

# Zwölf Jahre für die Schweizer Kartellrechtsdurchsetzung

Per Ende 2022 ist Prof. Andreas Heinemann nach zwölf Jahren in der Schweizerischen Wettbewerbskommission, davon sechs als deren Vizepräsident und die letzten fünf als Präsident, aus diesem Amt zurückgetreten. Grund genug für uns, mit ihm auf die vergangenen Jahre zurückzublicken, eine Bestandsaufnahme der gegenwärtigen Herausforderungen in der Kartellrechtspraxis durchzuführen – und einen Blick in die Zukunft zu wagen.<sup>1</sup>

## A. Rückblick

Herr Prof. Heinemann, Sie haben die letzten zwölf Jahre der Kartellrechtsdurchsetzung durch die WEKO geprägt – nach aussen und nach innen. Was sind Ihrer Meinung nach die wichtigsten Entwicklungslinien der Kartellrechtspraxis in diesen Jahren? Welche Entwicklungen der Urteilspraxis begrüssen Sie besonders, welche nicht?

Der wichtigste Entwicklungsschritt der schweizerischen Wettbewerbspolitik der letzten beiden Jahrzehnte war sicherlich die Einführung der direkten Sanktionen und deren schrittweise Entfaltung durch Sekretariat und Kommission. Die Direktoren des WEKO-Sekretariats Rafael Corazza und Patrik Ducrey, gemeinsam mit den Vizedirektorinnen und -direktoren, den Leitern der Kompetenzzentren und den Case Teams, sowie meine Vorgänger Walter A. Stoffel und Vincent Martenet, gemeinsam mit den Vizepräsidenten und Kommissionsmitgliedern, haben hier Pionierleistungen vollbracht. Ich stiess 2011 in einem folgenschweren Moment dazu: Wir entschieden in diesem Jahr den Fall zum Strassen- und Tiefbaukartell Aargau und verhängten Bussen in Millionenhöhe. Dies war der Auftakt zu einer ganzen Serie von Baukartellfällen. Es taten sich Abgründe auf, die direkt in die alte Kartellzeit zurückführten. Wir haben in der Folge solche Fälle konsequent aufgegriffen und beträchtliche Ressourcen investiert. Es ist heute klar, dass das Bekenntnis des modernen Kartellgesetzes zum wirksamen Wettbewerb nicht nur auf dem Papier steht, sondern von der Weko konsequent umgesetzt wird. Das betrifft selbstverständlich nicht nur den Bausektor, sondern die gesamte Volkswirtschaft, und zwar sowohl Produkte als auch Dienstleistungen sowie die Infrastruktur.

Der andere wichtige WEKO-Entscheid aus dem Jahr 2011 war Nikon: Wir stellten fest, dass EWR-Klauseln in ausländischen Vertriebsverträgen absoluten Gebietsschutz begründen, und haben hierdurch die Vertragspraxis in Europa massgeblich beeinflusst. Was den Missbrauch von Marktmacht betrifft, so hat die WEKO in einer Vielzahl von Sektoren gegen wettbewerbswidriges Verhalten von Marktbeherrschern interveniert. Von entscheidender Bedeutung war die Klarstellung des Bundesgerichts im *Publigroupe*-Urteil aus dem Jahr 2012, dass die Auslegung von Artikel 7 Kartellgesetz eng an die Praxis zu Artikel 102 AEUV anzulehnen sei. Insgesamt begrüsse ich die Urteilspraxis von Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht sehr. Die Gerichte haben wichtige Pflöcke eingeschlagen, die massgeblich zum Schutz wirksamen Wettbewerbs beigetragen haben.

Weniger zufrieden bin ich mit der Verfahrensdauer. Hier gibt es nach wie vor Verbesserungspotential. Allerdings handelt es sich um ein internationales Problem: Das kartellrechtliche Regelwerk ist so kompliziert geworden, dass sich die Verfahren in die Länge ziehen. Einer der Gründe hierfür ist die zu eng gefasste Ökonomisierung des Kartellrechts. Der *economic approach* sollte nicht nur auf das materielle Recht, sondern auch auf das Verfahren bezogen werden, und hier insbesondere Dauer und Kosten berücksichtigen. Ein solch umfassender Ansatz würde klar machen, dass eine Kombination von formbasierten und wirkungsorientierten Elementen keinen Gegensatz zu einer ökonomischen Sichtweise des Kartellrechts darstellt, sondern hieraus gerade folgt.

Was würden Sie als grösste Erfolge der WEKO in Ihrer Amtszeit bezeichnen, was waren für Sie prägende Momente? Was ist allenfalls nicht gelungen?

Der grösste Erfolg der WEKO, nicht nur in meiner Amtszeit, sondern auch in den Amtszeiten meiner Vorgänger, ist

---

<sup>1</sup> Die Fragen stellte Richard Stäuber, Mitglied der Redaktion der SZK. [Das Interview wurde schriftlich geführt.]

sicherlich die hohe Erfolgsquote vor Gericht. Behördenarbeit ist Teamarbeit: Die erfolgreiche Bewältigung eines Falls durch alle Instanzen setzt Präzision und langen Atem voraus. Prägende Momente entstanden bei besonderer Komplexität des Sachverhalts oder hoher Schwierigkeit der einschlägigen Rechtsfragen. Die Bündner Baukartelle sind ein Beispiel für einen Fall, der klein anfang, sich dann aber auf den gesamten Kanton erstreckte. Die WEKO hat bewiesen, dass sie auch solch ausladenden Fälle mit einer Vielzahl von Beteiligten in den Griff bekommt. Eine Besonderheit bestand hier auch in den politischen Implikationen: So wurde die WEKO beispielsweise von der Parlamentarischen Untersuchungskommission "Baukartell" des Kantons angehört.

Prägend ist für mich auch die Entwicklung der Digitalstrategie der WEKO, die wir zuletzt im Jahresbericht 2021 als Spezialthema zusammengefasst haben. Ich beschäftige mich mit dem digitalen Kartellrecht seit über 20 Jahren, und man kann die Entwicklung auf diesem Gebiet nur als "stürmisch" bezeichnen. Die WEKO hat ihre Anwendungsprioritäten klar definiert: Angesichts begrenzter Behördenkapazitäten können nicht alle Fälle dupliziert werden, die von den benachbarten Kartellbehörden, insbesondere der Europäischen Kommission, aufgegriffen werden. Priorität geniessen die rein inländischen Digitalfälle, z.B. Ausbau des Glasfasernetzes oder TWINT/Apple. Die internationalen Digitalfälle werden auf ihren Inlandsbezug überprüft. Ein eigenes WEKO-Verfahren kommt dann in Betracht, wenn die Unternehmen nicht dazu bereit sind, eine im Ausland gefundene Lösung auf die Schweiz zu übertragen.

Leider nicht vollständig gelungen ist die Einspeisung unseres wettbewerbsrechtlichen Know-hows in die parlamentarische Arbeit. Zwar hat der Rat der WEKO bei der Ausarbeitung einschlägiger Gesetzgebungsvorschläge im Grundsatz grosses Gewicht. Die Stimme der wettbewerbpolitischen Vernunft zieht aber auch gelegentlich den Kürzeren. Prominente Beispiele sind die faktenwidrigen Motionen Français und Wicki, die Mehrheiten in beiden Räten des Parlaments gefunden haben. Es ist nicht ersichtlich, wo die Rechtsunsicherheit besteht, die durch die Motion Français kuriert werden sollte. Das Gegenteil ist der Fall: Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts hat eine Periode bemerkenswerter Rechtsunsicherheit beendet. Ausserdem laufen wir Gefahr internationaler Isolation. Es entspricht OECD-Standards, dass harte Kartelle nicht einer Wirkungsprüfung unterzogen werden. Dies ist angesichts der grossen Schädlichkeit von Preis-, Mengen- und Marktaufteilungskartellen auch ökonomisch angezeigt. Eine Umsetzung der Motion würde die Standortqualität verschlechtern: Investoren hätten nicht mehr die Gewissheit, in der Schweiz vor Kartellen ausreichend, nämlich nach OECD-Standards, geschützt zu sein.

Auch die Motion Wicki beruht auf fehlerhaften Grundannahmen: Der Motionär behauptet, dass die Wettbewerbsbehörde die Unschuldsvermutung in krasser Weise verletze. Keinen einzigen Gerichtsentscheid führt er für seine Behauptung an. Die WEKO führt aufwändige, mehrjährige Verfahren durch, in denen sie – unter Kontrolle der Gerichte – die Fakten objektiv feststellt und rechtlich würdigt. Es ist zu hoffen, dass sich das Parlament hier noch besinnen wird. Ein Vorbild könnte das Nein des Ständerats zur Reimportklausel der Fair-Preis-Initiative bzw. des indirekten Gegenvorschlags hierzu sein: Ein offenbar rein protektionistisch motivierter Fehltritt wurde hier in letzter Minute verhindert. Auch hier hatte sich die WEKO klar zugunsten einer wettbewerbsfreundlichen Lösung positioniert: Wenn man die Regeln verschärft, müssen sie für alle Unternehmen gleichmässig gelten, ob sie nun aus dem In- oder Ausland stammen oder im In- oder Ausland produzieren.

Was gefiel Ihnen am besten in Ihrer Rolle als WEKO-Präsident? Worauf hätten Sie gerne verzichtet?

Am besten hat mir die Arbeit an konkreten Fällen gefallen. Ich begrüsse es sehr, dass der Vorsitzende nicht wie bei manch anderer Wettbewerbsbehörde lediglich Repräsentant ist, sondern sich als Mitglied des Kollegiums mit den Einzelfällen beschäftigt und diese mitentscheidet. Die Vertiefung in die häufig komplexen und verästelten Sachverhalte war äusserst bereichernd. Stets weiterführend war auch der Austausch und die Diskussion innerhalb der Kommission. Zutiefst beeindruckt bin ich von der Kompetenz und der grossen Konstanz der Case Teams des WEKO-Sekretariats, die unersetzliches Fakten- und Sektorwissen aufbauen und hierdurch massgeblich zur Qualität der WEKO-Arbeit beitragen. Sehr wichtig war für mich ausserdem der enge Kontakt zu unserer Schwesterbehörde, der Preisüberwachung, und ganz allgemein der Austausch innerhalb der Bundesverwaltung, beispielsweise mit dem SECO. Auch habe ich die internationale Zusammenarbeit sehr geschätzt, beispielsweise in den einschlägigen Foren von OECD, ICN und UNCTAD.

Beim Thema "gerne verzichtet" habe ich für einen Moment an die Auseinandersetzungen mit den restaurativen Kräften gedacht, die einen wettbewerbpolitischen Sonderweg für die Schweiz postulieren und den Übergang zu einem modernen

und entschlossenen Kartellrecht nicht wirklich nachvollzogen haben. Aber auch diese Diskussionen möchte ich eigentlich nicht missen, führen sie doch dazu, dass man immer wieder die Grundlagen des Fachs überdenkt und hierdurch ein noch breiteres Fundament schafft.

Eine Frage zum Funktionieren der WEKO, die Aussenstehende immer interessiert: Wie funktioniert die Aufgabenteilung zwischen (Untersuchung durch das) Sekretariat und (Entscheid durch die) WEKO genau? Wie läuft dies beispielsweise beim Entscheid über eine Untersuchungseröffnung?

Eine Untersuchung wird durch das Sekretariat eröffnet. Es braucht hierzu die Zustimmung eines Präsidiumsmitglieds, wofür in aller Regel der Präsident angefragt wird. Das Präsidiumsmitglied prüft, ob die Voraussetzungen für eine Untersuchungseröffnung gegeben sind, also Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung existieren. Erkennt auch das Präsidiumsmitglied einen hinreichenden Tatverdacht, startet das Sekretariat die Untersuchung. Es ist hierbei völlig selbständig. Weder die Kommission, noch das Präsidium noch der Präsident mischen sich in die Untersuchung ein. Bisweilen wurde ich von Akteuren, welche mit der internen Funktionsweise der WEKO nicht so vertraut sind, auf laufende Untersuchungen angesprochen. Ich habe dann unsere Zuständigkeitsordnung erläutert und die Anfragenden an die zuständige Vizedirektorin/den zuständigen Vizedirektor im WEKO-Sekretariat verwiesen. Das einzige Instrument, welches das Gesetz in diesem Stadium der Kommission zuweist, ist die Möglichkeit, Untersuchungen zu priorisieren. Eine Notwendigkeit hierfür bestand in meiner Zeit allerdings nicht.

Erst mit dem Antrag des Sekretariats geht die Zuständigkeit auf die Kommission über. Das heisst aber nicht, dass der Fall sofort bei ihr ankommt. Zunächst werden nämlich die Stellungnahmen der Parteien eingeholt. Für das Selbstverständnis der Kommission ist es von grosser Bedeutung, dass sie den Antrag des Sekretariats und die Stellungnahmen der Parteien gleichzeitig erhält. Ich persönlich habe das Studium eines Falls regelmässig mit den Stellungnahmen der Parteien begonnen: So bekommt man sehr viel schneller einen Eindruck von den Knackpunkten des Falls. In den (streitig entschiedenen) Sanktionsfällen kommt es in der Regel zur Anhörung der Parteien. Auf der Grundlage von Antrag, Stellungnahmen und Anhörung fällt die Kommission sodann ihren Entscheid.

Wie haben Sie den Austausch mit der Anwaltschaft erlebt? Was schätzen Sie an der Unternehmensvertretung, was nicht?

Die Kontakte mit der Anwaltschaft habe ich als sehr intensiv erlebt. In Bezug auf konkrete Fälle ist der Austausch zwar streng formalisiert und erfolgt über Rechtsschriften und in den Anhörungen. Dies schliesst aber einen Austausch über allgemeine Fragen an Konferenzen und Seminaren nicht aus. So war ich regelmässiger Redner bei Verbänden und Vereinigungen der spezialisierten Anwaltschaft und habe die sich hier ergebenden Diskussionen sehr geschätzt. Zu erwähnen ist auch der wissenschaftliche Austausch: In der Fachliteratur befinden sich die Vertreter von Hochschulen, Behörden, Gerichten, Anwaltschaft und Unternehmen in ständigem Diskurs. Die vielen Perspektiven, insbesondere auch die Zusammenschau von Theorie und Praxis, empfinde ich als sehr bereichernd.

Nicht sicher bin ich allerdings, ob dem Schutzziel des wirksamen Wettbewerbs stets der gebührende Stellenwert eingeräumt wird. Vielleicht liegt das auch daran, dass es beim *public enforcement* zu einer Konzentration der Anwaltschaft auf der *defence side* kommt, also eine Verletzung des Kartellgesetzes bestritten wird. Von einem Ausbau des Kartellzivilrechts erhoffe ich mir, dass das Engagement der Anwaltschaft auf der Klägersseite gestärkt wird. Eine verstärkte Berücksichtigung der Perspektive der Opfer wäre für einen ausgewogenen Diskurs sehr wichtig.

Bei amerikanischen Präsidenten ist es üblich, dass der Vorgänger dem Nachfolger eine Grussbotschaft hinterlässt. Was geben Sie Ihrer Nachfolgerin, Frau Dr. Laura Melusine Baudenbacher, mit auf den Weg?

Das wäre originell gewesen: Amerikanische Präsidenten hinterlassen im Büro einen handschriftlichen Brief für den Nachfolger. Ich habe lediglich einen leeren Schreibtisch hinterlassen, den meine Nachfolgerin nun füllen kann. Aber meine

besten Wünsche habe ich Laura Baudenbacher natürlich längst und auf anderem Weg übermittelt. Über ihre Wahl zur WEKO-Präsidentin habe ich mich sehr gefreut. Ich habe stets ihre Aufsätze und Artikel gelesen und ihr konsequentes Engagement für den Wettbewerb geschätzt. Bereits in jungen Jahren hat sie sich grosse Verdienste um das schweizerische Wettbewerbsrecht erworben und darüber hinaus viele Erfahrungen im Ausland gesammelt. Laura Baudenbacher brilliert gleichermassen in Wissenschaft und Praxis. Ich wünsche ihr alles Gute für das wichtige und inspirierende Amt und viel Freude bei der neuen Tätigkeit. Über das gemeinsame Fach werden wir ja auch in der Zukunft viel Gelegenheit zum wissenschaftlichen Austausch haben: Darauf freue ich mich sehr.

## **B. Aktuelle Entwicklungen**

Und nun einige Fragen zu aktuellen Entwicklungen. Sie haben sich soeben bereits kritisch zur Motion Français geäussert. Nach dieser Motion soll auch bei Kernbeschränkungen ein Nachweis quantitativer und qualitativer Erheblichkeit nötig sein. Hierzu eine These: Die Motion scheint auch eine Reaktion darauf zu sein, dass in der Rechtspraxis das Element der Wettbewerbsabrede kaum eine Rolle spielt oder einschränkende Wirkung hat. In Übereinstimmung mit dem europäischen Recht kann eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nur angenommen werden, wenn die Vereinbarung allein durch das geschäftliche Interesse der Vertragsparteien an der Vermeidung von Leistungswettbewerb erklärt werden kann (*Generics*); andernfalls sind die Auswirkungen einer Abrede im Einzelfall zu prüfen, und wenn es hieran fehlt, liegt keine Wettbewerbsabrede vor. Würde die Praxis Art. 4 KG ernst nehmen, könnte man sich die Diskussion um die Erheblichkeit bei Art. 5 KG sparen. Was meinen Sie?

Ich begrüsse eine Anlehnung an das Wettbewerbsrecht der EU sehr, soweit der Gesetzgeber eine Parallelführung beabsichtigt hat. Beim Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ist das sicherlich der Fall. Im EU-Kartellrecht beziehen sich Bezweckung und Bewirkung auf das Verhältnis zwischen Vereinbarung bzw. abgestimmter Verhaltensweise und Wettbewerbsbeschränkung. Ist eine Absprache bereits ihrer Natur nach schädlich für den Wettbewerb, erübrigt sich eine Wirkungsprüfung. Das ist bei Kernbeschränkungen, z.B. Hardcore-Kartellen, der Fall, also beispielsweise bei Absprachen über Preise, Mengen oder Marktaufteilungen nach Gebieten oder Kunden. Nach dem zentralen Urteil des Europäischen Gerichtshofs in *Cartes Bancaires* verbietet sich eine uferlose Ausdehnung der Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Dieser Begriff ist vielmehr eng auszulegen. So sind beispielsweise preisbezogene Absprachen im Horizontalverhältnis nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen einzustufen, wenn grössere ökonomische Komplexität besteht, z.B. im Zusammenhang mit mehrseitigen Plattformmärkten. Dies ändert aber nichts daran, dass ausserhalb solcher Konstellationen eine Wirkungsprüfung bei Kernbeschränkungen entbehrlich ist. Im Gegensatz zu gelegentlich in der schweizerischen Literatur gemachten Behauptungen sind auch Absprachen über Bruttopreise und Preiskomponenten in der EU bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, s. beispielsweise den Lkw-Fall.

In den von Ihnen angesprochenen Pay-for-Delay-Fällen stellt sich eine zusätzliche Schwierigkeit: In den Streitigkeiten zwischen Original- und Generikaherstellern werden häufig Vergleiche geschlossen, um die bestehenden Streitfragen ein für alle Mal aus der Welt zu schaffen. Die Vergleiche enthalten gerade auch Vereinbarungen zum Marktzutritt. Wenn man diese vorschnell als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen qualifizierte, gerieten die Vergleiche unter kartellrechtlichen Generalverdacht, was ihren positiven Beitrag zur Streitbeilegung untergraben würde. Die europäischen Gerichte stellen deshalb hohe Anforderungen an das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Zusammenhang mit Vergleichen. Ein Werttransfer vom Originalhersteller zum Generikaproduzenten reicht für sich betrachtet für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nicht aus. Es wird deshalb verlangt, dass der Werttransfer allein durch das Interesse an der Ausschaltung von Wettbewerb vorgenommen wird, nicht aber, um beispielsweise Kosten der Rechtsverfolgung auszugleichen.

Ich sehe einen Zusammenhang zwischen der Pay-for-Delay-Rechtsprechung und dem *Cartes bancaires*-Urteil: Kernbeschränkungen sind im europäischen Recht grundsätzlich als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen, ausser wenn besondere Umstände des Einzelfalls entgegenstehen, wie z.B. die Komplexität mehrseitiger Plattformmärkte oder die Legitimität der Streitbeilegung durch Vergleich. Die *Gaba*-Urteile von Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht sehe ich genau auf dieser Linie: Kernbeschränkungen sind grundsätzlich erheblich, aber es gibt Ausnahmen. Ich habe vorgeschlagen, sich für die Konturierung dieser Ausnahmen auf das europäische Recht zu stützen, also beispielsweise bei Plattformkomplexität und Einkaufsgemeinschaften auch eine quantitative Prüfung zu verlangen. Die

Motion *Français* stellt demgegenüber eine sachwidrige Abkehr vom EU-Recht und den OECD-Standards dar und führt auf einen wettbewerbpolitischen Holzweg.

Das Bundesgericht hat i.S. Pfizer ein Präjudiz zu vertikalen Preisempfehlungen gefällt, das in der Praxis für Verunsicherung sorgt. Unklar ist etwa, welche Faktoren genau eine Abstimmung begründen (als eine der drei Voraussetzungen der abgestimmten Verhaltensweise). Was würden Sie einem Unternehmen raten, das Preisempfehlungen aussprechen – und diese zeitgemäss elektronisch kommunizieren – will?

Die Unternehmen sollten die Vertikalbekanntmachung der WEKO und die sie begleitenden Erläuterungen studieren. Wir haben sie Ende des vergangenen Jahres neu aufgelegt und die Entwicklungen in der Praxis, insbesondere auch das *Pfizer*-Urteil des Bundesgerichts, eingearbeitet. Einseitige Preisempfehlungen sind unbedenklich, aber die Einseitigkeit darf nicht nur eine scheinbare sein. Es reicht also nicht aus, die Preisempfehlung als einseitig zu bezeichnen, es darf auch in der Praxis keine Koordinierung vorliegen. Eine abgestimmte Verhaltensweise liegt vor, wenn die Fühlungnahme zwischen Unternehmen einen Abstimmungserfolg verursacht. Nach dem *Pfizer*-Urteil schlagen scheinbar einseitige Empfehlungen dann in abgestimmte Verhaltensweisen um, wenn die Preisempfehlungen besonders intensiv kommuniziert werden. Das kann der Fall sein, wenn die Preisempfehlungen der Hersteller wiederholt in die Kassensysteme der Händler eingespeist werden. Andererseits ist die Veröffentlichung von Preislisten oder Katalogen mit als ausdrücklich unverbindlich bezeichneten Preisempfehlungen unbedenklich. Im Fall von Abgrenzungsfragen würde ich empfehlen, Kontakt mit dem Sekretariat aufzunehmen.

Im Vertikalbereich ist in jüngster Zeit verschiedentlich von "Swiss Finishes" die Rede, obwohl die Vertikalregeln gemäss Bundesgericht "materiell identisch" mit dem europäischen Recht sind. Die vorgebrachten "Swiss Finishes" beziehen sich nicht nur auf die Abschottung des Schweizer Markts (*Bucher, Dargaud*), sondern gehen darüber hinaus – etwa in Bezug auf Preisempfehlungen (*Pfizer*). Stimmen Sie dem Befund der "Swiss Finishes" zu? Wo beginnt, wo endet die Parallelität des Schweizer Vertriebskartellrechts mit dem europäischen?

In kartellrechtlichen Diskussionen wird in der Tat häufig dann von einem *Swiss Finish* gesprochen, wenn die WEKO eine Rechtsfrage entscheidet, für die es im EU-Recht (noch) keinen Präzedenzfall gibt. Ich denke, dass das Label *Swiss Finish* in den genannten Fällen nicht zutrifft und verwende dafür die Formel: Aus *prius* folgt nicht *aliud*. Es kommt durchaus vor, dass die WEKO mit einer bestimmten Konstellation oder Rechtsfrage früher konfrontiert wird als die Wettbewerbsbehörden in der EU. Es sieht dann nur auf den ersten Blick so aus, als ob wir anders entscheiden als in der EU. Gewissheit erlangen wir aber erst dann, wenn das entsprechende Problem auch in einem Wettbewerbsverfahren in der EU entschieden worden ist. Dann werden wir sehen, ob die Lösung dort mit derjenigen in der Schweiz übereinstimmt oder hiervon abweicht.

Zu den genannten Beispielen: In den internationalen Foren diskutieren wir regelmässig die nationalen Fälle. Unser *Hors-Liste*-Fall hat dort bereits wegen der jahrelangen Peripetien der einschlägigen Gerichtsentscheide besondere Aufmerksamkeit erlangt. Ausserdem hat die Beurteilung von Preisempfehlungen ja überall grosse praktische Bedeutung. Als Feedback habe ich erhalten, dass eine Einspeisung von Preisempfehlungen in die elektronischen Kassensysteme der Händler mit Anzeige des empfohlenen Preises beim Einscannen des Produkts nicht toleriert würde. Und zum Problem der Alleinbezugsvereinbarungen bzw. Wettbewerbsverbote mit marktabschottendem Effekt: Auch wenn Wettbewerbsverbote unter bestimmten Voraussetzungen durch die EU-Gruppenfreistellungsverordnung Vertikalvereinbarungen freigestellt sind, spricht doch angesichts der Integrationsfunktion des europäischen Kartellrechts viel dafür, dass die Freistellung entzogen würde, wenn das Wettbewerbsverbot dazu eingesetzt wird, ein ganzes Land abzuschotten.

Sie haben in einem Aufsatz kürzlich vertreten, die missbräuchlichen Verhaltensweisen in Art. 7 KG seien im Lichte kartellrechtsnaher Regulierung wie etwa dem Digital Markets Act (DMA) auszulegen. Nun wurde in der Europäischen Union hierzu der Weg der Gesetzgebung bestritten, auch weil man der Auffassung war, dass die herkömmlichen

kartellrechtlichen Instrumente – namentlich Art. 102 AEUV – bei digitalbezogenen Verhaltensweisen nicht mehr genügen. Da sich Art. 7 KG gemäss Bundesgericht an Art. 102 AEUV orientiert: Wo verläuft für Sie die Grenze zwischen (ohne weiteres zulässiger) Rechtsanwendung und (eine Lücke erfordernder) Rechtsfortbildung?

Auf den digitalen Plattformmärkten beobachten wir erhebliche Probleme für den Wettbewerb. Einige wenige Plattformen sind zum Nadelöhr geworden, durch das man gehen muss, um in der digitalen Ökonomie bestehen zu können. Die Europäische Kommission ist hier relativ früh tätig geworden, wie beispielsweise die drei Entscheide gegen *Google/Alphabet* zeigen. Das Problem: Die Kartellverfahren dauern sehr lange und kommen deshalb häufig zu spät. Eine neue, auf die Binnenmarktkompetenz in AEUV 114 gestützte *ex ante* greifende Regulierung soll hier für Besserung sorgen.

Interessant aus unserer Perspektive ist: Die Ge- und Verbote des DMA wurden fast vollständig aus Kartellverfahren übernommen und sind also "geronnenes Kartellrecht". Inhaltlich lassen sie sich deshalb durchaus AEUV 102 zuordnen, so dass eine Orientierung hieran im Rahmen von KG 7 möglich und geboten ist. Die aktuellen Diskussionen in der EU zur Interpretation des DMA gehen genau in diese Richtung: Für die Auslegung der DMA-Vorgaben wird ein Rückgriff auf bestehende Erfahrungen, nämlich im Rahmen von Kartellverfahren nach AEUV 102, empfohlen.

Was die Rezeption des DMA in der Schweiz betrifft: Selbstverständlich muss unsere Anwendung im Kartellrechtsmodus erfolgen. Im Gegensatz zur Rechtslage nach dem DMA müssen wir relevante Märkte definieren und objektive Rechtfertigungsgründe prüfen. Wir sind dann klar im Bereich der Rechtsanwendung und nicht der Rechtsfortbildung. Komplizierter wird es, wenn Gerichte einen europäischen Behördenentscheid mit der Begründung aufheben, dass das inkriminierte Verhalten kein Missbrauch i.S. des Kartellrechts sei, dieses Verhalten aber als Tatbestand in den DMA aufgenommen worden ist. Es liegt dann zwar ein DMA-Verstoss, aber keine Verletzung des Kartellrechts vor. Eine solche Verhaltensweise könnten wir dann schwerlich als Missbrauch im Sinne von Art. 7 KG qualifizieren.

Allgemeiner gefragt: Wo verläuft *de lege ferenda* die Grenze zwischen Regulierung und Kartellrecht? Sind diese Instrumente in der Schweiz *de lege lata* im Gleichgewicht?

Das schweizerische Regulierungsrecht zeichnet sich durch besondere Zurückhaltung aus. Die Einführung des Regulierungsrechts wird aber durch das allgemeine Kartellrecht abgedeckt. Bundesrat und Gesetzgeber führen nämlich regelmässig aus, dass allfällige Wettbewerbsprobleme ja immer noch durch das Kartellrecht korrigiert werden können. Insofern besteht *de lege lata* Komplementarität: Probleme, die durch das Regulierungsrecht nicht zufriedenstellend gelöst werden, können im Rahmen von Kartellverfahren kuriert werden. Da die Gerichte, wie zuletzt im Streit um die Glasfaser-Netzbaustrategie in den *Swisscom*-Alleinbaugebieten, die Anwendung des Kartellrechts in den regulierungsfreien Räumen befürworten, können Gefahren für den Wettbewerb also wirksam abgewehrt werden.

*De lege ferenda* sollte meiner Meinung nach das Regulierungsrecht aufgewertet werden. Ich denke zwar nicht, dass wir in der Schweiz einen eigenen DMA benötigen. Die Zuständigkeit für die Aufsicht über die grossen Plattformen sollte bei den grossen Jurisdiktionen konzentriert werden. Wir benötigen aber dringend eine bessere Digitalregulierung, insbesondere ein eigenes Gesetz zur Digitalwirtschaft einschliesslich des elektronischen Geschäftsverkehrs. Hierin könnte man Regeln zur digitalen Infrastruktur und zu digitalen Geschäftspraktiken aufnehmen, die bisher sachwidrig und verstreut in das UWG gestopft wurden. Das Parlament sollte sich besser mit der Zukunft beschäftigen, als auf der Grundlage rückwärtsgewandter Motionen mit der Vergangenheit zu liebäugeln.

Mittlerweile sind die Vorschriften zur relativen Marktmacht seit mehr als einem Jahr in Kraft. Es scheint, die grosse Lawine an Fällen ist bislang ausgeblieben. Worauf führen Sie das zurück und was ist Ihre Prognose für die künftige Rolle dieses Instituts?

Mich hat überrascht, dass bisher so wenig gekommen ist. Bei der WEKO hatten wir uns intensiv vorbereitet, schon während der Diskussionen um die Einführung der relativen Marktmacht, und dann noch vor Inkrafttreten der neuen Regeln

mit einem Merkblatt des Sekretariats einschliesslich Meldeformular. Ein Grund besteht sicherlich darin, dass Zurückhaltung besteht, Anzeige bei der WEKO gegen aktuelle oder potentielle Vertragspartner zu erstatten. Auch wird das Schwert der relativen Marktmacht bereits jetzt in Vertragsverhandlungen eingesetzt, um einen Vertragsabschluss oder bessere Konditionen zu erhalten. Insoweit wirken die neuen Regeln also im Verborgenen. Meinungsverschiedenheiten werden aber sicher nicht ausbleiben. Von daher denke ich, dass die WEKO hier mehr zu tun bekommen wird. Das Sekretariat hat immerhin eine Untersuchung zur relativen Marktmacht im Gesundheitssektor eröffnet. Weitere werden folgen. Das Ziel besteht darin, Leitentscheide zu fällen, die für Orientierung sorgen. Dann könnte sich das neue Instrument im Privatrechtsverkehr besser entwickeln, gerichtlich und aussergerichtlich.

Der Vorentwurf zu einer Revision des KG sieht eine Modifizierung der Fusionskontrolle vor und will dabei insbesondere den SIEC-Test einführen. Begrüssen Sie diesen Vorschlag – oder anders gefragt: bei welchen vergangenen Entscheiden haben Sie den SIEC-Test vermisst?

Die beiden grössten Baustellen des schweizerischen Kartellrechts sind die Fusionskontrolle und das Kartellzivilrecht. Ich begrüsse sehr, dass die Einführung des SIEC-Tests beabsichtigt ist. Er ist ökonomisch besser fundiert als der (qualifizierte) Marktbeherrschungstest. Ausserdem setzt die geplante Fallallokation zwischen Europäischer Kommission und WEKO voraus, dass die materiell-rechtlichen Regeln übereinstimmen. Das zentrale Anliegen des SIEC-Tests besteht ja darin, die nicht-koordinierten Effekte im Oligopol besser zu erfassen. Ich habe den Test folglich in unseren Oligopolfällen vermisst, auch wenn nach dem *CK Telecoms*-Urteil des Gerichts der EU neue Fragezeichen entstanden sind. Die Einführung des SIEC-Tests wird bei Unternehmen und Behörde sicherlich eine intensive Einarbeitung erforderlich machen. Die Umstellung wird aber dadurch erleichtert, dass der SIEC-Test den Marktbeherrschungstest inkorporiert, das alte Fallrecht also weiterhin zur Verfügung stehen wird.

Die Stärkung des Kartellzivilrechts war Ihnen stets ein Anliegen. Nun werden diesbezüglich Vorschläge in der KG-Revision unterbreitet. Was ist nach Ihrer Auffassung die wichtigste Stellschraube, um dem Institut zum praktischen Durchbruch zu verhelfen?

Zentrale Bedeutung für das Verständnis des Kartellrechts überhaupt hat die Erstreckung der Aktivlegitimation auf die Konsumentinnen und Konsumenten. Der Schutz des Wettbewerbs soll dafür sorgen, dass es uns allen besser geht. Bisher waren die Akteure am Ende der Kette aber nicht einmal dazu berechtigt, gegen die Kartelle und anderen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen. Das ist nicht nur unbefriedigend, sondern zutiefst ungerecht, wenn man gleichzeitig die *passing-on defence* zulässt, so dass Kartellaufschläge, die bis auf die letzte Marktstufe durchgereicht werden, von niemandem herausverlangt werden können. In konzeptioneller Hinsicht ist deshalb die Reform der Aktivlegitimation der zentrale Baustein, der aber dringend der Verstärkung durch bessere kollektive Klagemöglichkeiten bedarf. In praktischer Hinsicht ist der Stillstand der zivilrechtlichen Verjährung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kartellverwaltungsverfahrens von grosser Bedeutung. Das reicht aber noch nicht aus: Der Zugang zu Beweismitteln in den Händen der anderen Partei oder von Dritten sollte verbessert werden. Hier könnte eine Orientierung an der EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie erfolgen. Ausserdem müsste das Prozesskostenrisiko der klagenden Opfer verringert werden.

Kartellrecht liegt bekanntlich an der Schnittstelle von Recht, Ökonomie und (Ordnungs-)Politik. Wie sehen Sie das Verhältnis der drei Disziplinen? Was funktioniert am Zusammenspiel in der Schweiz, was nicht?

Die Zusammenschau von Recht und Ökonomie im Wettbewerbsrecht ist essentiell. Es ist Aufgabe der Ordnungspolitik, das Verhältnis richtig zu justieren. Die Anwendung des Rahmens erfolgt durch die wirtschaftlichen Akteure und ihre Berater sowie durch Behörden und Gerichte. Eine Bewertung des Zusammenspiels von Recht und Ökonomie sollte zwischen materiellem Recht und institutionellen Fragen unterscheiden. Ich denke, dass im materiellen Recht das Verhältnis

von Recht und Ökonomie gut geregelt ist. Bei den Wettbewerbsabreden bestehen für die gefährlichsten Verhaltensweisen Vermutungstatbestände mit Sanktionsmöglichkeit. Dies ist für die Herstellung abschreckender Wirkung ausreichend. Missbräuche durch Marktbeherrscher sind durchweg sanktionierbar (was allerdings teilweise immer noch bestritten wird). Lediglich das Eingriffskriterium der Fusionskontrolle bedarf einer stärkeren Ökonomisierung, nämlich, wie soeben erwähnt, durch Einführung des SIEC-Tests.

In institutioneller Hinsicht halten die Verfahrensdauern ökonomischen Anforderungen nicht stand. Nur Recht, das in akzeptabler Frist angewendet ist, kann das Verhalten der Akteure zufriedenstellend steuern. Für das Anliegen der Motion Fournier, die Kartellverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, habe ich deshalb im Grundsatz grosse Sympathie. Allerdings besteht die Lösung nicht darin, Ordnungsfristen aufzulisten, sondern es sollten die realen Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass die Verfahren beschleunigt werden. Völlig kontraproduktiv ist deshalb die Forderung der Motion *Français*, auch für Kernbeschränkungen eine quantitative Prüfung einzuführen. Das würde die Verfahren weiter in die Länge ziehen.

Für eine Verbesserung des Verhältnisses zwischen Recht und Ökonomie müsste auch eine Asymmetrie zwischen erster und zweiter Instanz beseitigt werden. Während bei der WEKO, Sekretariat und Kommission, die enge Zusammenarbeit zwischen Jurist\*innen und Ökonom\*innen selbstverständlich ist, herrscht bei Gericht der Primat der Jurisprudenz. Zumindest bei der Tatsacheninstanz, also dem Bundesverwaltungsgericht, müsste ökonomisch nachgerüstet werden. Ausserdem müssten dort dringend Teams zur Bearbeitung der komplexen Kartellrechtsfälle gebildet werden. Ein Grund für die langen Verfahrensdauern scheint auch darin zu bestehen, dass umfangreiche Fälle einer einzelnen Person zur Bearbeitung zugeordnet werden.

Sie haben sich verschiedentlich zum Verfahrensrecht geäussert und den unverhältnismässigen Ressourcen, die dieses beim Sekretariat der WEKO bindet. Würden Sie eine Änderung der Verfahrensregeln befürworten, und falls ja: was müsste insbesondere angepasst werden?

Die zwölf Jahre im Inneren der WEKO haben mir das Knappheitsproblem im Behördenkontext veranschaulicht. Bereits die Führung des erstinstanzlichen Verfahrens verschlingt beträchtliche Ressourcen, nämlich für Vorabklärung, Untersuchung und Entscheid, u.U. auch für ein Entsigelungsverfahren vor dem Bundesstrafgericht in Bellinzona mit Rechtsmittel zum Bundesgericht. Hiermit ist der Fall aber nicht zu Ende. Die streitig entschiedenen Fälle gehen fast alle zum Bundesverwaltungsgericht. Es werden zahlreiche Rechtsschriften ausgetauscht, und in den Sanktionsfällen kann es auch zu Anhörungen in St. Gallen kommen. Das Ganze zieht sich über Jahre. In dieser Zeit muss die Institution das fallbezogene Detailwissen konservieren. Das gelingt, weil bei der WEKO immer Teams und nicht etwa Einzelpersonen an einem Fall arbeiten. Was die Veröffentlichung unserer Entscheide betrifft, so kommt es häufig vor, dass keine Einigung über die Qualifizierung als Geschäftsgeheimnis zustande kommt. Dann erlässt die WEKO eine Publikationsverfügung, die ihrerseits vor Gericht angefochten werden kann. Das ordentliche Rechtsmittelverfahren und das Publikationsverfahren laufen dann parallel. Zu viele Ressourcen der WEKO gehen also in die Pflege der alten Fälle und fehlen dann bei der Bearbeitung der neuen. Eine verfahrensrechtliche Remedur erscheint schwierig. Anstatt Ordnungsfristen einzuführen, sollte man vielleicht über eine Begrenzung der Schriftenwechsel und über Ordnungslängen von Rechtsschriften nachdenken. Rechtsvergleichend ist das durchaus bekannt.

Selbstanzeigen sind international rückläufig. Worauf führen Sie dies zurück und was könnte/sollte getan werden, um die Wirksamkeit des Instituts zu bewahren?

In Europa wird vielfach auf die abschreckende Wirkung des Kartellzivilrechts verwiesen. Wenn man Gefahr läuft, auf Schadenersatz verklagt zu werden, relativieren sich die Vorteile im kartellrechtlichen Bussgeldverfahren. Manche schlagen deshalb vor, Kronzeugen nach amerikanischem Vorbild im Schadenersatzprozess besser zu stellen, beispielsweise durch Wegfall der solidarischen Haftung. Ein Kartellteilnehmer würde dann nur noch den eigenen Kunden gegenüber haften, nicht aber auch den Opfern der Mittäter.



Im Gegensatz zur Entwicklung in Europa ist bei uns die Zahl der Bonusmeldungen allerdings nicht zurückgegangen. Das würde sich auch nach einer Stärkung des Kartellzivilrechts nicht unbedingt ändern. Das System der Bonusmeldung in der Schweiz ist grosszügiger als in manch anderer Jurisdiktion: Vollständiger Sanktionserlass kommt nicht nur dann in Frage, wenn die Eröffnung eines Verfahrens angestossen wird (Eröffnungskooperation), sondern auch wenn die Feststellung eines Wettbewerbsverstosses ermöglicht wird (Feststellungskooperation). Letzteres, also die Kooperation nach Eröffnung einer Untersuchung, durchaus auch nach Beginn einer Hausdurchsuchung, ist in der Praxis der weitaus bedeutendere Weg. Das Kalkül involvierter Unternehmen wird hierdurch beeinflusst: Wenn bereits ein Kartellverfahren gegen das Unternehmen eröffnet wurde, drohen ohnehin schon zivilrechtliche Klagen, so dass die Kooperation mit der Behörde weniger ins Gewicht fällt.

Ich sehe deshalb für das schweizerische Recht keinen Handlungsbedarf. Ausserdem bin ich aus grundsätzlichen Erwägungen skeptisch, die zivilrechtlichen Ansprüche von Geschädigten aus utilitaristischen Gründen einzuschränken. Bonusmelder haben bereits die Vorteile bei den direkten Sanktionen. Letztlich muss jedes Unternehmen selbst entscheiden, ob sich der Gang zu Behörde lohnt. Ausserdem gibt es auch starke, nicht-pekuniäre Anreize: So kann es befreiend und für das Unternehmen mittel- und langfristig förderlich sein, reinen Tisch zu machen und selbstbewusst eine kartellfreie Zukunft zu planen und zu kommunizieren.

Sehen Sie Bedarf für eine Institutionenreform im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung?

Die drei Hauptcharakteristika unseres *public enforcement* sind 1. die Entscheidung für ein Verwaltungssystem im Gegensatz zu einem Gerichtssystem, 2. die Unterteilung in zwei Behörden, nämlich Sekretariat und Kommission, und 3. die Anwendung des Milizprinzips auf letztere.

Unbedingt beizubehalten ist das Behördensystem, also die Zuerkennung von Entscheid- und Sanktionskompetenz an die Wettbewerbsbehörde. Es ist das klar vorherrschende Modell in Europa und der Welt. Ein Beispiel für ein Gerichtssystem sind hingegen die USA, jedenfalls was die Antitrust Division des US-Justizministeriums betrifft: Sie kann nicht selbst entscheiden, sondern muss die Unternehmen vor Gericht anklagen. Allerdings muss man das Anwendungssystem stets in seiner Gesamtheit betrachten: In den USA werden Kartelltäter mit Gefängnis bestraft, und für die Kartellopfer gibt es dreifachen Schadenersatz. Wenn man diese Elemente nicht hat, braucht es eine effektive verwaltungsrechtliche Anwendung, die nur durch das Behördensystem gewährleistet ist.

Dies ist auch mit den Grundrechten vereinbar, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und die schweizerischen Gerichte entschieden haben. Unrichtig ist die immer wieder vorgetragene Behauptung, dass das Sanktionsverfahren 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. Wie das Bundesgericht in Übereinstimmung mit dem EGMR entschieden hat, ist das Behördensystem in seiner Gesamtheit mit den grundrechtlichen Anforderungen vereinbar, da gerichtliche Kontrolle mit voller Kognition zur Verfügung steht. Es existiert also kein Mangel, der "geheilt" werden müsste.

Dies führt zum zweiten Charakteristikum, der Trennung von Sekretariat und Kommission. Mit den grundrechtlichen Anforderungen wäre auch eine Einheitsbehörde vereinbar, also eine Wettbewerbsbehörde, die nicht weiter unterteilt wäre. Hier wären also Untersuchung, Anklage und Entscheid in einer Hand. Der Vorteil des bei uns bestehenden zweigliedrigen Verwaltungssystems besteht darin, dass eine zusätzliche Kontrolle eingebaut ist. Die Kommission entscheidet selbständig über die Ergebnisse und Anträge des Sekretariats. Die Hauptstossrichtung der aktuellen und bisweilen masslos überspitzten Institutionenkritik bezieht sich darauf, dass Sekretariat und Kommission nicht ausreichend getrennt seien. In der Tat: Das Gesetz sieht bewusst keine absolute Trennung zwischen den beiden Behörden vor. Wie bereits oben erwähnt, braucht das Sekretariat zur Eröffnung einer Untersuchung die Zustimmung durch ein Präsidiumsmitglied. Und die Kommission braucht das Know-how des Sekretariats. Vorschläge, welche die Trennung weiter vorantreiben möchten, beispielsweise durch eigene Mitarbeiter der Kommission, die den gesamten Verfahrensstoff noch einmal neu aufrollen ("Gerichtsschreibermodell"), haben den entscheidenden Nachteil, dass sich die ohnehin schon langen Verfahren weiter verzögern würden. Ich halte deshalb den Status quo für eine gute, pragmatische Lösung, welche einerseits für *checks and balances* bereits auf Behördenebene sorgt, andererseits nicht die Verfahren unnötig in die Länge zieht. Ich würde hier deshalb keine Änderung vorschlagen.

Was schliesslich das Milizprinzip betrifft, so haben wir es mit einem Grundpfeiler des politischen Systems zu tun. Nicht nur die Mitglieder des Parlaments, sondern auch die Mitglieder anderer Regulierungskommissionen sind im Milizsystem tätig. Ich habe in den letzten zwölf Jahren die Vorteile schätzen gelernt. Man erreicht hierdurch einen Wissenstransfer von einschlägigen Berufen in die Verwaltungstätigkeit. Allerdings haben sich Output und Fallkomplexität in der letzten Zeit deutlich erhöht. Dies würde einerseits dafür sprechen, die Pensen der Kommissionsmitglieder zu erhöhen. Andererseits habe ich den Eindruck, dass man die Effizienz der Arbeit durch eine Verkleinerung der Kommission erhöhen könnte. Ich habe also Sympathien für den Vorschlag des Ständerats vor zehn Jahren (im Rahmen der dann gescheiterten KG-Revision), die Kommission auf fünf Mitglieder zu reduzieren und die Pensen zu erhöhen, das Milizprinzip aber aufrechtzuerhalten.

Der Bundesrat hat auf Aufforderung durch das Parlament einen Vorschlag für ein Investitionsprüfungsgesetz vorgelegt, steht dem Anliegen aber in der Sache ablehnend gegenüber. Was ist Ihre Meinung?

Gesetze zum Investment Screening sind weltweit auf dem Vormarsch. Waren in der EU die Länder mit Investitionskontrolle vor wenigen Jahren noch in der Minderheit, verfügen heute fast alle EU-Mitgliedstaaten über einschlägige Regeln. Die geltend gemachten Ziele tönen überzeugend: Wer kann schon etwas dagegen haben, die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu verteidigen? Erfahrungen im Ausland lehren allerdings auch, dass Regeln, die eigentlich für die militärische Sicherheit, die Spionageabwehr, die Sicherheit der Energieversorgung etc. konzipiert sind, in der Praxis für ganz andere Ziele eingesetzt werden können, beispielsweise um ausländischen Investoren Garantien zur Erhaltung inländischer Arbeitsplätze abzurufen. Es wird also wichtig sein, auf strenge Zielkonformität der praktischen Anwendung zu achten. Auch sind die Bedenken des Bundesrats hinsichtlich des Kosten-Nutzen-Verhältnisses der neuen Regeln ernst zu nehmen und entsprechende Evaluationen durchzuführen.

Als Wettbewerbsrechtler nehme ich mit Interesse zur Kenntnis, dass im Rahmen der Prüfung von Gefahren für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit auch zu berücksichtigen ist, ob durch die Übernahme aus dem Ausland "wesentliche Wettbewerbsverzerrungen" entstehen. Ist dies die Anerkennung, dass das Schutzziel des wirksamen Wettbewerbs zum *ordre public* gehört? Und in einer anderen Hinsicht besteht ein Wettbewerbsbezug. Die Existenz der vielen öffentlichen Unternehmen in der Schweiz wird in der Regel auch damit begründet, dass das öffentliche Eigentum eine Übernahme essentieller Infrastruktur durch ausländische Investoren verhindert. Wird eine gesonderte Prüfung von Übernahmen aus dem Ausland eingeführt, entfällt dieses Argument. Man sollte also nach Annahme eines Investitionsprüfungsgesetzes die Legitimität öffentlicher Beteiligung konsequent für alle staatlichen und staatsnahen Unternehmen unter den neuen Vorzeichen überprüfen.

### **C. Zur Person**

Bei Ihrem grossen Engagement im Kartellrecht bestand nie ein Zweifel, dass es Ihnen um die Sache ging, nicht die Person. Dennoch, gestatten Sie uns aus gegebenem Anlass einige Fragen zur Person Andreas Heinemann: Wie sind Sie zum Kartellrecht gekommen? Und warum sind Sie dem Kartellrecht treu geblieben?

Ich habe Jus und Wirtschaft noch vor dem Fall des Eisernen Vorhangs studiert. Die Diskussionen zur Systemfrage zwischen Marktwirtschaft und zentralistischer Planung oder einem allfälligen Dritten Weg waren in vollem Gang und wurden in beiden Fakultäten intensiv geführt. Mein Lieblingsfach wurde die Geschichte der ökonomischen Lehrmeinungen (damals von den Ökonomen "Dogmengeschichte" genannt, inzwischen bedauerlicherweise aus den Curricula verschwunden). Schnell wurde mir klar, dass das Kartellrecht eine Schlüsselrolle für die Systemfrage hat. Natürlich ist die Marktwirtschaft der Planwirtschaft überlegen. Sie kann ihr volles Potential aber nur entfalten, wenn sie als Wettbewerbswirtschaft verstanden wird. Schon *Adam Smith* hatte auf die Gefahren der Kartellbildung hingewiesen, hielt aber Gegenmassnahmen für unmöglich. Das Gegenteil bewiesen die USA 1890 mit dem Sherman Act. Europa folgte sehr viel später, holte aber gewaltig auf, so dass wir heute die beiden Leitsysteme US-Antitrustrecht und EU-Kartellrecht haben. Die Frage nach der richtigen Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts in Gesetzgebung und praktischer Anwendung hat mich nie wieder losgelassen.

Was würden Sie einer jungen Juristin, die sich im Kartellrecht spezialisieren möchte, als Ratschlag mitgeben?

Sicherlich besteht der erste Schritt im Besuch der einschlägigen Lehrveranstaltungen zum Kartellrecht. Das Fach sollte aber nicht isoliert betrachtet werden, sondern in den Gesamtzusammenhang des Wirtschafts- und Staatssystems gestellt werden. Ich würde also empfehlen, auch die Veranstaltungen zum Wirtschaftsverfassungs- und -verwaltungsrecht, zum Immaterialgüterrecht und zur öffentlichen Auftragsvergabe zu besuchen, und dann auch die internationale Seite anzugehen, nämlich in den Veranstaltungen zum Europäischen Wirtschaftsrecht (insbesondere auch zum EU-Binnenmarkt und zum EU-Kartellrecht) und zum Internationalen Wirtschaftsrecht. Auch für das Kartellrecht ist internationale Offenheit sehr wichtig: Im Rahmen der Mobilität oder in ausländischen Masterprogrammen könnten diese Fächer im Zusammenhang einer anderen Rechtsordnung studiert werden. Nach dem Studium wäre ein Praktikum im Sekretariat der Wettbewerbskommission, bei der Europäischen Kommission oder einer anderen ausländischen Wettbewerbsbehörde oder in einer spezialisierten Anwaltskanzlei im In- oder Ausland sehr förderlich.

Was ist das beste Kartellrechtsbuch? Und das beste Buch ausserhalb des Kartellrechts?

Es existieren viele ausgezeichnete Kartellrechtslehrbücher und Hunderte von Monographien. Einen konzisen und weltweiten Überblick über das Gesamtgebiet erlangt man durch die Lektüre des unlängst erschienenen Buchs des weltweit führenden Kartellrechtsvergleichers, nämlich *David J. Gerber, Competition Law and Antitrust – A Global Guide, 2020* (190 Seiten). Es lohnt sich gleichermassen für Einsteiger und Erfahrene. Und beim "besten Buch" ausserhalb des Kartellrechts bleibe ich vielleicht doch eher in der Nachbarschaft. Eine faszinierende Literaturgattung sind die Bücher, die sich mit der globalen Frage beschäftigen, warum manche Länder reich und andere arm sind. Schon der Klassiker von *Adam Smith* heisst im Kurztitel "Wealth of Nations". Es gibt hier eine ganze Reihe von eindrucklichen aktuellen Büchern, in denen internationale Offenheit und Wettbewerb häufig eine wichtige Rolle spielen. Ganz besonders hat mich fasziniert *Ian Morris, Why the West Rules – For Now, 2010*. Auf der Grundlage einer eigenen empirischen Methodologie zeigt er auf, warum die Geographie zwar wichtig, die gesellschaftliche Entwicklung und die Institutionen aber entscheidend sind.

Mit dem Ende Ihrer Amtszeit ist auch ein Mehr an Zeit für anderes verbunden. Worauf freuen Sie sich am meisten?

Ich habe die letzten Jahre sehr viel Zeit mit meinem fachlichen Kerngebiet verbracht. Jetzt habe ich die Gelegenheit, die Perspektive wieder zu weiten. Ausserdem habe ich ein neues Amt übernommen: Als Prodekan für Aussenbeziehungen werde ich das nationale und internationale Netzwerk meiner Fakultät pflegen und ausbauen. Auch auf diese Aufgabe freue ich mich sehr.

Herr Prof. Heinemann, herzlichen Dank für dieses Gespräch.