Vorgaben selbst, sind mit dem Missbrauchsprinzip nicht vereinbar, da ja hiernach Rechtswidrigkeit erst mit dem rechtskräftigen Entscheid einer Rechtsanwendungsinstanz eintritt.¹²

Die KG-Revision von 2003 hat diesen Ausgangspunkt überwunden und durch Art. 49a Abs. 1 KG direkte Sanktionen für Verstösse gegen die Vermutungstatbestände in Art. 5 KG und Missbräuche marktbeherrschender Stellungen gem. Art. 7 KG eingeführt. Wie soeben ausgeführt, sind direkte Sanktionen mit dem Missbrauchsprinzip nicht erklärbar. Das Kartellgesetz ist mit der Revision von 2003 vielmehr zum Verbotsprinzip übergegangen, d.h. Unternehmen werden für die genannten Rechtsverletzungen selber und nicht erst für den Ungehorsam gegenüber einem rechtskräftigen Behörden- oder Gerichtsentscheid sanktioniert.¹³ Es ist für das schweizerische Kartellrecht markant, dass bis heute – offenbar infolge der jahrzehntelangen Prägung durch das kartellfreundliche Missbrauchsprinzip¹⁴ – der

¹⁰ Näher zu den Neuerungen des KG 1995 s. MARINO BALDI/JÜRIG BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz, WuW 1998, 343; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la concurrence: le temps des questions, AJP/PJA 1996, 791.

¹¹ So CARL BAUDENBACHER, Das Kartellrecht: 20 Jahre Lex Baldi, Basler Zeitung v. 8.7.2016.

¹² BALDI/BORER (Fn. 10), 353.

¹³ S. hierzu, auch zur Vereinbarkeit dieser Entwicklung mit dem Verfassungsrecht, ANDREAS HEINEMANN, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR/RDS I 2016, 431 (445 ff.).

¹⁴ S. auch MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, 20 Jahre – und kein bisschen weiter?, AJP 2015, 1529 (1530), die anlässlich des 20. Geburtstags des Kartellgesetzes darauf hinwies, "dass noch gewisse Denkweisen aufgrund der doch eher eigenwilligen Konstruktion des früheren schweizerischen Kartellrechts nachwirken".

Begriff "Verbotsprinzip" gemieden wird, als ob es um die Nennung von *Voldemort* ginge.¹⁵ Für die praktische Anwendung sind diese Ungenauigkeiten allerdings mittlerweile unschädlich: Die Gerichte haben sich inzwischen vom Missbrauchsprinzip distanziert.¹⁶

Weitere wichtige Änderungen der KG-Revision von 2003 waren die Einführung der Bonus-Regelung ("Kronzeugenprogramm"), durch die Selbstanzeiger Vorteile bis hin zum vollständigen Sanktionserlass erhalten können, sowie die Stärkung der Untersuchungsbefugnisse, z.B. die Möglichkeit von Durchsuchungen. Materiell-rechtlich sticht die Einführung eines neuen Vermutungstatbestands für vertikale Wettbewerbsabreden in Art. 5 Abs. 4 KG hervor. Hierdurch sollte u.a. die Abschottung der Schweizer Märkte bekämpft und Parallelimporte gefördert werden.

d) Fair-Preis-Initiative

Von besonderer Bedeutung ist die Einfügung des Konzepts der relativen Marktmacht in das Kartellgesetz durch den indirekten Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative im Jubiläumsjahr 2021.¹⁷ Art. 7 KG, der sich bisher nur an marktbeherrschende Unternehmen wandte, wird auf relativ marktmächtige Unternehmen erstreckt. Nach Art. 4 Abs. 2^{bis} KG besteht relative Marktmacht gegenüber anderen Unternehmen, wenn diese keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben. Auch relativ marktmächtige Unternehmen dürfen in Zukunft ihre Marktstellung also nicht missbrauchen. Hervorzuheben ist, dass in Übereinstimmung mit der Hochpreisthematik ein neues Regelbeispiel in Art. 7 Abs. 2 KG eingefügt wird. Nach Buchstabe g dürfen Nachfrager nicht in der Möglichkeit eingeschränkt werden, Produkte im Ausland zu den dortigen Preisen und Konditionen zu beziehen.¹⁸ Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat eine Kerngruppe "Relative Marktmacht" eingerichtet. Die WEKO möchte Orientierung durch Leitentscheide stiften. Da es bei relativer Marktmacht um bilaterale, produktspezifische Verhältnisse geht, ist im Übrigen der Zivilrechtsweg der indizierte Durchsetzungsmechanismus.

e) Fazit

Das KG 1995 markiert eine "neue wettbewerbspolitische Ära".¹⁹ Erstmals wurde den Kartellen eine klare Absage erteilt und das Schutzziel des wirksamen Wettbewerbs verankert. Kartelle wurden also nicht mehr als eine legitime Ordnungsform anerkannt, die man nur auf

¹⁵ Eine andere Ursache für die bestehenden Unsicherheiten ist eine Begriffsverwirrung: Das Missbrauchsprinzip wird fälschlicherweise mit dem Abstellen auf die "schädlichen Auswirkungen" in Art. 96 Abs. 1 BV gleichgesetzt, obwohl der *effects-based approach* mit dem Verbotprinzip ohne Weiteres vereinbar ist, wie bereits ein Blick auf das US-amerikanische Antitrustrecht zeigt; s. hierzu ANDREAS HEINEMANN, KG-DIKE, Nach Art. 1 Rn. 91 f.

¹⁶ S. BGE 143 II 297 (320 ff.) – *Gaba*; BVGer, 16.9.2016, RPW 2016/3, 831 – *Nikon*, E. 7.2.1. S. auch BGE 134 III 438 (442 f.): Kartellrechtswidrige Verträge sind *ex tunc* nichtig. Auch diese Aussage ist nur mit dem Verbotprinzip erklärbar.

¹⁷ Gesetz vom 19.3.2021, in Kraft ab 1.1.2022; s. Geschäft des Bundesrats 19.037, "Stop der Hochpreinsel – für faire Preise. Volksinitiative und indirekter Gegenvorschlag", Botschaft vom 29.5.2019 (BBl 2019, 4877).

¹⁸ Zur neuen Regelung s. beispielsweise ROGER ZÄCH/FELIX TUCHSCHMID, Unterstellung relativ marktmächtiger Unternehmen unter die schweizerische Missbrauchsaufsicht, ZWeR 2021, 217.

¹⁹ BALDI/BORER (Fn. 10), 343.

Auswüchse zu überprüfen habe. Vielmehr wurden die Kartelle für unzulässig erklärt, wobei eine Ausnahme für Bagatellen und im Fall einer Effizienzrechtfertigung gemacht wurde.²⁰

Eine wichtige verfassungsrechtliche Untermauerung erfolgte durch die neue Bundesverfassung 2000: Im Gegensatz zur Vorgängervorschrift stellt Art. 96 Abs. 1 BV den Erlass eines Kartellgesetzes nicht mehr in das Belieben des Gesetzgebers, sondern verpflichtet ihn hierzu. Ausserdem entfiel der Vorbehalt, dass hierbei nötigenfalls von der Handels- und Gewerbefreiheit abgewichen werden könne. Dies ist von grundlegender Bedeutung: Das Kartellrecht wird nicht mehr als Ausnahme vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit betrachtet, sondern bringt deren immanente Schranken zum Ausdruck. Wirtschaftliche Freiheit wird nicht in einem Umfang gewährt, der die Selbstaufhebung dieser Freiheit durch Kartellbildung umfasst. Diese klare Reaktion auf das Freiheitsparadoxon ist als geradezu kartellphilosophischer Meilenstein zu würdigen.

Durch die KG-Revision von 2003 führte der Gesetzgeber die direkten Sanktionen ein, womit er das *public enforcement* auf den internationalen Stand hob. Anders verhält es sich beim *private enforcement*: Die Durchsetzung des Kartellrechts auf zivilrechtlichem Weg wurde zwar von Anfang an im Gesetz prominent geregelt (nämlich in den Art. 12 ff. KG, d.h. noch vor der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung). In der Praxis führt das Kartellzivilrecht allerdings ein Schattendasein. Hier besteht erheblicher Verbesserungsbedarf.

3. Entfaltung

a) Überblick

In Anwendung des Kartellgesetzes (und anderer wettbewerbsrechtlicher Erlasse einschliesslich des Preisüberwachungsgesetzes sowie des Binnenmarktgesetzes) hat sich eine ausserordentlich dichte Praxis ergeben. Zeugnis hiervon legt die umfassende Dokumentation der einschlägigen Behörden- und Gerichtstätigkeit im amtlichen Publikationsorgan "Recht und Politik des Wettbewerbs/Droit et politique de la concurrence en pratique" (RPW/DPC) ab. Um einen Eindruck der sich stetig intensivierenden Praxis zu vermitteln, seien zwei Stichproben herausgegriffen. Während der Jahrgang 2000 der RPW/DPC 820 Seiten umfasst, verfügt die Ausgabe von 2020 über 2277 Seiten. Der Anstieg hat auch damit zu tun, dass die Einführung der direkten Sanktionen die Nachfrage nach gerichtlicher Kontrolle hat ansteigen lassen, und dass mittlerweile zahlreiche Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts und des Bundesgerichts vorliegen, die eine Fülle von Einzelfragen geklärt haben.

b) Direkte Sanktionen

Was die Verhängung direkter Sanktionen betrifft, so hat die WEKO bisher circa 60 solcher Sanktionsentscheide gefällt. Etwa die Hälfte hiervon betrifft Kartellfälle im eigentlichen Sinn, also horizontale Preis-, Mengen- oder Marktaufteilungsabreden. Ein Viertel entfällt auf vertikale Wettbewerbsabreden, nämlich vertikale Preisbindung oder absoluten Gebietsschutz. Im verbleibenden Viertel stellte die WEKO den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen

²⁰ Gesamtüberblick über die Entwicklung bei WALTER STOFFEL, *Swiss Competition Law: Where From and Where To?*, Mélanges Pierre Tercier, Genf/Zürich Basel 2008, 677.

fest. Hervorhebung verdient auch die Tatsache, dass etwa die Hälfte aller Sanktionsentscheide im Weg der einvernehmlichen Regelung abgeschlossen wurde, was schnellere Verfahren und kürzere Entscheide erlaubt. Die andere Hälfte wurde streitig abgeschlossen. Bei diesem Ausgang wurde fast durchweg Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Etwa 20 Sanktionsentscheide der WEKO sind nicht rechtskräftig abgeschlossen. Die ausstehenden Gerichtsentscheide werden das Wettbewerbsrecht sicherlich entscheidend prägen.

Besonders häufige Fallgruppen sind die Submissionsabreden (horizontal) und der absolute Gebietsschutz (vertikal): Hier hat die WEKO Schwerpunkte gesetzt. Ihr Vorgehen gegen diese praktisch besonders bedeutsamen Wettbewerbsbeschränkungen wurde von den Gerichten im Wesentlichen gestützt. Von grundlegender Bedeutung in diesem Zusammenhang ist der *Gaba*-Entscheid des Bundesgerichts, der zahlreiche Fragen geklärt hat.²¹ Insbesondere steht seit *Gaba* fest, dass die Verwirklichung der Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs einzustufen ist. Die Wirksamkeit der Kartellrechtsanwendung wurde hierdurch entscheidend gestärkt.²²

c) Praxis ausserhalb von Sanktionsverfahren

Die direkten Sanktionen stehen in der öffentlichen Wahrnehmung ganz im Mittelpunkt. Häufig kommt es aber auch zu Entscheiden ohne die Verhängung von Sanktionen, beispielsweise in so wichtigen Fällen wie den Multilateral Interchange Fees der Banken, den Bestpreisklauseln von Hotelbuchungsplattformen, der Lieferpflicht für Uhrwerke oder der Honorarordnungen von Berufsverbänden. Das WEKO-Sekretariat nimmt zahlreiche Beratungen und Marktbeobachtungen vor. Häufig können Lösungen gefunden werden, die kein langwieriges Verfahren erfordern, sondern ohne grösseren Aufwand das Ziel der Sicherung des wirksamen Wettbewerbs erreichen. All diese Aktivitäten werden von denjenigen übersehen, die der WEKO eine Fixierung auf die Verhängung von Sanktionen vorwerfen. Nicht nur ein genaueres Studium der RPW/DPC, sondern auch die Durchsicht der Jahresberichte fördert die Fülle von Fragen und Fällen zutage, die von der WEKO ausserhalb von Sanktionsverfahren behandelt werden. Im Interesse einer optimalen Ausnutzung der zur Verfügung stehenden Ressourcen hat die Behörde ein grosses Interesse daran, Probleme niederschwellig zu lösen, um die Konzentration der vorhandenen Mittel auf prioritäre Fälle zu ermöglichen.

Von grosser Bedeutung ist auch die Zusammenschlusskontrolle, in deren Rahmen die WEKO jährlich ca. 30 bis 40 kontrollpflichtige Meldungen erhält. Ganz allgemein gehört zu den Aufgaben der WEKO die *competition advocacy*: Beispielsweise bringt das Sekretariat im Rahmen der Ämterkonsultationen und die Kommission im Rahmen der Vernehmlassungen die Sache des Wettbewerbs in geplante Gesetzgebungsvorhaben ein. Die WEKO fungiert damit als Lobby des Wettbewerbs. Diese Funktion ist von nicht zu überschätzender Bedeutung, da Partikularinteressen sich im Einzelfall häufig für eine Ausnahme vom Prinzip Wettbewerb stark machen.

²¹ BGE 143 II 297.

²² Befürwortend ANDREAS HEINEMANN, ZSR/RDS 2018 I 103; ablehnend NICOLAS BIRKHÄUSER/MANI REINERT, ZSR/RDS 2018 I 121.

d) Internationale Einflüsse und internationale Zusammenarbeit

Wettbewerbsrecht ist ein sehr internationales Thema. Weltweit haben sich zwei Referenzmodelle herauskristallisiert, einerseits das US-amerikanische Antitrust-Recht, das über die weitaus längere Tradition verfügt, und das EU-Kartellrecht. Letzteres ist insbesondere überall dort von besonderem Interesse, wo Wettbewerbsrecht auch die Intensivierung der Wirtschaftsbeziehungen in regionalen Integrationsverbänden unterstützen soll.

Das schweizerische Recht ist stark vom EU-Kartellrecht geprägt.²³ Der Grad der Prägung unterscheidet sich aber je nach Themenbereich. So war die Zusammenschlusskontrolle mit dem qualifizierten Marktbeherrschungstest von Anfang an weit entfernt vom EU-Modell, während sich die Regeln über den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen bewusst eng an das EU-Modell und die EU-Praxis angelehnt haben.²⁴ Den Regeln über vertikale Wettbewerbsabreden hat das Bundesgericht sogar "materielle Identität" mit EU-Wettbewerbsrecht bescheinigt.²⁵ Mit dem Anlehnungsgrad steigt auch das Bedürfnis nach europarechtskonformer Auslegung. Immer sind aber die nationalen Besonderheiten zu berücksichtigen, insbesondere das vom Gesetzgeber bekräftigte Ziel des Kampfs gegen Abschottung und gegen die Hochpreisinsel Schweiz.

Prägend für das schweizerische Wettbewerbsrecht ist auch die internationale Zusammenarbeit. Die Schweiz beteiligt sich intensiv an der Arbeit der für das Wettbewerbsrecht einschlägigen Gremien wie z.B. dem OECD Competition Committee, dem International Competition Network (ICN) und der UNCTAD. Ein Höhepunkt der internationalen Zusammenarbeit aus Schweizer Sicht war die Veranstaltung der grossen ICN-Jahreskonferenz 2009 in Zürich, massgeblich initiiert vom damaligen WEKO-Präsidenten *Walter Stoffel*. Weniger erfreulich war die Entwicklung des Wettbewerbsthemas in der Welthandelsorganisation (WTO). Obwohl deren Liberalisierungsregeln dringend durch unternehmensbezogene Vorschriften unterstützt werden müssten, fehlt es bis heute an einem bindenden, weltweiten Kartellrechtsübereinkommen. Das Wettbewerbsthema wurde sogar aus dem Arbeitsprogramm gestrichen und steht nur noch in allgemeiner Form auf der Agenda.²⁶

Die internationalen Gremien fördern auch die praktische Zusammenarbeit zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden.²⁷ Hinzu treten bilaterale Kooperationsabkommen. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang das Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU, das Ende 2014 in Kraft getreten ist. Es ist ein sogenanntes "Abkommen der zweiten Generation", da es nicht lediglich einen strukturierten Meinungs austausch und eine allgemeine Koordination der Vorgehensweise, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch den Austausch vertraulicher Informationen ohne Zustimmung der

²³ S. beispielsweise MONIQUE STURNY, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht*, Bern 2014.

²⁴ Zu Art. 7 KG s. BALDI/BORER (Fn. 10), 346.

²⁵ BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3

²⁶ S. den umfassenden Überblick von ROBERT D. ANDERSON/WILLIAM E. KOVACIC/ANNA CAROLINE MÜLLER/ANTONELLA SALGUEIRO/NADEZHDA SPORYSHEVA, *Competition Policy and the Global Economy: Current Developments and Issues for Reflection*, 88 *The George Washington Law Review* 1421 (2020).

²⁷ S. umfassend OECD/ICN Report on International Co-operation in Competition Enforcement, Paris 2021 <www.oecd.org/competition/oecd-icn-report-on-international-cooperation-in-competition-enforcement-2021.htm>.

betroffenen Unternehmen erlaubt. Angesichts der Internationalität vieler Fälle ist die internationale Zusammenarbeit von grosser Bedeutung. Hier besteht sicher Bedarf nach weiterem Ausbau, beispielsweise durch bilaterale Kooperationsabkommen mit den Nachbarländern (das Abkommen mit der EU betrifft nur die Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission). Am weitesten gediehen sind die Arbeiten an einem Kooperationsabkommen mit Deutschland.

4. Entgegnung

Das Wettbewerbsrecht muss sich in der Praxis bewähren. Über seine Anwendung im Einzelfall entsteht naturgemäss Streit. Erforderlichenfalls haben die Gerichte die Streitfragen zu entscheiden. Im Folgenden soll auf Kritikpunkte eingegangen werden, die in letzter Zeit von besonderer Bedeutung waren und die über die Frage der richtigen Entscheidung von Einzelfällen hinausgehen.

a) Kartellrecht schlecht für Innovationen?

Besonders in Verfahren nach Art. 7 KG (Missbrauch marktbeherrschender Stellungen) wird häufig der Vorwurf vorgebracht, die WEKO beschränke sich auf eine statische Analyse, betrachte also nur die Lage des Wettbewerbs in der Gegenwart und stelle nicht ausreichend auf die Folgen für zukünftige Innovationen ab. So könne die Untersagung von Behinderungsmissbrauch oder die Intervention in die Preispolitik vielleicht kurzfristig den Wettbewerb stimulieren, nehme dem Marktbeherrscher aber die Mittel und die Anreize, die eigenen Produkte weiterzuentwickeln oder neue hervorzubringen.

Der Vorwurf der Innovationsfeindlichkeit ist unberechtigt. Die WEKO erkennt sehr wohl das Ziel dynamischer Effizienz an und sieht die Förderung des technischen Fortschritts als wichtige Funktion des Wettbewerbs und des Wettbewerbsrechts. Im Unterschied zur vorgebrachten Kritik verengt die WEKO aber die Analyse nicht auf die Innovationsanreize eines einzelnen Unternehmens, sondern stellt auf die Innovationsanreize insgesamt im Markt ab, also auch auf die Innovationsanreize von Wettbewerbern bzw. von Unternehmen, die auf die Zusammenarbeit mit dem Marktbeherrscher angewiesen sind.²⁸

b) Kartellrecht schlecht für Pandemiebekämpfung?

Im Zug der COVID-19-Pandemie hat sich der Bedarf an Unternehmenskooperation verstärkt, da dramatische Eile bei der Impfstoffentwicklung bestand, und auch Einkauf und Vertrieb stärker und vor allem schneller zu organisieren waren. Das Kartellrecht verfügt bekanntlich über grosse Flexibilitäten, was die gemeinsame Forschung und Entwicklung, die gemeinsame Produktion, den gemeinsamen Einkauf und die gemeinsame Vermarktung betrifft.²⁹ Diese Flexibilitäten wurden von den Kartellbehörden der Welt ausgeschöpft. Das Kartellrecht stand

²⁸ Diese allgemeine Aussage ist nicht mit der Frage der Beweislast gleichzusetzen: Die Behörde muss nicht die Besonderheiten aller Marktteilnehmer untersuchen. Es reicht die Ausrichtung auf den oder die Initiatoren des Verfahrens, s. BVGer, 18.12.2018, B-831/2011 – *Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*, N. 1174 ff.

²⁹ S. beispielsweise EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011, C 11/1, N. 111 ff., 150 ff., 194 ff., 225 ff.

zu keinem Zeitpunkt einer schnellen und koordinierten Antwort auf die Herausforderungen der Pandemie entgegen, z.B. in den Bereichen Therapien, Impfstoffe und Versorgungsgengpässe. Die Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen hat den heutigen Stand der Pandemiebekämpfung erst möglich gemacht. Die Wettbewerbsbehörden der Welt machten aber auch regelmässig darauf aufmerksam, dass die Pandemie nicht ausgenutzt werden dürfe, um im Windschatten der Ereignisse Preiskartelle zu bilden oder andere nicht gerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen zu praktizieren.³⁰

Ganz auf dieser Linie lag die Kommunikation der WEKO. Zu einem frühen Zeitpunkt schaffte sie Rechtssicherheit, indem sie beide Aspekte der Kartellrechtsanwendung in Zeiten der Krise in einer Medienmitteilung hervorhob: Einerseits dürfen die Unternehmen die Krise nicht für Wettbewerbsbeschränkungen ausnutzen, indem sie beispielsweise Kartelle bilden oder die Preise absprechen. Andererseits wies sie auf den gesteigerten Kooperationsbedarf in Krisenzeiten hin und bot individuellen Kontakt zur Anwendung dieser Grundsätze an.³¹

Vereinzelt ist die WEKO für die Handhabung des Kartellrechts in Reaktion auf die Herausforderungen der Pandemie kritisiert worden. Beobachter sahen einen Unterschied zwischen der Antwort der WEKO und derjenigen anderer Behörden, beispielsweise der Europäischen Kommission. Während die anderen Behörden "zur Linderung der Folgen der Krise die Vorschriften vorübergehend gelockert" hätten, habe die WEKO "für eine Lockerung der kartellrechtlichen Vorgaben oder der Praxis [...] ganz offenbar keinen Anlass" gesehen.³²

Hinter der Kritik steckt offenbar ein Missverständnis: Die Europäische Kommission hat die Regeln nicht gelockert, sondern das geltende Recht, das über zahlreiche Flexibilitäten für die Unternehmenskooperation (in Krisen- oder normalen Zeiten) verfügt, konsequent angewendet. Das schweizerische Kartellrecht folgt diesem Ansatz. In der praktischen Handhabung besteht zudem eine Besonderheit: Das WEKO-Sekretariat steht den Unternehmen für die Beratung von Einzelfällen zur Verfügung (Art. 23 Abs. 2 KG). Die Wege sind in der Schweiz deshalb besonders kurz, so dass rasch in Erfahrung gebracht werden kann, ob legale Kooperation oder unzulässige Kartellbildung vorliegt. Auch in der Schweiz stand das Kartellrecht zu keinem Zeitpunkt legitimer Kooperation im Weg. Die ausdrückliche Warnung vor Preisabreden war überdies nicht hypothetischer Natur, sondern hatte einen konkreten Anlass. Dank der klaren Kommunikation blieb dies aber ein Einzelphänomen.³³

³⁰ Typisch z.B. die einschlägigen Statements des International Competition Network und der UNCTAD: ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic, 8.4.2020 <www.internationalcompetitionnetwork.org/featured/statement-competition-and-covid19>; UNCTAD, Defending competition in the markets during COVID-19, 8.4.2020 <<https://unctad.org/fr/node/2371>>.

³¹ WEKO, Medienmitteilung vom 26.3.2020 "WEKO: Kartellrecht gilt während Corona-Krise" <www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-78586.html>.

³² SIMON HIRSBRUNNER, Staatliche Unterstützung und Wettbewerbsrecht in Pandemie-Zeiten, ZSR – Sondernummer Mai 2020, 93, 97; in diesem Sinn auch TOBIAS BINZ/CHRISTIAN JAAG/SAMUEL RUTZ, Kartellrecht und Corona-Krise: Differenzierte Einschätzung der Behörden, 18.5.2020 <www.oekonomenstimme.org/artikel/2020/05/kartellrecht-und-corona-krise-differenzierte-einschaetzung-der-behoerden>.

³³ Zurückzuweisen ist auch die Kritik von HIRSBRUNNER (Fn. 32, 101) an der "geringe[n] Aktivität der Wettbewerbskommission in beihilfenrechtlichen Angelegenheiten". Die WEKO hat hier bekanntlich lediglich eine Zuständigkeit nach Art. 103 Luftfahrtgesetz (LFG) (in Verbindung mit dem bilateralen Luftverkehrsabkommen), die sich auf die Abgabe einer (unverbindlichen) Stellungnahme beschränkt. Die WEKO wird auf Anfrage der entscheidbefugten Behörde tätig. Den hier anfallenden Aufgaben ist die WEKO –

c) Kartellrecht schlecht für Umweltschutz?

Offenbar besteht beim Umwelt- und Klimaschutz grosser Handlungsbedarf, nicht nur für die staatliche Umweltpolitik, sondern auch für die Unternehmen. Bisweilen wird vorgebracht, dass das Kartellrecht umweltschützender Unternehmenskooperation im Wege stehe. In der Tat müssen Nachhaltigkeitsvereinbarungen mit den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben in Einklang stehen. Zu leicht könnten sonst hehre Ziele vorgeschützt werden, um klassische Kartellstrategien wie Preiserhöhungen und Mengenbeschränkungen zu verfolgen.

Das Kartellrecht ist aber auch in der Frage des Umweltschutzes hinreichend flexibel. Ein Beispiel sind die Umwelt- oder Nachhaltigkeitslabel: Eine Wettbewerbsabrede wird bereits von vornherein nicht vorliegen, wenn Unternehmen ein solches Label etablieren, der Zugang allen Interessierten diskriminierungsfrei offensteht, auf Ausschliesslichkeit verzichtet wird und keine preisbezogenen Absprachen getroffen werden. Aber auch wenn eine tatbestandsmässige Wettbewerbsabrede vorliegt, bestehen Rechtfertigungsspielräume. Art. 5 Abs. 2 lit. a KG nennt als einen wirtschaftlichen Effizienzgrund die "rationellere Nutzung der Ressourcen". Von Anfang an verfügte das Kartellgesetz also über grüne Spielräume. Allerdings erlaubt dies nicht eine Renaissance der Saldotheorie: Vielmehr muss die Effizienzverbesserung stets einen konkreten Bezug zu Produkten oder Produktionsverfahren haben. Daran fehlt es, wenn Unternehmen untereinander vereinbaren, nicht mehr im Ausland einzukaufen, um Transportwege zu verkürzen und die CO₂-Emissionen zu senken. Eine solche Abrede würde den Zielen des Kartellrechts geradezu zuwiderlaufen, da es den Wettbewerbsdruck aus dem Ausland ja stärken möchte.

Das Beispiel zeigt, dass das Kartellrecht zwar über einen grossen Spielraum für Nachhaltigkeitsvereinbarungen verfügt. Kooperationen zwischen Unternehmen können den Umweltgesetzgeber aber nicht ersetzen. Es besteht also eine Vorrangstellung der staatlichen Umweltpolitik.³⁴

5. Entwertung

Das Kartellgesetz hat sich in seiner Grundkonzeption in den letzten 25 Jahren im Grundsatz bewährt, jedenfalls was die verwaltungsrechtliche Durchsetzung in Bezug auf Wettbewerbsabreden und den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen betrifft.³⁵ Allerdings droht eine Entwertung des Gesetzes durch mehrere Entwicklungen.

a) Heimatschutz

Immer wieder werden Stimmen laut, die für Heimatschutz im Kartellrecht plädieren und eine mildere Anwendung des Kartellrechts in Bezug auf heimische Unternehmen fordern. Die heimische Wirtschaft sei dadurch zu fördern, dass man das Kartellrecht zurückhaltender auf

übrigens in aller kürzesten Fristen – vollumfänglich nachgekommen, s. z.B. WEKO, Stellungnahme vom 20.5.2020 – *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*, RPW 2020/3b, 1233.

³⁴ Näher zum Themenkreis s. ANDREAS HEINEMANN, Nachhaltigkeitsvereinbarungen, sic! 2021, 213.

³⁵ Anders fällt die Bilanz bei der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts und bei der Zusammenschlusskontrolle aus; s. hierzu unten 6.

inländische Unternehmen anwende. Solche Vorschläge verkennen Grundlagen der Marktwirtschaft: Der Wettbewerb kann seine elementaren Funktionen nur dann erfüllen, wenn sich alle Unternehmen an die Vorgaben des Wettbewerbsrechts zu halten haben. Es ist geradezu die DNA des Kartellrechts, dass die Spielregeln für alle gleich sind und das Heimteam nicht bevorzugt wird. Nur so kann gewährleistet werden, dass sich die besseren, billigeren oder innovativeren Produkte am Markt durchsetzen.

In diametralem Gegensatz hierzu stand die von der Fair-Preis-Initiative vorgeschlagene Reimportklausel: Ein Anspruch auf Bezug im Ausland zu den dort geltenden Konditionen hätte nur in Bezug auf im Ausland, nicht aber in Bezug auf im Inland hergestellte Produkte bestanden. Der Ständerat verhinderte diesen protektionistischen Irrweg. Auch die OECD hat in der kürzlich angenommenen *Recommendation on Competitive Neutrality*³⁶ bekräftigt, dass das Wettbewerbsrecht alle Marktteilnehmer gleich behandeln müsse. Dahinter steckt die Einsicht, dass die Heimat am besten dadurch geschützt wird, dass das Wettbewerbsrecht neutral formuliert und angewendet wird, also auf protektionistische Elemente verzichtet wird.

b) Saldotheorie

In jüngerer Zeit wurde in verschiedenen Zusammenhängen die Frage aufgeworfen, ob in die wettbewerbsrechtliche Analyse auch andere *public interest*-Aspekte eingebracht werden sollten. Auf den Stellenwert des Umweltschutzes im Wettbewerbsrecht wurde bereits eingegangen (s.o. 4.c). Ein anderes Beispiel ist die Medienvielfalt. 2018 hatte die WEKO über drei bedeutende Medienzusammenschlüsse zu entscheiden, nämlich in den Fällen *AZ Medien/NZZ*, *Tamedia/Goldbach* und *Tamedia/Basler Zeitung*. Die Behörde genehmigte alles Zusammenschlussvorhaben ohne Bedingungen oder Auflagen. Das Eingreifkriterium der qualifizierten Marktbeherrschung war nicht gegeben. Teilweise wurde Kritik laut, dass die WEKO den Wert der Medienvielfalt nicht ausreichend in Rechnung gestellt habe.

Was die Anwendung des geltenden Rechts betrifft, ist die Kritik von vornherein unbegründet: Es ist charakteristisch für das KG 1995, dass die WEKO auf eine rein wettbewerbsbezogene Prüfung beschränkt ist. Sie ist nicht dazu berechtigt, andere Belange des öffentlichen Interesses zu prüfen, jedenfalls wenn sie sich nicht mit wettbewerblichen Aspekten überschneiden. Es liegt allein in der Kompetenz des Bundesrats, Ausnahmegenehmigungen zur Verwirklichung anderer öffentlicher Interessen zu erteilen (für die Zusammenschlusskontrolle s. Art. 11 KG). Die Medienvielfalt ist sicherlich hiervon erfasst. Allerdings forderte die Kritik in den Medienfällen nicht eine ausnahmsweise Zulassung, sondern eine Intervention, nämlich ein Verbot oder zumindest Bedingungen oder Auflagen. Eine solche Möglichkeit räumt das KG auch dem Bundesrat nicht ein.

Es stellt sich aber die rechtspolitische Frage, ob man das Prüfprogramm der WEKO in Medienfällen um das Ziel der Medienvielfalt erweitern sollte.³⁷ Hiervon ist dringend abzuraten. Die Schweiz ist ein gebranntes Kind, was die Einbeziehung nicht-wettbewerblicher Schutzgüter des öffentlichen Interesses in die kartellrechtliche Analyse betrifft. Die Saldotheorie der alten Gesetze führte zu einer substantiellen Beeinträchtigung der

³⁶ OECD, Recommendation on Competitive Neutrality, OECD/LEGAL/0462 v. 31.5.2021 <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462>>.

³⁷ In Österreich hat das Kartellgericht einen Medienzusammenschluss zu untersagen, wenn er die Medienvielfalt beeinträchtigt, s. § 13 des österreichischen Kartellgesetzes.

Wirksamkeit der Wettbewerbspolitik (s.o. 2.a). Diese Erfahrung sollte nicht wiederholt werden. Damit ist keine Abwertung der anderen Schutzgüter verbunden. Vielmehr sollten diese im jeweiligen Politikzusammenhang geregelt werden, die Umwelt- und Klimaziele im Umweltrecht und das Ziel der Medienvielfalt im Medienrecht. Andernfalls ist die praktische Wirksamkeit des Kartellrechts ernsthaft gefährdet.³⁸

c) Motion *Français*

Das grösste Destabilisierungspotential für das Kartellrecht geht derzeit von der Motion *Français* aus. Sie trägt den Titel "Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen"³⁹ und ist eine Reaktion auf das *Gaba*-Urteil, in dem das Bundesgericht sich für die grundsätzliche Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen ausgesprochen hat.⁴⁰ Die Motion wird damit begründet, dass der *Gaba*-Entscheid die Rechtssicherheit zulasten der betroffenen Unternehmen beeinträchtigt, und dass die Kooperation zwischen Unternehmen erschwert werde. In der parlamentarischen Debatte wurde zudem vorgebracht, dass Arbeitsgemeinschaften (ARGE's) und Einkaufsgemeinschaften in Gefahr seien.

Keines dieser Argumente trifft zu: Der *Gaba*-Entscheid hat die Rechtssicherheit nicht geschwächt, sondern im Gegenteil gestärkt. Geradezu atemberaubend sind die Volten, die in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis bei der Interpretation der "Erheblichkeit" i.S. von Art. 5 Abs. 1 KG geschlagen worden sind. Das Bundesgericht hat durch den *Gaba*-Entscheid Rechtssicherheit geschaffen, indem bei Verwirklichung der fünf Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG im Grundsatz von Erheblichkeit auszugehen ist, ohne dass eine quantitative Prüfung vorzunehmen ist. Dies ist keine Verschärfung des Gesetzes, sondern eine Rückkehr zum Willen des Gesetzgebers des KG 1995.⁴¹ Die Effizienzrechtfertigung ist vorbehalten, so dass ökonomische Stimmigkeit gewährleistet ist. Die Zusammenarbeit zwischen Unternehmen wird nicht erschwert. Insbesondere wird die WEKO nicht müde, auf die Zulässigkeit von Arbeitsgemeinschaften hinzuweisen.⁴² Das *Gaba*-Urteil nähert die Rechtslage in der Schweiz derjenigen in der EU an. Auch das EU-Kartellrecht steht der Bildung von Arbeitsgemeinschaften nicht im Weg. Entsprechendes gilt für Einkaufsgemeinschaften.⁴³ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die *Gaba*-Praxis – entgegen bisweilen vorgebrachter Behauptungen – zu keiner Umkehr der Beweislast geführt hat. Weiterhin obliegt es im Verwaltungsverfahren der WEKO, das Vorliegen harter Abreden zu beweisen. Auch an den Mitwirkungspflichten der Parteien in Bezug auf die Effizienzrechtfertigung⁴⁴ hat sich durch *Gaba* nichts geändert.

Die Motion wurde von beiden Räten angenommen und wird im Zug der anstehenden KG-Revision umgesetzt werden. Es ist zu hoffen, dass sich die Umsetzung zielorientiert auf die Frage der Arbeits- und Einkaufsgemeinschaften beschränken wird. Eine allgemeine Pflicht

³⁸ S. näher ANDREAS HEINEMANN, Public Interest und Wettbewerbsschutz in der Schweiz, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (Hrsg.), Jahrbuch 2020, Köln 2021, 47.

³⁹ Motion 18.4282, eingereicht am 13.12.2018 von Ständerat OLIVIER FRANÇAIS.

⁴⁰ S. bereits oben nach Fn. 21.

⁴¹ S. z.B. BGE 144 II 246, E. 10.1: Das Kriterium der Erheblichkeit soll Bagatellfälle aussondern. Die Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG sind nicht als Bagatellen zu qualifizieren.

⁴² S. zuletzt WEKO, Jahresbericht 2020, RPW 2021/1, 1 (6).

⁴³ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Horizontalleitlinien (Fn. 29), Rn. 194 ff.

⁴⁴ S. z.B. BGE 144 II 246, E.13.4.2., 13.5.3.

zur Prüfung quantitativer Aspekte in jedem Einzelfall würde das Kartellrecht weit zurückwerfen. Die Verfahren würden in die Länge gezogen, weil die gesamte Kaskade der Verteidigungsmittel wieder ausgereizt werden könnte. Es sei nur der Fall *Articles de sport* angeführt, in dem die WEKO eine direkte Sanktion wegen vertikaler Preisbindung verhängt hatte. Das Bundesverwaltungsgericht hob den Entscheid auf, da lediglich in Bezug auf 39 (!) Wiederverkäufer vertikale Preisbindung nachgewiesen worden sei. Im Verhältnis zu den 333 Wiederverkäufern insgesamt seien das "nur" 12 %, weshalb quantitative Unerheblichkeit vorliege.⁴⁵ Es stellt sich die Frage, wie bei einer Rückkehr zu derart überzogenen Anforderungen eine Wettbewerbsbehörde überhaupt noch einen Wettbewerbsverstoss feststellen soll. Das Bundesgericht stellte jedenfalls den Kartellrechtsverstoss in Anwendung der *Gaba*-Praxis fest und schuf damit Rechtssicherheit.⁴⁶ Die Unternehmen wissen nun, dass sie in Abwesenheit einer Effizienzrechtfertigung im Grundsatz keine vertikale Preisbindung praktizieren dürfen und können nicht darauf vertrauen, dass aufwendige und langwierige Diskussionen im Einzelfall über Marktanteile oder den Befolungsgrad sie entlasten können. Ein Weg zurück in solche Diskussionen sollte unbedingt vermieden werden.

6. Entwicklung

Wie wird sich das Kartellrecht in den nächsten 25 Jahren entwickeln, oder – etwas weniger wagemutig – welchen Weg sollte es einschlagen?

a) Aufrechterhaltung des Bewährten

Wie vorstehend ausgeführt wurde, sollten diejenigen Regeln unbedingt aufrechterhalten werden, die sich in den ersten 25 Jahren bewährt haben. In den USA führen horizontale Preisabsprachen direkt ins Gefängnis; in der EU sind hohe Bussen fällig, ausserdem sind die Chancen der Opfer auf Schadenersatz in den letzten Jahren erheblich gestiegen.⁴⁷ Soll es in der Schweiz in Folge der Motion *Français* einen Freispruch geben, weil die Kartellteilnehmer nur geringe Marktanteile auf sich vereinigen, oder wenn mit anderer Argumentation quantitative Erheblichkeit verneint wird? Ein solcher Sonderweg ist unbedingt zu vermeiden. Der betreffende Vorschlag zeigt, wie lang der Schatten ist, den die permissive Wettbewerbspolitik aus der Zeit vor dem KG 1995 wirft.

Übersehen werden auch die Widersprüche zu anderen Erlassen: Die Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht in Reaktion auf die Fair-Preis-Initiative zielt gerade darauf ab, Importe zu ausländischen Preisen zu fördern und damit einen Beitrag gegen die Hochpreis-Insel Schweiz zu leisten. Die Aufwertung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit würde diesen Trend geradezu umkehren: Während nach der *Gaba*-Rechtsprechung absoluter Gebietsschutz grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren ist, wäre nach der Zielrichtung der Motion *Français* wieder die Argumentation möglich, dass die

⁴⁵ BVGer, 17.12.2015 – *Articles de sport*, RPW 2015/4, 845, E.6.4.4 – 6.5.

⁴⁶ BGE 144 II 246 m.w.N.; die direkte Sanktion wurde aus prozessualen Gründen aufgehoben (in der amtlichen Sammlung nicht enthalten), der materiell-rechtliche Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG aber bestätigt.

⁴⁷ Es sei daran erinnert, dass die *de minimis*-Ausnahme des europäischen Kartellrechts bei harten Abreden nicht greift, s. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. 2014, C 291/1, Rn. 13.

WEKO nur in ein paar Vertriebsverträgen den Ausschluss passiver Verkäufe in die Schweiz gefunden habe, was nach der Logik des *Articles de sport*-Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts⁴⁸ ja wohl unerheblich sei. Die durch solche Argumentationen ausgelösten Verfahrensverzögerungen stehen auch im direkten Gegensatz zum Anliegen der Motion *Fournier*, die u.a. die Einführung von Ordnungsfristen in die kartellrechtlichen Behörden- und Gerichtsverfahren fordert.⁴⁹ Schliesslich steht die Forderung nach durchgängiger Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit auch dem Ziel entgegen, das Kartellzivilrecht zu stärken. Die Kartellopfer müssten nicht nur die Existenz des Kartells beweisen, sondern auch seine quantitative Dimension. Die *stand alone*-Schadenersatzklagen wären damit in der Praxis erledigt.

b) Kleine KG-Revision

Der letzte Anlauf zu einer umfassenden Revision des Kartellgesetzes ist 2014 im Parlament gescheitert.⁵⁰ Das Fuder war offenbar überladen: Der Vorschlag umfasste zuletzt zu viele, heterogene Teile, die in ihrer Gesamtheit nicht mehrheitsfähig waren.⁵¹ Eine "kleine" KG-Revision soll nun die konsensfähigen Teile des alten Projekts neu auflegen. Dringend nötig ist eine Stärkung des praktisch inexistenten Kartellzivilrechts⁵² sowie die Einführung des ökonomisch geeigneteren SIEC-Tests in die Zusammenschlusskontrolle.⁵³ Hinzutreten weitere Elemente wie die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens und die vom Parlament angenommenen Punkte der Motion *Fournier*, nämlich Ordnungsfristen und Parteientschädigung.⁵⁴

c) Herausforderung der digitalen Wirtschaft

Die digitale Transformation hat die Tore zur Welt weit aufgestossen, die Transparenz vergrössert, Transaktionskosten gesenkt und damit den Wettbewerb erheblich intensiviert. Gleichzeitig haben Grössen- und Verbundvorteile, Netzwerkeffekte und Datenherrschaft zu Konzentrationsprozessen in bisher unvorstellbarem Ausmass geführt. Entstanden sind hierdurch nahezu weltweit tätige, konglomerate Plattformunternehmen, die immer mehr Geschäftsfelder abdecken und digitale Ökosysteme konstituieren. Die Einschätzung ist weit verbreitet, dass das klassische Kartellrecht mit seinem *ex post*-Ansatz häufig zu spät kommt. Die Europäische Kommission hat deshalb einen *Digital Markets Act* (DMA) vorgeschlagen,

⁴⁸ Oben Fn. 45.

⁴⁹ Motion 16.4094, eingereicht am 15.12.2016 von Ständerat JEAN-RENÉ FOURNIER; das Parlament hat die Motion in Bezug auf Ordnungsfristen und Parteientschädigung angenommen.

⁵⁰ Zu den Elementen der Reform s. Botschaft des Bundesrats vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905. Der Nationalrat beschloss am 17.9.2014 zum zweiten Mal Nichteintreten auf diese Revision.

⁵¹ WEKO, Jahresbericht 2020, RPW 2021/1, 1 (21).

⁵² S. beispielsweise DAVID BRUCH/BEAT ZIRLICK, *Schadenersatz und Sanktionsbemessung – Zur Stärkung des private enforcement des Kartellrechts*, in: Jusletter 2. März 2020.

⁵³ S. beispielsweise CHRISTIAN JAAG/SAMUEL RUTZ/NOËMI JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests – Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle*, 27.10.2017 <www.swiss-economics.ch/projekte.html>.

⁵⁴ S. Fn. 49.

durch den sogenannte Gatekeeper einer *ex ante*-Regulierung unterstellt, nämlich Katalogen spezifischer Ge- und Verbote unterworfen werden sollen.⁵⁵

Es stellt sich die Frage, wie die Schweiz auf die digitalen Herausforderungen reagieren soll. Der Aufbau eines neuen Regulierungsapparats würde die mobilisierbaren Mittel wohl bei weitem übersteigen. Auch sollte die Zuständigkeit für eine spezielle Regulierung weltweit oder zumindest transkontinental tätiger Plattformen bei den grossen Jurisdiktionen in den USA, der EU und China konzentriert werden. Was die Anwendung des klassischen Kartellrechts betrifft, sollte die WEKO aus Kapazitätsgründen wie bisher Abstand davon nehmen, die Fälle der Europäischen Kommission zu kopieren, jedenfalls dann, wenn die betreffenden Unternehmen bereit dazu sind, die in der EU gefundenen Lösungen auch auf die Schweiz anzuwenden. Die WEKO sollte sich auf Fälle konzentrieren, die einen besonderen Inlandsbezug oder besondere Auswirkungen im Inland haben. Änderungen im materiellen Recht im Hinblick auf die digitale Wirtschaft sind dann nicht erforderlich, wenn die Rechtsanwendungsinstanzen dazu bereit sind, die existierenden Vorschriften im Hinblick auf die neuen, digitalen Phänomene zu konkretisieren. Im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung von Art. 7 KG ist also zu prüfen, inwieweit die Verhaltensanforderungen des DMA bereits nach geltendem Recht unter den Missbrauchs begriff des Art. 7 KG subsumiert werden können.⁵⁶ Sollten dennoch neue Wettbewerbsregeln für die digitale Ökonomie erforderlich werden, sollte davon Abstand genommen werden, das UWG als Auffangbecken hierfür zu nutzen. Ist ein ausreichender Bezug zum Schutz wirksamen Wettbewerbs gegeben, sollten sie in das Kartellgesetz aufgenommen werden. Im Übrigen wäre an ein neues Gesetz zum elektronischen Handel oder – allgemeiner noch – an ein neues Gesetz zur digitalen Wirtschaft zu denken.

7. Ausblick

Das vor 25 Jahren in Kraft getretene Kartellgesetz hat die Wettbewerbspolitik grundlegend aufgewertet: Erstmals wurde ernsthaft das Ziel angestrebt, den wirksamen Wettbewerb zu schützen. Die KG-Revision von 2003 sorgte mit der Einführung der direkten Sanktionen für den nötigen Nachdruck. Auf dieser Grundlage haben WEKO und Gerichte eine reichhaltige Anwendungspraxis entwickelt, die den Wettbewerb im Inland beträchtlich gestärkt und die Märkte auch im Verhältnis zum Ausland geöffnet hat. Gesetzesänderungen sind geplant, um Schwachstellen wie z.B. beim Kartellzivilrecht und bei der Zusammenschlusskontrolle zu korrigieren. Weitere Baustellen sind die Anwendung des Kartellrechts auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen und auf Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der digitalen Wirtschaft. Die WEKO hat die hier anstehenden Aufgaben längst in Angriff genommen: So hat ihr Sekretariat Kerngruppen zur digitalen Wirtschaft und zum Nachhaltigkeitsthema eingesetzt. Auch die Anwendung der neuen Regeln zur relativen Marktmacht wird – lange vor deren Inkrafttreten – durch eine neue Arbeitsgruppe vorbereitet.

Man könnte also der wettbewerbspolitischen Zukunft mit Zuversicht entgegentreten, wenn nicht auch destruktive Tendenzen zu verzeichnen wären. Die Motion *Français* steht nicht nur im Widerspruch zum Regelungsanliegen der neu eingeführten relativen Marktmacht. Sie steht auch im Widerspruch zum Bestreben der kleinen KG-Revision, die Verfahren zu

⁵⁵ S. hierzu beispielsweise ANDREAS HEINEMANN/GIULIA MARA MEIER, Der Digital Markets Act (DMA): Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft, EuZ 2021, 86.

⁵⁶ HEINEMANN/MEIER (Fn. 55), 101.

beschleunigen. Falls es geltendes Recht würde, dass bei der Prüfung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung stets auch quantitative Kriterien berücksichtigt werden müssen, würden sich Unternehmen sogar in Bezug auf harte Beschränkungen wieder damit verteidigen, dass sie kleine Fische seien, oder dass die Marktabdeckung der aufgedeckten Absprachen gering sei. Dies würde zu einer erheblichen Verlängerung der Verfahren führen: Die WEKO müsste die Marktsituation detaillierter abklären, und in den Gerichtsverfahren käme es – wie vor dem *Gaba*-Entscheid des Bundesgerichts – zu kontroversen und langwierigen Auseinandersetzungen über die Erheblichkeit.

Auch die Ökonomik des Wettbewerbsrechts spricht gegen eine durchgehende Untersuchung der quantitativen Aspekte von Wettbewerbsbeschränkungen: Bezieht man Verfahrenskosten und Verfahrensdauer in die ökonomische Analyse ein, ist ein Verzicht auf quantitative Abklärungen indiziert, wenn die betreffenden Praktiken für den Wettbewerb besonders gefährlich sind. Genau aus diesem Grund verzichtet das US-amerikanische Recht in den Fällen der *per se rule* auf quantitative Abklärungen, genauso wie das EU-Kartellrecht im Fall der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen. Das schweizerische Recht würde sich durch eine Verabsolutierung der quantitativen Analyse auf einen Sonderweg begeben, der mit einer ökonomischen Analyse des Kartellrechts und seiner Anwendung gerade nicht vereinbar ist.⁵⁷ Die Wirksamkeit des Kartellrechts würde empfindlich geschwächt, die Rechtssicherheit wäre gefährdet, und die Verfahren würden in die Länge gezogen.

Eine der grössten Herausforderungen des Kartellrechts wird die Beschleunigung der kartellrechtlichen Verfahren sein. Der Trend zur Herausbildung grosser digitaler Ökosysteme hat das Phänomen vor Augen geführt, dass Märkte irreversibel kippen können und dem Gewinner der gesamte Markt zuwächst (*winner takes it all*). Das Kartellrecht kann hier nur für Abhilfe sorgen, wenn es schnell genug greift. Aber auch in Bezug auf traditionelle Märkte besteht ein grosses Bedürfnis nach speditiven Verfahren. Vor diesem Hintergrund wäre es förderlich, dass anstelle rückwärtsgewandter Vorstösse einmal eine Motion eingebracht würde mit dem Titel "Kartellgesetzrevision muss die Tatbestände griffig ausgestalten und das Kartellgesetz fit für die digitale Wirtschaft machen". Zumindest sollte auf kontraproduktive Änderungen verzichtet werden. Entscheidend ist, dass die genannten Schwachstellen abgestellt werden und das Gesetz auf der Grundlage gesicherter Erkenntnisse fortgeschrieben wird. Dann wird das Kartellgesetz in der Lage sein, auch in den nächsten 25 Jahren substantiell zur Sicherung wirksamen Wettbewerbs beizutragen.

⁵⁷ HEINEMANN (Fn. 22), 116 f.