

# Fortschritt und Rückschritt im schweizerischen Kartellrecht

Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann\*

Schlagwörter:

Behördensystem, direkte Sanktionen, EWR-Klausel, Fair-Preis-Initiative, Gaba-Urteil, Gebietsschutz, Gerichtssystem, Kartell, Kartellgesetz, Kartellkommission, Kartellrecht, Marktabschottung, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Missbrauchsprinzip, private enforcement, public enforcement, relative Marktmacht, Saldotheorie, Submissionskartell, Unschuldsumutung, Verbotsprinzip, vertikale Preisbindung, Wettbewerb, Wettbewerbsabrede, Wettbewerbskommission, Wettbewerbsordnung, Wettbewerbspolitik, Zusammenschlusskontrolle

## A. Einleitung

Marktwirtschaft ist Wettbewerbswirtschaft, jedenfalls sollte sie es sein. Wettbewerb erhält sich nicht von selbst, sondern ist stets der Gefahr der Selbsterstörung durch Kartelle und Monopole ausgesetzt. Deshalb bedarf es einer Kartellgesetzgebung, der es gelingt, solchen Auflösungstendenzen entgegenzusteuern und die Wettbewerbsordnung nachhaltig zu verwirklichen.<sup>1</sup> Im vorliegenden Beitrag soll der Frage nachgegangen werden, wie gut es dem schweizerischen Kartellrecht gelingt, diese anspruchsvolle Aufgabe zu erfüllen, und welche Fortschritte und Rückschritte hierbei zu verzeichnen sind. Fortschritt auf dem Gebiet des Kartellrechts sei hier definiert als der Erfolg eines Kartellrechtssystems bei der Grundaufgabe,

---

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Präsident der Wettbewerbskommission bis Ende 2022. Der Verfasser bringt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck.

<sup>1</sup> Für eine genauere Analyse dieser Zusammenhänge, insbesondere auch zur Gleichsetzung von Marktwirtschaft und Wettbewerbswirtschaft, s. ANDREAS HEINEMANN, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR 2016 I, S. 431-455, S. 431 ff.

wirksamen Wettbewerb zu schaffen und zu sichern. Ein Rückschritt liegt dementsprechend vor, wenn Änderungen am System vorgenommen werden, welche die Qualität der Erfüllung dieser Aufgabe verschlechtern. Unter Kartellrechtssystem wird die Gesamtheit von wettbewerbsbezogenen Institutionen und Normen verstanden, also nicht nur die Ausgestaltung der materiell-rechtlichen Regeln, sondern auch die Einrichtung der Durchsetzungsmechanismen auf öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Weg (*public enforcement* und *private enforcement*).

Es wird sich zeigen, dass der Erfolgsausweis der schweizerischen Wettbewerbspolitik beachtlich ist, es aber dennoch ein erhebliches Verbesserungspotential gibt. Dennoch wird von Einigen bereits das Erreichte in Frage gestellt, und weitere Fortschritte werden gefährdet durch retardierende und restaurative Tendenzen. Im Folgenden sollen die Errungenschaften der schweizerischen Wettbewerbspolitik nachgezeichnet werden (B.), bevor auf die Gefahren eingegangen (C.) und ein Ausblick gewagt wird (D.).

## **B. Entwicklung und Errungenschaften**

### **I. Kartellgesetze und Revisionen**

#### *1. Die Kartellgesetze von 1962 und 1985*

Das Kartellgesetz aus dem Jahr 1962 folgte dem Konzept des "möglichen Wettbewerbs", das den Kartellmitgliedern den Austritt aus dem Kartell erleichtern und den Aussenseiter im Sinn der *Vöglin*-Rechtsprechung<sup>2</sup> vor Boykott und anderweitiger Diskriminierung schützen wollte.<sup>3</sup> Gegen die Kartelle als solche hatte das Gesetz nichts einzuwenden.<sup>4</sup> Die durch das Gesetz eingerichtete Kartellkommission hatte nur schwache Befugnisse, nämlich lediglich das Recht, Empfehlungen an die Unternehmen zu richten. Das Kartellgesetz 1985 brachte keinen konzeptionellen Wandel, sondern entwickelte das Vorgängergesetz lediglich vorsichtig weiter. Die bereits zuvor praktizierte Saldotheorie wurde in das Gesetz aufgenommen (Art. 29 KG 1985). Das Erfordernis eines umfassenden *bilan économique et social* gilt heute zu Recht als einer der Gründe dafür, warum die beiden ersten Kartellgesetze nur bescheidenen Erfolg

---

<sup>2</sup> BGE 22 I 175.

<sup>3</sup> Botschaft zum KG 1962, BBl 1961 II 553 (560).

<sup>4</sup> Botschaft KG 1962 (Fn. 3), S. 559.

hatten.<sup>5</sup> In institutioneller Hinsicht blieb der Kartellkommission eine eigene Verfügungskompetenz weiterhin verwehrt. Sie hatte lediglich die Möglichkeit, Antrag beim Volkswirtschaftsdepartement zu stellen, das dann seinerseits verfügen konnte.<sup>6</sup> In Bezug auf die Wirksamkeit des Kartellgesetzes von 1985 kam PIERRE TERCIER, der letzte Präsident der Kartellkommission (und erster Präsident der Wettbewerbskommission) zu einem vernichtenden Ergebnis:

"Même si la loi paraît vouloir organiser une lutte plus efficace, *les procédures et les moyens mis en place* la privent d'émblée de presque toute efficacité."<sup>7</sup>

## 2. Das Kartellgesetz von 1995

Erst vor diesem Hintergrund wird der gewaltige Fortschritt deutlich, den das Kartellgesetz von 1995 gebracht hat. Massgeblich konzipiert von MARINO BALDI,<sup>8</sup> ist das moderne Kartellgesetz massgeblich auf das Schutzziel des "wirksamen Wettbewerbs" ausgerichtet. Andere öffentliche Interessen werden dem Verfahren der ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat zugewiesen (Art. 8 und 11 KG). Die Saldotheorie war damit abgeschafft. Der neu gegründeten Wettbewerbskommission wurde die Verfügungskompetenz übertragen; die Wettbewerbsbehörde war also nicht mehr auf die Abgabe von Empfehlungen oder die Stellung von Anträgen an eine andere Instanz beschränkt. Griffige Tatbestände wurden geschaffen und eine präventive Zusammenschlusskontrolle eingeführt. Zu Recht ist davon die Rede, dass "eine neue wettbewerbspolitische Ära" eingeläutet wurde.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> S. die vernichtende Bilanz der Saldotheorie in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995, BBl 1995 I 468, S. 477 f. Die Kritik bezieht sich auf die Ausgestaltung der Kartellgesetze 1962 und 1985 und soll nicht die Pionierleistung und die grossen Verdienste der alten Kartellkommission schmälern. S. hierzu die Berichte zweier prominenter Akteure, nämlich ARNOLD KOLLER, Vom Kartellgesetz 1962 zur Wettbewerbspolitik der neuen Bundesverfassung, AJP 2020, S. 157-160 (mit Schwerpunkt auf dem KG 1962); PIERRE TERCIER, Du droit des cartels au droit de la concurrence, ZSR 1993 I, S. 399-417, S. 409 ff. (zur praktischen Anwendung des KG 1985).

<sup>6</sup> Zur Brüchigkeit dieser Konstruktion s. BGE 117 Ib 481 (Konventionen im Bankgewerbe).

<sup>7</sup> TERCIER (Fn. 5), S. 412.

<sup>8</sup> CARL BAUDENBACHER (Das Kartellrecht: 20 Jahre Lex Baldi, Basler Zeitung v. 8.7.2016) spricht deshalb von der *Lex Baldi*; zur Nominierung von *Marino Baldi* als Vorsitzenden der einschlägigen Studienkommission am 7.12.1992, also einen Tag nach dem negativen EWR-Referendum, s. PIERRE TERCIER/VINCENT MARTENET, Commentaire Romand – Droit de la Concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, Introduction générale N. 148, Intro. LCart N. 7 ("Commission Baldi").

<sup>9</sup> MARINO BALDI/JÜRIG BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz, WuW 1998, S. 343-356, S. 343; eindrucklich zur Entwicklung auch WALTER A. STOFFEL, Swiss Competition Law: Where From and Where

### 3. Revisionen und Revisionsbemühungen

Allerdings fehlte noch ein wichtiger Baustein: Erst durch die KG-Revision von 2003 wurden die direkten Sanktionen eingeführt (Art. 49a KG). Zuvor konnten nur Wiederholungstaten geahndet werden, nämlich der Ungehorsam gegenüber Entscheiden einer Rechtsanwendungsinstanz (Art. 50 KG).<sup>10</sup> Nun wurde es möglich, Unternehmen für den Gesetzesverstoss als solchen mit einem Geldbetrag zu belasten, und zwar im Fall harter Wettbewerbsabreden und des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.<sup>11</sup> Die Botschaft zur KG-Revision 2003 hielt fest, "dass die Wirksamkeit des Gesetzes beschränkt ist, solange wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht direkt sanktioniert werden kann."<sup>12</sup> Deutlicher könnte der Quantensprung nicht veranschaulicht werden, den die Einführung direkter Sanktionen gebracht hat. Erst hierdurch wurde der Stand in den anderen Industrieländern erreicht, in denen sich die Möglichkeit direkter Sanktionierung längst durchgesetzt hatte.<sup>13</sup>

Die seit 2010 vorbereitete Revision des Kartellgesetzes sollte zu weiteren Verbesserungen führen, insbesondere durch eine Stärkung der zivilrechtlichen Durchsetzung, durch die Modernisierung der Fusionskontrolle und durch eine Revision von Art. 5 KG.<sup>14</sup> Der Revisionsanlauf scheiterte, weil zu viele kontroverse Elemente in das Revisionsvorhaben aufgenommen wurden, z.B. auch eine umstrittene Institutionenreform. Erfolgreich war hingegen die Fair-Preis-Initiative, jedenfalls in Form eines indirekten Gegenvorschlags: Mit Wirkung vom 1. Januar 2022 wurde das Konzept der relativen Marktmacht in das Gesetz eingefügt (Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> KG) und der Katalog der missbräuchlichen Verhaltensweisen in Art. 7 Abs. 2 KG um einen Buchstaben g) ergänzt, der sich gegen die Einschränkung der Möglichkeit wendet, im Ausland zu den dortigen Preisen und Konditionen einzukaufen. Aktuell ist eine Teilrevision des Kartellgesetzes in Ausarbeitung, welche einerseits die (relativ) unumstrittenen Teile der gescheiterten Revision wiederaufnimmt, andererseits neue Vorschläge

---

To?, *Mélanges Pierre Tercier*, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 677-690.

<sup>10</sup> ROLAND VON BÜREN: "Der erste Mord ist gratis", zitiert nach NZZ vom 28.4.2001, S. 22.

<sup>11</sup> Zu weiteren wichtigen Änderungen durch die KG-Revision 2003 s. beispielsweise die Beiträge in ROGER ZÄCH (Hrsg.), *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich 2006.

<sup>12</sup> Botschaft zur KG-Revision 2003, BBl 2002, 2022, S. 2027.

<sup>13</sup> S. den Überblick in Botschaft KG-Revision 2003 (Fn. 12), S. 2025 ff.

<sup>14</sup> Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22.2.2012, BBl 2012, 3905.

verarbeitet.<sup>15</sup> Auf die einzelnen Elemente soll im Folgenden im jeweiligen Zusammenhang eingegangen werden.

## II. Anwendungspraxis

Der Erfolg einer Gesetzgebung kommt in ihrer Anwendung zum Ausdruck. Die kartellrechtliche Praxis von Behörden und Gerichten ist im amtlichen Publikationsorgan "Recht und Politik des Wettbewerbs/Droit et politique de la concurrence en pratique" (RPW/DPC) leicht auffindbar. Für Orientierung sorgt auch die Berichterstattung in der Kartellrechtsliteratur, z.B. in den umfassend angelegten Bänden der njus.ch Reihe<sup>16</sup> oder in den regelmässigen Überblicksartikeln in den Fachzeitschriften.<sup>17</sup> Angesichts der Stofffülle ist ein vollständiger Überblick ausgeschlossen. Im Folgenden sollen aber zumindest die Umrisse der Fallpraxis skizziert werden.

### 1. Direkte Sanktionen

Mittlerweile hat die WEKO in über 60 Fällen direkte Sanktionen verhängt. Ungefähr die Hälfte betreffen horizontale Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG (also Preis- und Mengenabreden sowie Marktaufteilungen nach Gebieten oder Geschäftspartnern). Jeweils ein Viertel entfällt auf vertikale Wettbewerbsabreden (vertikale Preisbindung und absoluter Gebietsschutz) und auf den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen. Etwa die Hälfte der Sanktionsverfahren wird durch einvernehmliche Regelung abgeschlossen. Die andere Hälfte (also bisher ungefähr 30 Sanktionsentscheide) landet vor Gericht. Hiervon sind ca. 20 nicht rechtskräftig abgeschlossen, also zwei Drittel der streitig entschiedenen Sanktionsfälle. Die Zahlen machen deutlich, dass das schweizerische Kartellrecht trotz der intensiven Anwendungspraxis immer noch am Anfang steht. Viele Grundsatzfragen wurden inzwischen zwar entschieden, andere warten aber noch auf Klärung.

---

<sup>15</sup> Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) – Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), 24.11.2021 <[www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/revision-fusionskontrolle.html](http://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/revision-fusionskontrolle.html)>.

<sup>16</sup> S. zuletzt MICHAEL VLCEK/DAVID MAMANE/FABIAN MARTENS/FRANK BREMER/MARIO STREBEL, Kartellrecht – Entwicklungen 2020, Bern 2021.

<sup>17</sup> ADRIEN ALBERINI/CHRISTIAN BOVET, Recent developments in Swiss competition law (zuletzt SZW 2022, S. 89-99); RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht (zuletzt SJZ 2022, S. 445-451).

### *a. Horizontale Wettbewerbsabreden*

Horizontale Wettbewerbsabreden kommen in zahlreichen Wirtschaftssektoren vor. Sie reichen vom Bausektor und baunahen Bereichen über den Kfz-Vertrieb und den Verkehr bis zu den Finanzdienstleistungen. Einen besonderen Schwerpunkt hat die WEKO auf die Aufspürung und Ahndung von Submissionskartellen gelegt, also von Absprachen, aufgrund derer öffentliche oder private Ausschreibungsverfahren beispielsweise durch Stützofferten manipuliert werden, die darauf abzielen, einem "Schutznehmer" den ausgeschriebenen Auftrag zuzuschancen.<sup>18</sup> Die WEKO hat zahlreiche solcher Absprachen aufgedeckt und auch ein Screening-Tool entwickelt, das Auffälligkeiten von Offertpreisen mit statistischen Methoden ermitteln kann.<sup>19</sup> Gleichzeitig haben die Mitarbeitenden des WEKO-Sekretariats Präventionsschulungen für Beschaffungsstellen in Bund und Kantonen durchgeführt. Das alles hat dafür gesorgt, dass die Sensibilität für Fragen des Wettbewerbs bei Ausschreibungen zugenommen hat, und zwar sowohl auf Beschaffungs- als auch auf Unternehmensseite. Die hier zu verzeichnende Stärkung der Wettbewerbskultur kann als einer der grössten Erfolge der neueren schweizerischen Wettbewerbspolitik qualifiziert werden.

### *b. Vertikale Wettbewerbsabreden*

Bei den vertikalen Wettbewerbsabreden steht der Kampf gegen Marktabschottung und die hohen inländischen Preise im Vordergrund. Viele Faktoren sind für das höhere Preisniveau verantwortlich.<sup>20</sup> Dazu zählen auch private Strategien wie z.B. die Tendenz von Unternehmen, die Höhe der Preise nach Wohlstand und Zahlungsbereitschaft der Kunden geographisch zu differenzieren. Solche Strategien müssen die Vorgaben des Kartellrechts einhalten, nämlich die Regeln über Gebietsschutz und vertikale Preisbindung sowie über den Missbrauch von

---

<sup>18</sup> S. den Überblick bei ANDREAS HEINEMANN/FRANK STÜSSI, Submissionskartelle, in: Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (Hrsg.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève/Zürich/Bâle 2020, S. 633 – 660.

<sup>19</sup> Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist hier weltweit führend, s. beispielsweise die Nachweise in OECD, *Data Screening Tools for Competition Investigations*, OECD Competition Policy Roundtable Background Note <[www.oecd.org/daf/competition/data-screening-tools-in-competition-investigations-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/data-screening-tools-in-competition-investigations-2022.pdf)>, S. 27 f., 33 f. und passim.

<sup>20</sup> S. Botschaft des Bundesrats zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) vom 29.5.2019, BBl 2019, 4877, S. 4890 ff.

absoluter und relativer Marktmacht.<sup>21</sup> So hat die WEKO beispielsweise EWR-Klauseln untersagt, nämlich Bestimmungen in ausländischen Vertriebsverträgen, durch die Händler im europäischen Ausland davon abgehalten werden, die gelieferten Produkte in die Schweiz weiterzuverkaufen, selbst wenn der Lieferwunsch von den Kunden in der Schweiz ausgeht. Die Gerichte haben diese Praxis bestätigt und damit die Möglichkeit von Parallelimporten gestärkt.<sup>22</sup>

Von fundamentaler Bedeutung in diesem Zusammenhang ist das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2016: In einem Fall zum Thema Marktabschottung hat das Bundesgericht entschieden, dass Verhaltensweisen, die unter einen der Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallen, nach Widerlegung der Vermutung "grundsätzlich" erheblich sind, ohne dass es einer quantitativen Analyse bedarf.<sup>23</sup> Das *Gaba*-Urteil stellt einen grossen Fortschritt des schweizerischen Kartellrechts dar: Das Kriterium der Erheblichkeit wurde auf seine ursprünglich in der Botschaft festgelegte Bestimmung als Bagatellgrenze<sup>24</sup> zurückgeführt, und die Rechtsunsicherheit der unsteten Rechtsprechung zur Bedeutung quantitativer Aspekte wurde beseitigt.<sup>25</sup> Seitdem haben Behörden und Gerichte eine klare Linie bei der Anwendung von Art. 5 KG auf Wettbewerbsabreden, die einen der Vermutungstatbestände erfüllen.<sup>26</sup> Auf die Tendenzen, hier den Rückwärtsgang einzulegen, wird zurückzukommen sein.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> S. die Botschaft Fair-Preis-Initiative (Fn. 20), S. 4893: "Deshalb ist die strikte Anwendung des geltenden Kartellrechts zentral".

<sup>22</sup> S. beispielsweise BGer, RPW 2017/4, 689, 692 – *BMW*.

<sup>23</sup> BGE 143 II 297, E. 5.2.5.; s. zu diesem und zahlreichen anderen Aspekten des *Gaba*-Urteils ANDREAS HEINEMANN, Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I, S. 103-120; kritisch NICOLAS BIRKHÄUSER/MANI REINERT, Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung, ZSR 2018 I, S. 121-142.

<sup>24</sup> Botschaft KG 1995 (Fn. 5), S. 554.

<sup>25</sup> Zur Kritik s. beispielsweise MARINO BALDI, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, S. 315-322; CARL BAUDENBACHER, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, in: Jusletter 2. Februar 2015.

<sup>26</sup> Zu den verbleibenden Schwierigkeiten s. die detaillierten Analysen von NICOLAS F. DIEBOLD/CYRILL SCHÄKE, Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung, recht 2018, S. 228-245; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, DIKE-Kommentar Kartellgesetz, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 5 N. 195 ff.

<sup>27</sup> S.u. C.II.

### c. *Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung*

So wie bei den Wettbewerbsabreden der Begriff der "Erheblichkeit" lange Zeit Schwierigkeiten bereitete und zu Inkonsistenzen in der Anwendungspraxis führte, war es bei Art. 7 KG die Auslegung des Missbrauchsbegriffs, die zu bemerkenswerten Volten führte. Im Fall *Terminierungspreise im Mobilfunk* hoben die Gerichte eine von der WEKO gegen *Swisscom* verhängte Geldbusse auf, weil sie bei der Auslegung des Begriffs der "Erzwingung" unangemessener Preise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG bewusst von der Bedeutung abwichen, die im EU-Kartellrecht der inhaltsgleichen Vorschrift in Art. 102 S. 2 lit. a AEUV zugemessen wird. Das Bundesgericht interpretierte eine Passage in der Botschaft zum KG 1995 dahingehend, dass das neue Kartellgesetz "keinen besonderen europapolitischen Hintergrund" habe.<sup>28</sup> Ein Jahr später in *Publigroupe* korrigierte das Bundesgericht seine Einschätzung: Gerade auch in Bezug auf das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen stellte das Gericht fest, dass "das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert", und dass deshalb "auch die Praxis zu Art. 102 [...] AEUV [...] zu berücksichtigen" sei.<sup>29</sup> Die hiermit verbundene Stärkung der Anwendungssicherheit ist auch deshalb von grosser Bedeutung, weil der schweizerische Gesetzgeber dem Kartellrecht und insbesondere Art. 7 KG regelmässig zusätzliche Aufgaben zuweist: So soll das Missbrauchsverbot auch eingreifen, um unterbliebene Marktöffnung, zurückhaltende Sektorregulierung, unzureichende Marktintegration und zuwartende Digitalregulierung zu kompensieren. Entsprechend nimmt Art. 7 KG in der Praxis der WEKO und der Gerichte breiten Raum ein.<sup>30</sup>

### d. *Verfahrensfragen*

Die korrekte Gestaltung des Verwaltungsverfahrens ist im Rechtsstaat von überragender Bedeutung. Verfahrensfehler der Behörde gerade in der Anfangszeit wurden durch die Rechtsmittelinstanzen korrigiert, was bei der Behörde zu stetigen Anpassungen führte. Diese

<sup>28</sup> BGE 137 II 199, E. 4.3.2; in der zitierten Stelle der Botschaft heisst es hingegen: "nicht primär einen europapolitischen Hintergrund", s. Botschaft KG 1995 (Fn. 5), S. 484.

<sup>29</sup> BGE 139 I 72, E. 8.2.3; in diesem Sinn auch BGE 146 II 217, E. 4.3.

<sup>30</sup> S. näher hierzu ANDREAS HEINEMANN, *Multitasking in der Missbrauchsaufsicht: Die Kompensationsfunktionen von Artikel 7 Kartellgesetz*, SZW 2022, S. 293-305.

Verbesserung des Kartellrechtssystems ist als wichtiger Fortschritt zu werten und erklärt auch die mittlerweile erreichte hohe Erfolgsrate der WEKO in den Rechtsmittelinstanzen.<sup>31</sup>

Wegen des grossen Aktualitätsbezugs sei hier die Frage nach dem richtigen Anwendungssystem herausgegriffen. Wenn die direkten Sanktionen (zumindest) strafrechtsähnlichen Charakter haben,<sup>32</sup> über strafrechtliche Anklagen aber gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ein Gericht zu entscheiden hat, kann die Bussgeldkompetenz dann einer Kartellbehörde übertragen werden? In den 2000er Jahren wurde geradezu eine Kampagne geführt, um die Rechtsstaatlichkeit kartellrechtlicher Behördensanktionen in Zweifel zu ziehen.<sup>33</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschied 2011 im Fall *Menarini*, dass die Kartellbussgelder zwar strafrechtlicher Natur i.S. des Grundrechtsschutzes seien, aber ausserhalb des Kernstrafrechts lägen, so dass sie von einer Kartellbehörde verhängt werden können, wenn anschliessend voller gerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung steht.<sup>34</sup> Im selben Sinn hatte bereits zuvor das Bundesverwaltungsgericht entschieden,<sup>35</sup> und haben nach *Menarini* der Europäische Gerichtshof,<sup>36</sup> der EFTA-Gerichtshof<sup>37</sup> und das Bundesgericht<sup>38</sup> geurteilt. Da das Bundesverwaltungsgericht volle Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen hat, und auch die Effektivität der Überprüfung von WEKO-Entscheiden durch das Gericht zu bejahen ist, gewährleistet das KG-Anwendungssystem die grundrechtlichen Garantien. Die Rechtssicherheit in dieser grundlegenden Frage des *public enforcement* ist als gewaltiger Fortschritt der Kartellrechtsentwicklung zu werten. Auf die Versuche, die Rechtsstaatlichkeit des aktuellen Anwendungssystems wieder in Zweifel zu ziehen, wird zurückzukommen sein.<sup>39</sup>

---

<sup>31</sup> S. die Analyse von PATRIK DUCREY/FRANK STÜSSI, 25 Jahre modernes Kartellgesetz – ein Rückblick, sic! 2022, S. 198-208, S. 201 f., 204 ff.

<sup>32</sup> Dies war auch schon vor BGE 139 I 72, E. 2.2.2, anerkannt.

<sup>33</sup> Bezeichnend beispielsweise der auf einem Gutachten für *Swisscom* beruhende Aufsatz von LUZIUS WILDHABER, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, in: Jusletter 4. Juli 2011.

<sup>34</sup> EGMR, Urteil 43509/08 vom 27.9.2011 – *A. Menarini Diagnostics S.R.L./Italie*.

<sup>35</sup> BVGer, 24.2.2010 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2010/2, 242.

<sup>36</sup> EuGH, 8.12.2011, Rs. C-386/10 P – *Chalkor/Kommission*, ECLI:EU:C:2011:815; EuGH, 8.12.2011, Rs. C-389/10 P – *KME Germany u.a./Kommission*, ECLI:EU:C:2011:816.

<sup>37</sup> EFTA-Gerichtshof, 18.4.2012, Rs. E-15/10 – *Posten Norge*.

<sup>38</sup> BGE 139 I 72, E. 4.4, 4.5 – *Publigroupe*.

<sup>39</sup> S.u. C.IV.

## 2. Zusammenschlusskontrolle

In den ersten 25 Jahren des modernen Kartellgesetzes und damit überhaupt der Existenz einer präventiven Fusionskontrolle hat die WEKO ca. 670 Unternehmenszusammenschlüsse abgeklärt und in rund 60 Fällen eine vertiefte Prüfung durchgeführt.<sup>40</sup> Nur in einem Fall ist es bisher zu einem rechtskräftigen Verbot eines Unternehmenszusammenschlusses gekommen.<sup>41</sup> Der Grund hierfür besteht in der hohen Eingriffsschwelle aufgrund des Kriteriums der qualifizierten Marktbeherrschung in Art. 10 Abs. 2 KG.<sup>42</sup> Ganz bewusst ist die Zusammenschlusskontrolle permissiv ausgestaltet.<sup>43</sup> Das hängt auch damit zusammen, dass es 1995 bereits ein gewaltiger und nahezu unverhoffter Fortschritt war, überhaupt eine präventive Fusionskontrolle im Gesetz zu verankern.<sup>44</sup> Nun ist es an der Zeit, einen Schritt weiterzugehen und im Rahmen der laufenden KG-Teilrevision das Kriterium der qualifizierten Marktbeherrschung durch den SIEC-Test zu ersetzen.<sup>45</sup>

## 3. Andere Verfahrensarten

Auch wenn Sanktions- und Zusammenschlussverfahren in der öffentlichen Wahrnehmung im Vordergrund stehen: Die Tätigkeit der WEKO erschöpft sich nicht hierin. So werden viele Vorabklärungen durchgeführt, die nicht in eine Untersuchung münden. Noch grösser ist die Zahl der reinen Marktbeobachtungen. Die WEKO hat wichtige Weichenstellungen ohne die Verhängung von Sanktionen vorgenommen, z.B. in den Fällen zu den Multilateral Interchange

<sup>40</sup> S. die (bis Mitte 2021 reichenden) Zahlenangaben bei DUCREY/STÜSSI (Fn. 31), S. 199.

<sup>41</sup> Nämlich des Zusammenschlussvorhabens von *Orange* und *Sunrise* durch WEKO, 19.4.2010, RPW 2010/3, 499 (Rechtsmittel zurückgezogen). Ein anderes Verbot wurde von den Gerichten aufgehoben, s. BGer, 2A.327/2006 vom 22.2.2007 – *Berner Zeitung*. Ein drittes Verbot (*Ticketcorner* und *Starticket*, WEKO, RPW 2018/3, 616) ist beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

<sup>42</sup> Vgl. Botschaft KG 1995 (Fn. 5), S. 584: "vergleichsweise tolerantes Eingreifkriterium". Das Bundesgericht hat 2007 entschieden, dass die Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs separat zu prüfen ist, BGE 133 II 104, E. 6.3 – *Swissgrid*.

<sup>43</sup> Vgl. Botschaft KG 1995 (Fn. 5), S. 584: "Das für die schweizerische Fusionskontrolle vorgeschlagene Kriterium entspricht der Absicht, Fusionen nur im Falle einer *extrem hohen Konzentration* auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen" (Hervorhebung im Original).

<sup>44</sup> Zum grossen Meinungsspektrum in Bezug auf die Wünschbarkeit und Verfassungsmässigkeit einer solchen Kontrolle s. Botschaft KG 1995 (Fn. 5), S. 496.

<sup>45</sup> Weiterführende Überlegungen bei WALTER A. STOFFEL, Revision des Kartellgesetzes: Braucht die Schweiz neue Schwellenwerte oder einen Systemwechsel im Fusionskontrollrecht?, SZW 2022, S. 354-360.

Fees der Banken, den Bestpreisklauseln von Hotelbuchungsplattformen, der Lieferpflicht für Uhrwerke oder zu den Honorarordnungen von Berufsverbänden.

Hinzu treten Widerspruchsverfahren, Beratungen, Empfehlungen und Gutachten.<sup>46</sup> In Ämterkonsultationen prüft das Sekretariat wettbewerbsrelevante Erlasse des Bundes auf ihre Wettbewerbsverträglichkeit. Mit demselben Ziel nimmt die Kommission Stellung in Vernehmlassungsverfahren zu rechtsetzenden Erlassen des Bundes. Die WEKO agiert damit als Lobby des Wettbewerbs.

### III. Internationales

Als grosser Erfolg ist die Einbettung der schweizerischen Wettbewerbspolitik in die internationalen Foren zu werten. Die Schweiz wirkt in den wettbewerbsbezogenen Gremien der internationalen Gemeinschaft mit, beispielsweise im OECD Competition Committee, im International Competition Network (ICN) und in der International Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE) der UNCTAD. Höhepunkt war die Veranstaltung der ICN-Jahreskonferenz 2009, die vom damaligen WEKO-Präsidenten *Walter Stoffel* nach Zürich geholt wurde.

Die internationalen Foren erarbeiten nicht nur aktuelle Grundlagen für eine gute Wettbewerbspolitik, sondern sie fördern auch konkret die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Kartellbehörden.<sup>47</sup> Die Behördenkooperation ist für Fortschritte bei der Bekämpfung internationaler Wettbewerbsbeschränkungen, aber auch zur Verhinderung und Abmilderung von Anwendungskonflikten unabdingbar. Internationale Spannungen oder gar Handelskriege können hierdurch verhindert werden. Die multilaterale wird durch bilaterale Kooperation ergänzt. Hier ist das Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU hervorzuheben, das am 1. Dezember 2014 in Kraft getreten ist.<sup>48</sup> Es ist als Pionierleistung, nämlich als "Abkommen der zweiten Generation" einzustufen, da es unter bestimmten Voraussetzungen auch den Austausch vertraulicher Informationen ohne Zustimmung der

---

<sup>46</sup> S. die Zahlenangaben bei DUCREY/STÜSSI (Fn. 31), S. 199.

<sup>47</sup> 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](http://www.oecd.org/competition/oecd-icn-report-on-international-cooperation-in-competition-enforcement-2021.htm)>.

<sup>48</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17.5.2013, SR 0.251.268.1.

betroffenen Unternehmen erlaubt.<sup>49</sup> Wünschenswert sind weitere Fortschritte im Bereich der Behördenkooperation. Das Abkommen mit der EU betrifft nur die Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission. Kooperationsbedarf besteht aber auch mit den Kartellbehörden der Mitgliedstaaten, insbesondere der Nachbarländer. So wurde soeben ein Kooperationsabkommen mit Deutschland unterzeichnet.<sup>50</sup>

#### IV. Fazit

In der Botschaft zum KG 1962 wird die damalige Lage des Wettbewerbs wie folgt beschrieben:

"In der schweizerischen Wirtschaft ist das freie Spiel von Angebot und Nachfrage, welches die Marktwirtschaft kennzeichnet, durch ein ganzes Netz von privaten Abreden und Beschlüssen mehr oder weniger weitgehend beschränkt. Namentlich werden Regeln über die Preise und Geschäftsbedingungen aufgestellt, Bedingungen für die Zulassung zu einer Erwerbstätigkeit festgesetzt, die Produktion kontingentiert, oder der Absatz unter mehreren Unternehmungen aufgeteilt. All diesen Bestrebungen liegt das Motiv zugrunde, den Ertrag der beteiligten Unternehmer zu erhalten oder zu verbessern."<sup>51</sup>

Klarer als durch den Kontrast der heutigen Lage zur Kartellsituation von damals lässt sich der Fortschritt der schweizerischen Wettbewerbspolitik nicht veranschaulichen. Die Kartelle wurden sukzessive aufgelöst. Preis-, Mengen-, Kunden- und Gebietsabsprachen werden heute allenfalls noch im Verborgenen praktiziert. Zwar spürt die WEKO immer wieder Kartelle auf, aber dabei handelt es sich um Ausnahmen und nicht wie damals um die Regel. Dasselbe gilt für vertikale Preisbindung und die vertragliche Vereinbarung absoluten Gebietsschutzes. Zum Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen gibt es eine reiche Anwendungspraxis. Allenfalls die Zusammenschlusskontrolle erscheint wegen der hohen und unsachgemässen Eingriffsvoraussetzungen verbesserungsbedürftig. Entsprechendes gilt für die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts. Man könnte also in der Summe auf die Fortschritte ein wenig stolz sein und sich an die Verbesserung der Schwachstellen machen, wenn nicht die Fundamente des Erreichten unter (bisweilen scharfen) Beschuss geraten wären. Es ist deshalb angezeigt, die wichtigsten der vorgebrachten Kritikpunkte näher zu untersuchen.

---

<sup>49</sup> S. umfassend PATRIK DUCREY, Das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte, in: Jusletter 30.9.2013.

<sup>50</sup> S. STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT (SECO), Medienmitteilung vom ■■■.

<sup>51</sup> Botschaft KG 1962 (Fn. 3), S. 556; s. auch die empirischen Angaben der PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957, S. 52, welche die Verfasser des Berichts dazu veranlassen, "die Schweiz zu den 'kartelldichtesten' Ländern zählen zu müssen".

Es wird sich zeigen, dass die Kritik unberechtigt ist und der Modernisierung des schweizerischen Kartellrechts im Weg steht.

## C. Retardierende und restaurative Tendenzen

### I. Grundkonzeption: Missbrauchs- oder Verbotsprinzip?

Im Ausgangspunkt besteht Übereinstimmung: Das Kartellgesetz von 1995 folgte ursprünglich – und wie die Vorgängergesetze – dem Missbrauchsprinzip. Allerdings ist bereits diese Feststellung die Quelle für Missverständnisse, weil mit dem Begriff des Missbrauchsprinzips verschiedene Bedeutungen verbunden werden. Nach einem Teil der Lehre bestimmt sich der Begriff des Missbrauchsprinzips durch die in Art. 96 Abs. 1 BV aufgestellte (und in Art. 1 KG wiederaufgenommenen) Anordnung, dass der Bund "Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" erlässt.<sup>52</sup> Dieser Ausgangspunkt wird häufig mit einer extremen Spielart des *effects-based approach* gleichgesetzt, wonach ein Kartellrechtsverstoss stets den Nachweis volkswirtschaftlich schädlicher Wirkungen im Einzelfall voraussetze.<sup>53</sup>

Diese Begriffsbestimmung ist reduktionistisch. Das Missbrauchsprinzip zeichnet sich durch eine positive Grundeinstellung zu den Kartellen aus. Wettbewerbsbeschränkungen durch Kartelle sind danach grundsätzlich erlaubt.<sup>54</sup> Lediglich Missbräuche der Kartellbildung sollen bekämpft werden, nicht aber die Kartelle als solche.<sup>55</sup> Deshalb treten Nichtigkeit und Sanktionierbarkeit erst mit einer rechtskräftigen Behörden- oder Gerichtsentscheid ein.<sup>56</sup> Im

<sup>52</sup> S. beispielsweise MANI REINERT in Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 4 Abs. 1 KG N. 30 ff.; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG N. 141 ff.; RETO JACOBS, in: Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 96 BV N. 16, 26 ("effects-based approach").

<sup>53</sup> Die "sozial schädlichen Auswirkungen" werden hingegen meistens ausblendet. Zu Recht hat das Bundesgericht diesem Aspekt einen hohen Stellenwert eingeräumt, da bereits gegen das mit der Kartellbildung verbundene "Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit" anzugehen ist, s. BGE 143 II 297, E. 5.4.2.

<sup>54</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, AJP 1992, S. 857-866, S. 860.

<sup>55</sup> Eine klare Definition in diesem Sinn findet sich beispielsweise in Botschaft KG 1962 (Fn. 3), S. 562. Dort heisst es in Bezug auf die Missbrauchsgesetzgebung: "Ein Kartellgesetz muss die Kartelle und ähnlichen Organisationen grundsätzlich zulassen und sich darauf beschränken, die Auswüchse zu bekämpfen".

<sup>56</sup> Dem Gesetzgeber des KG 1995 war diese Bedeutung des Begriffs "Missbrauchsprinzip" noch klar, s. Botschaft KG 1995 (Fn. 5), S. 553: "Das Missbrauchsprinzip lässt keine Nichtigkeit ex tunc, sondern

Unterschied hierzu wirken nach dem Verbotsprinzip die kartellrechtlichen Tatbestände *ex lege*, also unabhängig von der Entscheidung durch eine Rechtsanwendungsinstanz.<sup>57</sup> Eine hiervon zu unterscheidende Frage betrifft die inhaltlichen Anforderungen an einen Kartellrechtsverstoss: Soll die Tatbestandsmässigkeit eines wettbewerbsrelevanten Verhaltens an die Form der Verhaltensweise (z.B. das Vorliegen eines Preiskartells) oder an die schädlichen Wirkungen auf den Wettbewerb anknüpfen?<sup>58</sup> Während in der Geschichte des Kartellrechts zunächst formbasierte Ansätze überwogen, begründete die *Chicago School* den *effects-based approach*. Selbst die Vertreter der *Chicago School* haben den wirkungsorientierten Ansatz aber nie verabsolutiert.<sup>59</sup> Allgemein lässt sich festhalten, dass die Kartellrechtsordnungen der Welt heute eine Mischung von form- und wirkungsbasierten Elementen bevorzugen.

Eine Gleichsetzung der Kategorienpaare Verbots- und Missbrauchsprinzip sowie formbasierter und wirkungsorientierter Ansatz verbietet sich also. Unter Heranziehung der soeben umrissenen Begriffsbestimmungen ergibt sich, dass das schweizerische Recht mit der Einführung der direkten Sanktionen im Jahr 2003 zum Verbotsprinzip übergegangen ist: Direkte Sanktionen können nur dadurch erklärt werden, dass die tatbestandsmässige Verhaltensweise von Anfang an unzulässig war.<sup>60</sup> Auf dieser Linie liegt auch die neuere Rechtsprechung: 2008 entschied das Bundesgericht, dass kartellrechtswidrige Verträge gem. Art. 20 OR *ex tunc* nichtig sind.<sup>61</sup> Restaurative Tendenzen, die das Missbrauchsprinzip zu einem essentiellen Bestandteil der schweizerischen Rechtskultur heraufstilisieren,<sup>62</sup> verkennen, dass die verfassungsrechtliche

---

lediglich eine solche *ex nunc* zu." MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG N. 142, gelangen nicht bis zu diesem Satz, sondern begnügen sich damit, den unmittelbar vorangehenden Satz zu zitieren. Die Autoren verfehlen so eine klare Begrifflichkeit in Bezug auf den Gegensatz von Verbots- und Missbrauchsprinzip. Ihnen entgeht auch, dass die beiden Begriffe nicht aus dem schweizerischen Recht stammen, weshalb eine rechtsvergleichende Einordnung für ihr Verständnis unabdingbar ist; s. z.B. die Hinweise bei HEINEMANN (Fn. 1), S. 443 f.

<sup>57</sup> So beispielsweise in der EU Art. 1 VO 1/2003 und die Charakterisierung des Verbotsprinzips durch HELMUTH SCHRÖTER, in: Europäisches Wettbewerbsrecht – Grosskommentar, Baden-Baden, 2. Aufl. 2014, Art. 101 AEUV N. 27; HELMUTH SCHRÖTER/ULRICH BARTL (ibid.), Art. 102 AEUV N. 28.

<sup>58</sup> S. hierzu näher HEINEMANN (Fn. 1), S. 442 ff.

<sup>59</sup> S. z.B. ROBERT H. BORK, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, New York 1993, S. 117: "antitrust must avoid any standards that require direct measurement and quantification of either restriction of output or efficiency. Such tasks are impossible".

<sup>60</sup> Zu den zahlreichen Einzelheiten der Entwicklung s. ANDREAS HEINEMANN, DIKE-Kommentar Kartellgesetz, Zürich/St. Gallen 2018, Nach Art. 1 N. 78 ff.

<sup>61</sup> BGE 134 III 438, E. 2.1. – 2.3.

<sup>62</sup> S. z.B. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7

Vorgabe in Art. 96 Abs. 1 BV eine Zielnorm ist, die der Gesetzgebung grossen Spielraum bei den Mitteln der Wettbewerbspolitik belässt:

"Der Gestaltungsspielraum des Kartellgesetzgebers ist beträchtlich; unter Umständen kann er auch partiell das Mittel des Kartellverbotes einsetzen."<sup>63</sup>

Es gibt also "kein *per se*-Verbot für kartellrechtliche *per se*-Tatbestände"<sup>64</sup> und damit auch 'kein "Verbot der Verbotsgesetzgebung" '.<sup>65</sup> Die Bundesverfassung räumt dem Missbrauchsverbot also keinen Verfassungsrang ein und erwähnt diesen Begriff in Art. 96 Abs. 1 BV nicht einmal.<sup>66</sup> Ist in anderen Zusammenhängen von Missbräuchen die Rede, z.B. in Art. 120 Abs. 1 BV im Zusammenhang mit der Gentechnologie, ist anerkannt, dass Verbote indiziert sein können, um Missbräuche zu bekämpfen.<sup>67</sup> Art. 96 Abs. 1 BV stellt es dem Gesetzgeber anheim, sich für das Missbrauchs- oder das Verbotsprinzip zu entscheiden und verwehrt ihm lediglich in Form einer materiellen Direktive,<sup>68</sup> ein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt einzuführen.<sup>69</sup> Anstatt von einem "frontalen Angriff auf die Schweizer Rechtskultur"<sup>70</sup> zu fabulieren, sollte mehr Sorgfalt auf die internationale Anschlussfähigkeit der eigenen Begrifflichkeit verwendet, zu diesem Zweck die nun wirklich die schweizerische Rechtskultur prägende Rechtsvergleichung ausgebaut und die Auslegung der kartellrechtlichen Normen auf

---

KG N. 45: Das Missbrauchsprinzip sei "verfassungsrechtlicher Sockel der geltenden Kartellgesetzgebung"; und in Bezug auf das Verbotsprinzip: "Dieser Auffassung darf als *dem Schweizer Recht fremdes* Produkt keineswegs gefolgt werden" (Hervorhebung im Original).

<sup>63</sup> Botschaft über eine Bundesverfassung vom 20.11.1996 (BBl. 1997 I 1, 301); so auch BGE 135 II 60, E.3.1.1.

<sup>64</sup> So der grundlegende Beitrag zum Thema von RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in Roger Zäch/Peter Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, S. 93-144, S. 104.

<sup>65</sup> BGE 143 II 297, E. 5.3.4.

<sup>66</sup> Prägnant BORER (Fn. 52), Art. 1 KG N. 8: "Welches System – eine Missbrauchsgesetzgebung oder Verbotsgesetzgebung – zur Überprüfung heranzuziehen ist, ist eine Frage der effizienten Ausgestaltung der Gesetzgebung und nicht von künstlich wirkenden Verfassungsinterpretationen". S. auch ANDREAS KLEY, DIKE-Kommentar Kartellgesetz, Zürich/St. Gallen 2018, Vor Art. 1 N. 55: "Aus diesem Grund legt sich die Verfassung auch nicht mehr auf das Missbrauchsprinzip fest".

<sup>67</sup> S. CHRISTOPH ERRASS, Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich, Bern 2006, S. 46 ff.

<sup>68</sup> Zu diesem Begriff s. BGE 143 II 297, E. 5.3.5.

<sup>69</sup> S. BGE 135 II 60, E. 3.1.1: Die Bestimmung des Art. 96 BV "schliesst partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen nicht aus ("selektive" *per se*-Verbote); sie lässt jedoch kein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu"; s. auch ZÄCH (Fn. 54), S. 861.

<sup>70</sup> So MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG N. 142.

das Ziel des wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet werden.<sup>71</sup> In der Lehr- und Handbuchliteratur wird der Unterschied zwischen Verbots- und Missbrauchsgesetzgebung – wenn überhaupt angesprochen – ganz überwiegend eingeebnet.<sup>72</sup> Und für die praktische Rechtsanwendung ist festzuhalten, dass Parteivorbringen, das sich auf ein angeblich vorgegebenes Missbrauchsprinzip stützt, von den Gerichten zurückgewiesen wird.<sup>73</sup>

## II. Quantitative Prüfung harter Wettbewerbsabreden?

Mit der Entscheidung einer Rechtsordnung für die Grundkonzeption Missbrauchs- oder Verbotsgesetzgebung ist noch keine Aussage darüber getroffen, wie form- oder wie wirkungsbasiert die materiell-rechtlichen Tatbestände sein sollen. Alle Kombinationen sind hier möglich.<sup>74</sup> Was die Beurteilung von Wettbewerbsabreden betrifft, so ist im schweizerischen Recht die Problematik im Merkmal der "Erheblichkeit" einer Wettbewerbsbeeinträchtigung verortet, und zwar bei der Frage, ob für die Bestimmung der Erheblichkeit auch immer quantitative Aspekte heranzuziehen sind. Auf die Bedeutung des bundesgerichtlichen *Gaba*-Urteils in diesem Zusammenhang wurde bereits hingewiesen.<sup>75</sup> Nach Jahren der Unsicherheit ist nun Vorhersehbarkeit bei der kartellrechtlichen Beurteilung harter Wettbewerbsabreden im Horizontal- und Vertikalverhältnis eingekehrt. Die von den Vermutungstatbeständen erfassten Verhaltensweisen führen grundsätzlich zur Annahme von Erheblichkeit, d.h. ohne dass quantitative Aspekte heranzuziehen wären. Eine Ausnahme ist für den Fall zu machen, dass die Koordinierung nicht in sich selbst eine hinreichende

---

<sup>71</sup> Zur Bedeutung der funktionalen Auslegung für die Systemgewährleistung s. ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, N. 1.26.

<sup>72</sup> ROBERT GALLMANN/ANDREAS GERSBACH, Repetitorium Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Zürich 2017, S. 33; EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY/GREGOR WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, N. 1386 f.; VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2021, S. 61; WEBER/VOLZ (Fn. 71), N. 1.15; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern, 2. Aufl. 2005, N. 127 ff. Nicht stringent (wenn auch ganz im Sinn der vorzitierten Literatur) ist es allerdings, wenn MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON (in Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG N. 142) nach dem emphatischen Bekenntnis zum Missbrauchsprinzip den Unterschied zwischen Missbrauchs- und Verbotsprinzip als für die heutige Zeit wenig relevant bezeichnen.

<sup>73</sup> S. z.B. BGE 143 II 297, E. 5.3.4.

<sup>74</sup> HEINEMANN (Fn. 1), S. 444. Das US-amerikanische Recht kombiniert beispielsweise einen stark ausgeprägten *effects-based approach* mit dem Verbotsprinzip. Dies bestätigt, dass die Gleichsetzung des auswirkungsbezogenen Ansatzes mit dem Missbrauchsprinzip nicht richtig sein kann.

<sup>75</sup> S.o. B.II.1.b.

Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt. Dies ist z.B. bei Einkaufsgemeinschaften oder bei Gestaltungen grosser ökonomischer Komplexität wie mehrseitigen Plattformmärkten der Fall. Ausserdem steht die Effizienzrechtfertigung zur Verfügung, die für ökonomische Stimmigkeit im Einzelfall sorgt.<sup>76</sup>

Die Motion *Français* möchte den *Gaba*-Entscheid korrigieren, wie bereits in ihrem Titel ("Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen") zweifelsfrei zum Ausdruck kommt.<sup>77</sup> Überraschenderweise wird die Motion damit begründet, dass die angeblich durch den *Gaba*-Entscheid ausgelöste Rechtsunsicherheit verringert werden solle. Das Gegenteil ist der Fall: Eine Pflicht zur Prüfung quantitativer Aspekte würde wieder in die alten Erheblichkeitsdebatten zurückführen, deren Ausgang bis zur letzten Instanz offen war.<sup>78</sup> Ausserdem behauptet die Motion, dass die Kooperation zwischen Unternehmen erschwert werde. In der parlamentarischen Debatte wurde beispielsweise vorgebracht, dass Arbeitsgemeinschaften und Einkaufsgemeinschaften durch *Gaba* gefährdet würden.<sup>79</sup> Auch dieses Argument trifft nicht zu. Es entspricht ständiger Praxis der WEKO, vor und nach *Gaba*, dass Arbeitsgemeinschaften in aller Regel mit dem Kartellrecht vereinbar sind.<sup>80</sup> Auch Einkaufsgemeinschaften bezwecken und bewirken regelmässig keine Wettbewerbsbeschränkung, so dass es schon am Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede fehlt, wenn die Marktpositionen unbedeutend sind.<sup>81</sup> Diese Einschätzung wird durch den *Gaba*-Entscheid nicht berührt.

Von der Motion *Français* geht die Gefahr internationaler Isolierung aus. Die OECD empfiehlt in ihrem Text zu den Hardcore-Kartellen, dass die harten Kartelle verboten werden sollen, ohne dass tatsächliche negative Marktwirkungen nachzuweisen sind.<sup>82</sup> Der ökonomische Grund

---

<sup>76</sup> S. hierzu näher HEINEMANN (Fn. 23), S. 111 f., 116 f.

<sup>77</sup> Motion 18.4282, eingereicht am 13.12.2018 von Ständerat OLIVIER FRANÇAIS; der Ständerat hat die Motion am 15.12.2020 angenommen, der Nationalrat am 1.6.2021.

<sup>78</sup> Eine detaillierte Analyse der fehlerhaften Grundannahmen der Motion FRANÇAIS findet sich bei SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, Schweizer Kartellanten in Watte packen?, SZK 2022, S. 39-44, S. 40 f.

<sup>79</sup> In diesem Sinn auch MARIO STREBEL/FABIAN KOCH, Teilrevision des Schweizer Kartellrechts, SZK 2022, S. 31-37, S. 34.

<sup>80</sup> S. z.B. WEKO, Jahresbericht 2020, RPW 2021/1, 1 (6).

<sup>81</sup> S. im Einzelnen z.B. WEKO-Sekretariat, Beratung Einkaufskooperation, RPW 2020/2, 405 (407 ff.).

<sup>82</sup> OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, OECD/LEGAL/0452 vom 2.7.2019, N. II, Satz 1, 1. Halbsatz. Die KG-Revision 2003 hatte sich noch auf

hierfür besteht darin, dass solche Wirkungen aufgrund der Komplexität des wirtschaftlichen Geschehens im Einzelfall häufig nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand nachgewiesen werden können, dass andererseits aber die Schädlichkeit der harten Abreden feststeht. Der Verein für Wettbewerbsökonomik hat deshalb in seiner Stellungnahme zur Teilrevision des Kartellgesetzes festgehalten, dass bei horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG eine quantitative Prüfung der Erheblichkeit entbehrlich ist.<sup>83</sup> Eine Abkehr von den internationalen Standards würde das Land dem Vorwurf aussetzen, dass nicht genug zur Bekämpfung des Kartellunwesens unternommen wird.<sup>84</sup> Was die harten vertikalen Abreden (vertikale Preisbindung und absoluter Gebietsschutz) betrifft, so würde die Umsetzung der Motion *Français* die Aktivitäten der WEKO gegen die Hochpreisinsel gefährden. Die beschuldigten Unternehmen würden sich beispielsweise wieder mit dem Argument wehren, dass sie zu geringe Marktanteile hätten, dass die Behörde zu wenige marktabschottende Verträge gefunden hätte, oder dass die Geschäftspraktiken keinen Einfluss auf das Preisniveau hatten. In langwierigen Gerichtsverfahren wäre dann zu klären, ob, und wenn ja, in welchem Umfang, diese Argumente stichhaltig und relevant sind.<sup>85</sup> Das schweizerische Kartellrecht wäre damit wieder zurückgeworfen in die Zeit der Rechtsunsicherheit, die vor dem *Gaba*-Entscheid 2016 herrschte. Ausserdem entstünde ein Widerspruch zur Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht im Jahr 2022, deren Grundanliegen im Abbau der Hochpreisinsel besteht.<sup>86</sup>

---

diesen Text (in einer älteren Version) bezogen, s. Botschaft KG-Revision 2003 (Fn. 12), S. 2025.

<sup>83</sup> Verein für Wettbewerbsökonomik, Vernehmlassung zur Revision des Kartellgesetzes vom 11.3.2022, S. 5. Alle Stellungnahmen zur laufenden KG-Teilrevision finden sich unter <[www.fedlex.admin.ch](http://www.fedlex.admin.ch)> → "Teilrevision des Kartellgesetzes".

<sup>84</sup> Dies würde auch die Zusammenarbeit im Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Kooperationsabkommens zwischen der Schweiz und der EU gefährden, s. LAURA MELUSINE BAUDENBACHER, Schweizer KG-Reform als europapolitischer Slalomlauf?, in: Jusletter 30.5.2022, N. 51 ff.

<sup>85</sup> S. auch die Stellungnahme der AMERICAN BAR ASSOCIATION vom 11.3.2022 zur Teilrevision des Kartellgesetzes (Fundstelle in Fn. 83), S. 3 Fn. 6, mit Hinweis auf den gesteigerten Arbeitsaufwand in Folge einer solchen Änderung.

<sup>86</sup> S. näher WEKO, Stellungnahme zur Teilrevision des Kartellgesetzes vom 23.2.2022, S. 3 ff.; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 78), S. 43.

### III. Verletzung der Unschuldsvermutung?

Die Motion *Wicki* trägt den Titel "Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellrecht".<sup>87</sup> Der Motionstext verweist darauf, dass eine Behörde nicht nur die belastenden, sondern auch die entlastenden Umstände von sich aus eruieren und den Beweis mit dem erforderlichen Beweismass erbringen muss. Der Motionär stellt sodann fest: "Die Wettbewerbsbehörde verletzt diesen Grundsatz und mit ihm die Unschuldsvermutung in krasser Weise." Er verweist zur Begründung auf die Figur der Gesamtabrede: Hiernach müsse "die Wettbewerbskommission nicht mehr beweisen, dass sich ein Unternehmen an einer Absprache beteiligt hat, sondern Eindrücke reichen dafür aus."

Beruhet schon die Motion *Français* auf unzutreffenden Grundannahmen, so strebt die Motion *Wicki* einen Realitätsbezug nicht einmal mehr an.<sup>88</sup> Selbstverständlich gilt auch im Kartellverfahren die Unschuldsvermutung. Es ist zunächst einmal Aufgabe der Behörde selbst, diesem Grundsatz Geltung zu verschaffen. In aufwendigen, mehrjährigen Verfahren trägt die Behörde das Beweismaterial zusammen, das dann einer sorgfältigen juristischen Prüfung unterzogen wird. Es ist die Aufgabe der Gerichte, zu überprüfen, ob die Behörde ihre Aufgabe korrekt vorgenommen hat. Auch wenn die Verletzung der Unschuldsvermutung ein beliebtes Parteivorbringen ist, ist kein Gerichtsentscheid ersichtlich, der eine Verletzung der Unschuldsvermutung durch die Wettbewerbskommission festgestellt hätte. Wie der Motionär zu der Aussage kommt, dass die Behörde die Unschuldsvermutung gar "in krasser Weise" verletze, ist schlichtweg nicht nachvollziehbar. Einen einschlägigen Gerichtsentscheid hat er nicht benannt.<sup>89</sup>

### IV. Institutionen

Der graduelle Aufbau des behördlichen Apparats zur Anwendung des Kartellrechts über die verschiedenen Kartellgesetze und Revisionen wurde bereits beschrieben.<sup>90</sup> In der heutigen

---

<sup>87</sup> Motion 21.4189, eingereicht am 30.9.2021 von Ständerat HANS WICKI; der Ständerat hat die Motion am 15.12.2021 angenommen, der Nationalrat am 9.6.2022.

<sup>88</sup> S. die Fehleranalyse bei BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 78), S. 41 f.

<sup>89</sup> Dagegen hat er in einer Sitzung des Ständerats von einem rechtskräftig wegen eines KG-Verstosses gebüßten Unternehmen behauptet, dass es "nie gegen das Kartellrecht verstossen" habe (AB 2021 S 1405). Zu Recht kritisch gegenüber einer solchen Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 78), S. 42.

<sup>90</sup> S.o. B.I.

Ausgestaltung des *public enforcement* ist es gelungen, dem Kartellgesetz nachhaltige Geltung zu verschaffen. Es liegt ein umfangreiches Fallrecht vor, das dem objektiven Recht klare Konturen verschafft hat. Es ist eine schwierige Aufgabe, die Qualität eines Rechtsanwendungssystems zu beurteilen. Ein möglicher Beurteilungsfaktor ist die Erfolgsquote vor Gericht: Während in den Anfangszeiten der WEKO insbesondere Verfahrensfehler zur Aufhebung von Entscheiden führten, ist die Erfolgsquote nach Abstellung dieser Fehler schnell angestiegen und kann heute als hoch bezeichnet werden.<sup>91</sup>

Dennoch kommt die Diskussion um die ideale Ausgestaltung des Anwendungssystems nicht zur Ruhe, ganz im Gegenteil: In der aktuellen Diskussion wird teilweise grosse Unzufriedenheit mit dem Behördendesign geäussert. In diesem Zusammenhang sei auch an die 2007/2008 durchgeführte Evaluation des Kartellgesetzes erinnert (s. Art. 59a KG). Der Synthesebericht kam zu dem Ergebnis, dass die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden internationale Standards (noch) nicht erreiche. Kritisiert wurden insbesondere Grösse und Milizorganisation der WEKO, die Kompetenzzuordnung zwischen Sekretariat und Kommission sowie der Einsitz von Interessenvertretern in der Kommission. Der Vorzug wurde einer Zusammenführung von Sekretariat und Kommission in eine einstufige Behörde gegeben. Beruhigend war immerhin die Feststellung, dass auch auf Basis der aktuell vorgesehenen Organisation grundsätzlich gute Arbeit geleistet werden könne.<sup>92</sup> Während die Evaluationsgruppe also eine Straffung der Wettbewerbsbehörde vorschlug, setzte der Bundesrat in der Botschaft aus dem Jahr 2012 auf den Übergang zu einem Gerichtsmodell: Die Wettbewerbsbehörde hätte die Entscheid- und Sanktionskompetenz verloren und wäre darauf beschränkt geworden, Antrag bei einem neu zu schaffenden Wettbewerbsgericht zu stellen.<sup>93</sup> Die kontroverse Diskussion um die Frage der richtigen institutionellen Ausgestaltung war einer der Faktoren für das Scheitern der damaligen Reformbemühungen.

Der aktuell hängige Vorschlag für eine Teilrevision des Kartellgesetzes beschränkt sich deshalb bewusst auf die Teile der alten Reform, die im Prinzip nicht oder wenig umstritten waren.<sup>94</sup> Einzelne Verbände verlangen demgegenüber, auch die institutionellen Fragen wieder

---

<sup>91</sup> S.o. B.II.1.d.

<sup>92</sup> EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Evaluation gemäss Art. 59a Kartellgesetz – Synthesebericht, Bern 2009, S. 106 ff.

<sup>93</sup> BUNDESRAT, Botschaft zur KG-Revision 2012 (Fn. 14), S. 3923 ff.; s. die Kritik von CARL BAUDENBACHER, HandelsZeitung vom 8.3.2012, S. 7.

<sup>94</sup> SECO, Teilrevision (Fn. 15).

aufzugreifen. Auffällig ist der Ausgangspunkt der Kritik. So wird behauptet, dass das Sanktionsverfahren vor der WEKO die Anforderungen von Art. 6 EMRK und Art. 30 BV nicht erfülle, und der Mangel erst durch das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werde.<sup>95</sup> Diese Aussage ist unrichtig. Wie das Bundesgericht in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entschieden hat, ist das Behördensystem in seiner Gänze mit den grundrechtlichen Vorgaben vereinbar, wenn durch das Instanzensystem gerichtlicher Rechtsschutz mit voller Kognition zur Verfügung steht.<sup>96</sup> Da dies im schweizerischen Instanzenzug der Fall ist, besteht kein Mangel, der "geheilt" werden müsste.<sup>97</sup>

Aber natürlich sollte das Anwendungssystem nicht nur rechtmässig, sondern auch zweckmässig sein. So trifft es zu, dass der Gesetzgeber keine absolute Trennung zwischen Sekretariat und Kommission vorgenommen hat. Das Sekretariat kann eine Untersuchung nicht ohne ein Mitglied des Präsidiums eröffnen (Art. 27 Abs. 1 S. 1 KG). Andererseits benötigt die Kommission die Expertise des Sekretariats. Rechtsstaatliche Vorwürfe gegen die bloss relative Trennung von Sekretariat und Kommission sind von vornherein verfehlt, weil auch eine Einheitsbehörde, ohne jegliche Trennung zwischen Untersuchungs-, Anklage- und Entscheidbefugnis, mit den grundrechtlichen Vorgaben vereinbar wäre.<sup>98</sup> Auch hier würden nur die Angehörigen der Einheitsbehörde, nicht aber die Parteien an der Entscheidungsdebatte mitwirken. Die Parteien bringen ihre Position durch ihre Stellungnahmen und die Anhörung vor der Wettbewerbskommission ein.

Die Einführung einer absoluten Trennung zwischen Sekretariat und Kommission (beispielsweise mit eigenen Verwaltungsmitarbeitenden für die Kommission, die den Sachverhalt mehr oder weniger neu erarbeiten) hätte den Nachteil, dass sich die Verfahrensdauer deutlich verlängern würde. Die Einführung einer Einheitsbehörde würde hingegen *checks and balances* entfallen lassen, die sich im geltenden System aus dem Zusammenspiel von Sekretariat und Kommission ergeben. Die Überprüfung des Antrags durch einen von der Untersuchungsbehörde getrennten, fachlich ausgewiesenen und divers

---

<sup>95</sup> ECONOMIESUISSE, Teilrevision des Kartellgesetzes – Stellungnahme vom 11.3.2022 (Fundstelle in Fn. 83), S. 4.

<sup>96</sup> BGE 139 I 72, E. 4.4, 4.5; EGMR, 27.9.2011 – *Menarini Diagnostics S.R.L. / Italien*.

<sup>97</sup> S. die klare Analyse in BVGer, 24.2.2010 – B-2050/2007, RPW 2010/2, 242, E. 5.6.2.

<sup>98</sup> Die *Menarini*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Fn. 96) macht keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Behördentypen.

zusammengesetzten Personenkreis garantiert hohe Qualität des Entscheids und vermeidet von vornherein einen *confirmation bias*. Dies soll kein Plädoyer für die Aufrechterhaltung des *status quo* sein. So gibt es gute Argumente für den Vorschlag des Ständerats in der damals gescheiterten KG-Revision, die Kommission zu verkleinern und die Pensen der Kommissionsmitglieder zu erhöhen.

Wie auch immer man aber die jeweiligen Vor- und Nachteile der skizzierten Modelle beurteilt: Ein schmerzhafter Rückschritt des schweizerischen Kartellrechts würde dann eintreten, wenn man einen vollständigen Systemwandel in Form eines Übergangs zum Gerichtssystem vornehmen würde. Das Gerichtssystem ist dadurch gekennzeichnet, dass die Entscheid- und Sanktionskompetenz nicht schon bei der Wettbewerbsbehörde, sondern beim Gericht liegt. So verhält es sich z.B. in den USA in Bezug auf die Antitrust Division des US-Bundesjustizministeriums. Die Behörde kann nicht selbst Sanktionen verhängen, sondern muss Antrag bei Gericht stellen. Allerdings muss man diese Ausgestaltung in das Gesamtsystem einordnen. In den USA drohen fehlbaren Kartelltätern Haftstrafen und werden hohe Schadenersatzzahlungen, nämlich dreifacher Schadenersatz fällig. In Europa, wo der strafrechtliche Weg nur rudimentär ausgearbeitet ist und sich das *private enforcement* immer noch im Aufbau befindet, ist ein starkes verwaltungsrechtliches Durchsetzungsinstrumentarium erforderlich. So überwiegt in Europa denn auch bei weitem das Behördensystem.<sup>99</sup> Während Österreich weiterhin eine Ausnahmestellung als Land mit Gerichtssystem einnimmt, ist Schweden 2021 vom Gerichts- zum Behördensystem übergegangen.

Wie nachteilig die Vorenthaltung behördlicher Entscheidkompetenzen für die Effektivität der Kartellrechtsanwendung ist, zeigt ein Blick auf die Entwicklungen in der Schweiz.<sup>100</sup> Die Kartellgesetze von 1962 und 1985 räumten der Wettbewerbsbehörde noch keine Entscheidkompetenz ein. Erst das Gesetz von 1995 vollzog diesen Schritt. Es ist kein Zufall, dass der Paradigmenwechsel zum Schutz wirksamen Wettbewerbs mit dieser wichtigen

---

<sup>99</sup> Irreführend insoweit die Aussage in BUNDESRAT, Botschaft zur KG-Revision 2012 (Fn. 14), 3939, wonach "kein idealtypisches europäisches Modell von Wettbewerbsbehörden" existiere. Es ist zwar zutreffend, dass die Wettbewerbsbehörden in Europa historisch gewachsen sind und deshalb jeweils spezifische Eigenarten aufweisen. Fast alle Jurisdiktionen in Europa haben sich aber für das Behördensystem entschieden; s. auch DAMIANO CANAPA, Révision de la Loi sur les cartels: quelle "Autorité de la concurrence" pour la Suisse?, in: Leander D. Loacker/Corinne Zellweger-Gutknecht (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St. Gallen 2012, S. 307-329, S. 320: "il existe un cadre institutionnel de type européen".

<sup>100</sup> S. näher hierzu oben B.I.

institutionellen Reform einherging. Schlusstein der Entwicklung war die Einführung der direkten Sanktionen und die Übertragung der Kompetenz zu deren Verhängung an die WEKO durch die KG-Revision 2003. Das *public enforcement* des Kartellrechts hat – im Gegensatz zum *private enforcement* – einen wichtigen Beitrag zur Herstellung eines Systems wirksamen Wettbewerbs geleistet. Es gilt nun, auf diesem Weg weiter voranzuschreiten und nicht etwa umzukehren. Gleichzeitig ist die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts zu stärken und sind die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Kartellschäden auch tatsächlich ersetzt werden.<sup>101</sup> Wichtig ist es also, dass die Anwendung des Kartellgesetzes auf zwei starken Beinen steht, nämlich der öffentlich-rechtlichen und der zivilrechtlichen Durchsetzung.

## D. Ausblick

Die schweizerische Wettbewerbspolitik steht an einer Wegscheide. In den letzten drei Jahrzehnten wurde Schritt für Schritt ein wirksamer Schutz des Wettbewerbs aufgebaut, auch wenn diese Aussage nur für das *public enforcement*, nicht aber für die zivilrechtliche Durchsetzung gilt. Angesichts der grossen Fortschritte hatte es den Anschein, als ob die schwere Bürde der langen Kartellvergangenheit abgeworfen worden wäre. Nun sind klare Gegenbewegungen zu verzeichnen.<sup>102</sup> Das betrifft einerseits die Bestrebungen, aus dem – angeblich vorgegebenen – kartellfreundlichen Missbrauchsprinzip Konsequenzen für die Rechtsanwendung bis hin zum Einzelfall abzuleiten. Die Motion *Français* verlangt ganz in diesem Sinn eine durchgängige Prüfung quantitativer Aspekte zur Feststellung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede. Der – zumindest im Kreis der Industriestaaten – erzielte Konsens über die richtigen Massnahmen zur Bekämpfung des Kartellunwesens wird hierdurch verletzt. Genährt werden solche Verirrungen durch diejenigen, welche die Kartellbildung von vornherein verharmlosen,<sup>103</sup> und durch interessierte Kreise.<sup>104</sup> Ausserdem werden die Institutionen diskreditiert. Eine Motion, in deren Begründung der

---

<sup>101</sup> S. beispielsweise DAVID BRUCH/BEAT ZIRLICK, Schadenersatz und Sanktionsbemessung – Zur Stärkung des *private enforcement* des Kartellrechts, in: Jusletter 2.3.2020.

<sup>102</sup> S. die umfassende Analyse der hängigen Vorschläge und deren Einordnung in den Gesamtkontext durch L. BAUDENBACHER (Fn. 84).

<sup>103</sup> So HENRIQUE SCHNEIDER, Kritische Einleitung: Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des Kartellgesetzes, in: Henrique Schneider/Andreas Kellerhals (Hrsg.), 25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick, 2022, S. 10: "Absprachen stellen antikompetitives Verhalten dar. Doch sie sind die «mildeste» Form dieses Verhaltenstypus".

<sup>104</sup> S. BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 78), S. 43.

Wettbewerbsbehörde attestiert wird, sie verletze "die Unschuldsvermutung in krasser Weise", bekommt gar eine Mehrheit im Parlament.<sup>105</sup> Die unzutreffende Behauptung, das geltende Anwendungssystem weise rechtsstaatliche Mängel auf, geniesst grosse Beliebtheit.<sup>106</sup> Das Funktionieren der Marktwirtschaft und die Wettbewerbskultur werden hierdurch gefährdet. Permissivität im Hinblick auf wettbewerbliche Kernbeschränkungen ist "Gift für Wachstum und Wohlfahrt".<sup>107</sup> Ausserdem leidet die Standortqualität: Die Umsetzung der Motion *Français* würde an ausländische Investoren das Signal senden, dass sie in der Schweiz gegen Kartelle nicht mehr nach OECD-Standards geschützt sind.<sup>108</sup>

Anstatt rückwärtsgewandte Diskussionen zu führen, sollten die wettbewerbspolitischen Herausforderungen der Zeit aufgegriffen werden. Einerseits sollte die laufende Teilrevision des Kartellgesetzes zügig zu Ende geführt werden. Die vorgeschlagenen Verbesserungen, insbesondere zu den Themen Zusammenschlusskontrolle und Kartellzivilrecht, würden die Wirksamkeit des Kartellgesetzes erheblich stärken.<sup>109</sup> Andererseits sollten die Zukunftsfragen in Angriff genommen werden. So fällt die Abstinenz des Gesetzgebers im Hinblick auf die Wettbewerbsprobleme in der digitalen Wirtschaft auf. Allenfalls wird einmal ein digital relevanter Tatbestand in das UWG eingefügt (s. zuletzt Art. 3a UWG zum Geoblocking<sup>110</sup>). Demgegenüber ist zu überlegen, ob nicht beispielsweise neue digitalspezifische Beispiele in den Katalog der Missbräuche in Art. 7 Abs. 2 KG aufgenommen werden sollten.<sup>111</sup> Eine eigentliche Digitaldebatte würde auch das zentrale Problem der heutigen

---

<sup>105</sup> S.o. C.III.

<sup>106</sup> S.o. C.IV.

<sup>107</sup> S. das Zitat aus der parlamentarischen Debatte zu den vertikalen Kernbeschränkungen in BGE 143 II 297, E. 9.4.5.

<sup>108</sup> S.o. bei Fn. 82.

<sup>109</sup> Wenn auch das Minimalprogramm zur Verbesserung des Kartellzivilrechts bei weitem nicht ausreichend ist, s. L. BAUDENBACHER (Fn. 84), N. 29.

<sup>110</sup> S. hierzu NICOLAS BIRKHÄUSER/MANUEL J. CONSTAM, Geodiskriminierung im Lauterkeits-, Kartell- und Immaterialgüterrecht, SZK 2022, S. 103-113; RETO HEIZMANN, Verbot des Geoblockings: massvolle Fortentwicklung des Lauterkeitsrechts, Anwaltsrevue 2021, S. 72-79; GIULIA M. MEIER, Geoblocking in der Schweiz und der EU, AJP 2021, S. 873-888; PETER G. PICT, Relative Marktmacht, Geoblocking und Digitalisierung, SZW 2022, S. 315-325.

<sup>111</sup> S. die Analyse bei ANDREAS HEINEMANN, Plattformregulierung und allgemeines Kartellrecht – aus Sicht der Schweiz, ZWeR 2022, S. 308-319. Vollständig verdeckt durch die Retrodebatten werden auch die Probleme im Grenzbereich von Kartellrecht und Nachhaltigkeit, s. hierzu ANDREAS HEINEMANN, Nachhaltigkeitsvereinbarungen, sic! 2021, S. 213-227.

Kartellrechtsanwendung deutlicher zu Tage fördern: Die Kartellverwaltungs- und -gerichtsverfahren sind zu langwierig geworden. Die EU hat hierauf mit dem Digital Markets Act<sup>112</sup> reagiert, der klassisches Kartellrecht durch eine neuartige *ex ante*-Regulierung ergänzt. Es soll hierdurch eine Beschleunigung der Verfahren erreicht und das Kippen von Märkten verhindert werden.<sup>113</sup> Aus verschiedenen Gründen empfiehlt es sich für die Schweiz nicht, ebenfalls eine solche Plattformregulierung einzuführen.<sup>114</sup> Im Gegenzug sollte aber das traditionelle Kartellrecht beschleunigt werden.<sup>115</sup> Dies kann nicht gelingen, wenn man kontraproduktive Anforderungen an die Prüfung von Wirkungen stellt oder gar Sand in das institutionelle Getriebe streut.

Nach mehr als 25 Jahren eines modernen Kartellgesetzes<sup>116</sup> ist der Zeitpunkt gekommen, einen weiteren Schritt zu machen. Das Kartellgesetz von 1995 nahm zwar einen Paradigmenwechsel<sup>117</sup> vor, indem es den Schutz wirksamen Wettbewerbs in den Mittelpunkt rückte.<sup>118</sup> In Anlehnung an die Vorgängergesetze nimmt der Titel des Gesetzes aber weiterhin nicht klar Stellung zu den Kartellen ("Gesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen"<sup>119</sup>). Es ist an der Zeit, die Ächtung der Kartelle auch in der Überschrift auszudrücken. Die *Magna Carta*<sup>120</sup> der Marktwirtschaft sollte folglich in "Gesetz

---

<sup>112</sup> Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte) vom 14.9.2022, ABl. 2022 L 265/1.

<sup>113</sup> S. z.B. KATHRIN WESTERMANN, Der geplante Digital Markets Act: Europäische Regulierung zentraler Plattformdienste ausserhalb des Kartellrechts?, ZHR 186 (2022) S. 325-338, S. 326.

<sup>114</sup> ANDREAS HEINEMANN/GIULIA MARA MEIER, Der Digital Markets Act (DMA): Neues „Plattformrecht“ für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft, EuZ 2021, S. 86 – 101, S. 101.

<sup>115</sup> Verständlich ist deshalb das Anliegen der Motion FOURNIER (Motion 16.4094), die Verfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen. Anstatt aber Ordnungsfristen in die Gesetzgebung aufzunehmen, sollten besser die Voraussetzungen für eine schnelle Verfahrensführung geschaffen und darauf verzichtet werden, Elemente in die Gesetzgebung einzufügen, welche die Verfahren in die Länge ziehen.

<sup>116</sup> S. beispielsweise die Würdigungen von DUCREY/STÜSSI (Fn. 31); HEINEMANN (Fn. 62); SAMUEL RUTZ/MONIQUE STURNY, 25 Jahre Kartellgesetz – Preisabreden und Marktabschottungen, in: Jusletter 11.10.2021.

<sup>117</sup> CARL BAUDENBACHER, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II, S. 419-673, S. 467.

<sup>118</sup> S.o. B.I.2.

<sup>119</sup> Eine Änderung zu den beiden Vorgängergesetzen bestand immerhin darin, dass die organisationsrechtliche Engführung (die älteren Gesetze trugen den Titel "Gesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen") aufgegeben wurde.

<sup>120</sup> So die treffende Bezeichnung des US-Antitrustrechts durch den US Supreme Court in *United States v. Topco*

gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen" umbenannt werden, wie ja auch das Schwestergesetz "Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb" und nicht etwa "Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb" heisst.<sup>121</sup> Die grossen Fortschritte, die durch das moderne Kartellgesetz und seine Anwendung bei der Bekämpfung wettbewerbswidriger Beschränkungen erzielt wurden, kämen dann auch in der Überschrift des Gesetzes zum Ausdruck. Gleichzeitig wäre hiermit die Mahnung verbunden, das Rad nicht wieder zurückzudrehen.

### Zusammenfassung

Der Erfolgsausweis der schweizerischen Wettbewerbspolitik ist beachtlich: Das moderne und schrittweise weiterentwickelte Kartellgesetz erlaubt es, Kartelle, Marktabschottungen, Preisbindungen und Machtmissbräuche wirksam zu bekämpfen. Eine dichte Entscheidpraxis von Behörden und Gerichten hat dem Gesetz Konturen verliehen. Momentan ist allerdings eine Gegenbewegung festzustellen: Gegner des Erreichten möchten die Anwendung des Kartellgesetzes zurückbinden. Ihre auf unzutreffenden Annahmen beruhenden Vorschläge würden den Wettbewerb schwächen und die Verfahren in die Länge ziehen. Das wäre auch angesichts der stürmischen Entwicklungen in der digitalen Wirtschaft verheerend. Ganz im Gegensatz hierzu sollte das Kartellgesetz weiterentwickelt werden, um auch in Zukunft einen wirksamen Schutz des Wettbewerbs gewährleisten zu können.

### Résumé

Le succès de la politique suisse de la concurrence est remarquable : la Loi sur les cartels, moderne et développée au fil des étapes, permet de lutter efficacement contre les cartels, les cloisonnements du marché, les prix imposés et les abus de pouvoir. Une pratique décisionnelle dense des autorités et des tribunaux a donné des contours à la loi. Actuellement, on constate toutefois un mouvement inverse : Les opposants à ce qui a été réalisé souhaitent revenir sur l'application de la Loi sur les cartels. Leurs propositions, basées sur des hypothèses inexacts, affaibliraient la concurrence et prolongeraient les procédures. Ce serait désastreux, notamment

---

Associates Inc, 405 U.S. 596, 610 (1972).

<sup>121</sup> S. auch VINCENT MARTENET/PIERRE TERCIER, Commentaire Romand – Droit de la Concurrence (Fn. 8), Intro. LCart N. 109, die schon aus der aktuellen Fassung des Gesetzstitels "la lutte contre les cartels" ableiten.

au vu des développements bouleversants de l'économie numérique. Au contraire, la Loi sur les cartels devrait être développée afin de garantir une protection efficace de la concurrence à l'avenir également.