

Public Interest und Wettbewerbsschutz in der Schweiz

1. Ausgangspunkt

Die klassische Frage nach dem Verhältnis von Wettbewerbsschutz und der Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen nicht-wettbewerblicher Art ist in jüngerer Zeit wieder aktuell geworden. Es ist zu einem neuen Konzentrationsschub im Mediensektor gekommen, und die schweizerische Wettbewerbskommission (WEKO) hatte in diesem Zusammenhang im Jahr 2018 über drei bedeutende Medienezusammenschlüsse zu entscheiden. In allen drei Fällen, nämlich AZ Medien/NZZ, Tamedia/Goldbach und Tamedia/Basler Zeitung, gelangte sie zu einer Genehmigung ohne Bedingungen oder Auflagen.¹ Diese Entscheide fanden überwiegend Zustimmung, teilweise stießen sie aber auch auf Kritik: Die Behörde berücksichtige nicht den Wert der Medienvielfalt.² In der Tat untersuchte die WEKO in diesen wie in anderen Verfahren nur den wirtschaftlichen Wettbewerb, nicht aber die Vielfalt und den Wettbewerb der Meinungen. Und das wettbewerbsbasierte Eingreifkriterium der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle (ein qualifizierter Marktbeherrschungstest) lag nach ihren Ermittlungen nicht vor.

Auch wenn das positive Recht in dieser Frage eindeutig ist, stellt sich umso drängender die rechtspolitische Frage, ob es hierbei sein Bewenden haben sollte, oder ob eine Einbeziehung nicht-wettbewerblicher Gemeinwohlbelange wünschenswert wäre. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Medienvielfalt nur ein Public-Interest-Aspekt unter vielen ist. Es kommen auch zahlreiche andere Schutzgüter in Frage, beispielsweise Umwelt und Nachhaltigkeit, soziale Ziele, öffentliche Sicherheit, öffentliche Gesundheit, Kultur, Regional-, Struktur- und Industriepolitik, die Sicherung von Arbeitsplätzen, Konsumentenschutz und Fairness (z.B. in globalen Wertschöpfungsketten).

Letztlich geht es um Situationen mit Zielkonflikten. Die am häufigsten diskutierte Frage in diesem Zusammenhang lautet: Wenn unternehmerisches Verhalten zwar schlecht für den Wettbewerb, aber gut für eines der nicht-wettbewerblichen Schutzgüter ist, sollte es dann erlaubt werden, jedenfalls wenn die Vorteile an anderer Stelle die Nachteile für den Wettbewerb überwiegen?³ Dreht man die Vorzeichen um, lässt sich auch die entgegengesetzte Frage stellen: Wenn ein Verhalten mit dem Schutzgut Wettbewerb vereinbar ist, aber schädlich für andere Gemeinwohlbelange ist, sollte es dann verboten werden? Dies ist der Grundtypus der eingangs erwähnten Zusammenschlussfälle: Hier wurde von manchen nicht die ausnahmsweise Zulassung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens, sondern das Verbot einer wettbewerbskompatiblen Transaktion aufgrund eines ausserwettbewerblichen Schutzguts, nämlich der Medienvielfalt, gefordert. Zwischen beiden Situationen wird nicht

* Professor an der Universität Zürich, Präsident der schweizerischen Wettbewerbskommission. Der Panelbeitrag zum 53. FIW-Symposium in Innsbruck am 28. Februar 2020 gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

¹ Nachweise unten 4.a).

² "Freie Bahn für den Einheitsbrei", so der Titel eines Artikels von *Dennis Bühler* im Onlinemagazin Republik vom 24.8.2018.

³ Vgl. *Giorgio Monti*, Article 81 EC and Public Policy, 39 CMLR 1057, 1097 (2002), der in Art. 81 EG (also heute Art. 101 AEUV) einen Absatz 4 einfügen möchte, um Ausnahmen vom Kartellverbot zugunsten anderer EU-Ziele zu ermöglichen.

immer ausreichend unterschieden. Man könnte in der ersten Konstellation von einer *public interest defence*, in der zweiten von einer *public interest offence* sprechen.

2. Ein Blick zurück

a) Die "Saldotheorie" in der älteren Kartellgesetzgebung

Das Verhältnis von Wettbewerbsschutz und anderen Gemeinwohlbelangen wird diskutiert, seit es Kartellrecht gibt, so auch in der Schweiz. Hier hat die Diskussion allerdings eine besondere Konnotation, die mit der Geschichte des schweizerischen Kartellrechts zusammenhängt. Lange Zeit galt die Schweiz als "Land der Kartelle".⁴ Daran änderte sich auch nichts, als 1962 das erste Kartellgesetz verabschiedet wurde. Es folgte dem Missbrauchsprinzip, und die Institutionen, insbesondere die Kartellkommission, waren schwach ausgestaltet. Von unmittelbarer Relevanz für das vorliegende Thema ist die Tatsache, dass ein wesentlicher Faktor für die Wirkungslosigkeit dieses Gesetzes die "Saldotheorie" war.⁵ Sie forderte den Kartellrechtsanwender dazu auf, einen umfassenden *bilan économique et social* vorzunehmen, also alle einschlägigen wirtschaftlichen und sozialen Faktoren einzubeziehen und gegeneinander abzuwägen. Die Geltung der Saldotheorie war im ersten Kartellgesetz von 1962 anerkannt; im zweiten Kartellgesetz von 1985 wurde sie sogar in Gesetzesform gegossen. Art. 29 Abs. 2 KG 1985 lautete:

"Bei der Prüfung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit würdigt die Kommission nützliche und schädliche Auswirkungen. Stellt sie erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen oder Wettbewerbsverfälschungen fest, wägt sie die nützlichen und schädlichen Auswirkungen gegeneinander ab. Sie berücksichtigt dabei die Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit und das Wettbewerbsausmass. Ferner berücksichtigt sie alle übrigen bedeutsamen Auswirkungen wie jene auf die Herstellungs- und Vertriebskosten, die Preise, die Qualität, die Versorgung, die Struktur des Wirtschaftszweiges, die Landesteile, die Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Unternehmen im In- und Ausland und die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Konsumenten."

Art. 29 Abs. 3 S. 1 KG 1985 fügte hinzu, dass volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen dann gegeben sind, wenn die schädlichen Auswirkungen überwiegen. Immerhin enthielt Art. 29 Abs. 3 S. 2 KG 1985 die Präzisierung, dass Schädlichkeit "in jedem Fall" gegeben sei, "wenn wirksamer Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen verhindert wird". "Wettbewerbsverhinderungen" wurden also im Gegensatz zu bloßen Wettbewerbsbeschränkungen strenger behandelt, nämlich keiner allgemeinen Bilanzierung unterstellt. Diese Sonderregel erlangte in der Praxis besondere Bedeutung.⁶ Für den vorliegenden Zusammenhang ist aufschlussreich, dass eine präzisere Fassung des Eingriffstatbestands und der Verzicht auf umfassende volkswirtschaftliche und soziale Abwägungsvorgänge also zu besserer Handhabbarkeit führen.⁷

⁴ Diese Bezeichnung wird auch in Bezug auf andere Länder, z.B. Deutschland, verwendet, s. *Volker Emmerich*, Kartellrecht, 13. Aufl., München 2014, § 2 N 1. In der Schweiz hat dieser Zustand aber länger gedauert. Erst das Kartellgesetz von 1995 hat zu einem konsequenten Schutz des wirksamen Wettbewerbs geführt.

⁵ Entwickelt von *Hugo Sieber* (s. z.B. *ders.*, Schweizerische Wettbewerbspolitik, Bern 1981, S. 82 ff.), der zwar eine umfassende Saldierung selber als "heikel" empfindet, eine Beschränkung auf die Beurteilung der Wettbewerbswirkungen aber "nur als Notbehelf" für den Fall ansieht, dass "sich die volkswirtschaftliche und soziale Schädlichkeit der Kartellwirkungen [...] nicht umfassend erkennen lässt" (*ibid.*, S. 85).

⁶ S. die Nachweise bei *Roger Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 164.

⁷ Anschaulich zu dem hierdurch bewirkten Fortschritt *Arnold Koller*, Vom Kartellgesetz 1962 zur Wettbewerbspolitik der neuen Bundesverfassung, AJP 2020, 157 ff.

Allerdings ist eine Einschränkung hinzuzufügen: Die Tatbestandsmäßigkeit von "Wettbewerbsverhinderungen" wurde in Art. 29 Abs. 3 S. 3 KG 1985 dadurch relativiert, dass eine Ausnahme für den Fall hinzugefügt wurde, "dass die Verhinderung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen des Gesamtinteresses unerlässlich ist" (sog. *Escape*-Klausel). Es handelte sich bei der Sonderregel für Wettbewerbsverhinderungen also nicht um ein eigentliches *per se*-Verbot.

b) Bewertung

Die praktischen Erfahrungen mit der Saldotheorie in der älteren Gesetzgebung der Schweiz machen deutlich, dass das Erfordernis einer allgemeinen volkswirtschaftlichen und sozialen Bilanzierung einem Kartellgesetz die Wirksamkeit nimmt. Da sich im Rahmen einer offenen Gesamtbewertung immer Argumente zugunsten einer bestimmten Verhaltensweise finden lassen, sogar für harte Kartelle, hängt das Ergebnis davon ab, welches Gewicht man den jeweiligen Gesichtspunkten zumisst. Wenn die Kriterien aus verschiedenen Welten stammen, fehlt es an der Vergleich- und Messbarkeit. Wettbewerbsliche und nicht-wettbewerbsliche Gemeinwohlbelange sind letztlich inkommensurabel.⁸

Die Bewertung der Saldotheorie im Zug der Ausarbeitung einer neuen Gesetzgebung fiel denn auch vernichtend aus. In der Botschaft zum heute geltenden Kartellgesetz von 1995 heißt es:

"Die in Artikel 29 KG im Gesetz verankerte Saldomethode enthält keine klaren und eindeutigen Kriterien, um das Verhalten der an einem Kartell oder an einer anderen Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen innert nützlicher Frist beurteilen zu können. Die Saldomethode verpflichtet die Rechtsanwendungsbehörde, negative und positive Auswirkungen ohne jede Trennung und ohne eigentliche Gewichtung von wettbewerbslichen und ausserwettbewerbslichen Aspekten zu berücksichtigen. Sie ist in ihrem Ansatz ausgeprägt instrumentalistisch, das heisst weit weniger dem Schutz der Marktprozesse als vielmehr der Verwirklichung von im Grunde gewillkürten gesamtwirtschaftlichen Zielen verpflichtet."⁹

Zur Aufwertung und Effektivierung des Kartellrechts war also der Abschied von der Saldotheorie unumgänglich.

c) Abschaffung der Saldotheorie

Mit dem Kartellgesetz von 1995 (im Folgenden: KG) ist es zu einem Paradigmenwechsel gekommen: Während nach den älteren Kartellgesetzen der Stellenwert des Wettbewerbs stark relativiert war, nämlich immer in den Zusammenhang mit einem nicht näher definierten Gesamtinteresse gestellt wurde, bekennt sich das geltende Recht zum Eigenwert des Wettbewerbs und zu einer kartellfreien Wirtschaft.¹⁰ Die Saldotheorie wurde abgeschafft, die Rechtsanwendungsinstanzen dürfen nur noch wettbewerbsbezogene Faktoren berücksichtigen.¹¹ Gleichzeitig wurde der 1996 ins Leben gerufenen WEKO die

⁸ So *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014, § 14 Rn. 86 (in Bezug auf die EU, nämlich Art. 101 Abs. 3 AEUV).

⁹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 477 f.

¹⁰ Zum Paradigmenwechsel s. *Marino Baldi*, Zur "Philosophie" des neuen Kartellgesetzes, FS Blankart, Bern 1996, S. 349 ff.

¹¹ *Roger Zäch* (Fn. 6, Rn. 335), spricht von einer "Befreiung" der rechtsanwendenden Behörden davon, Wettbewerbsbeschränkungen auch unter dem Gesichtspunkt anderer öffentlicher Interessen zu beurteilen'.

Verfügungskompetenz zuerkannt, also die Zuständigkeit, unter der Kontrolle der Gerichte Einzelfälle autoritativ zu entscheiden. Durch eine Revision des Gesetzes im Jahr 2003 wurde die Möglichkeit der "direkten" Sanktionierung eingeführt, also die Verhängung von Bußgeldern für bestimmte Gesetzesverstöße, während zuvor nur "indirekte" Sanktionen zur Verfügung standen, die zusätzlich zum Gesetzesverstoß einen Behördenentscheid und Ungehorsam gegen diesen voraussetzten.

Für den vorliegenden Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die nicht-wettbewerblichen Gemeinwohlgründe in das Verfahren der Ausnahmegenehmigung durch die Regierung, also den Bundesrat, verschoben wurden. Dieser kann wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nach Verbot durch die WEKO zulassen, wenn sie "notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen" (Art. 8, 11 KG). So wird eine klare Trennung zwischen wettbewerblicher Prüfung durch die Kartellbehörde (oder das Zivilgericht) und der Prüfung anderer Gemeinwohlbelange durch die Regierung vorgenommen. Rechtsvergleichend ist bemerkenswert, dass Ausnahmegenehmigungen nicht nur für von der WEKO verbotene Zusammenschlüsse, sondern auch für unzulässige Wettbewerbsabreden und auch den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen möglich sind.

In systematischer Hinsicht ist hervorzuheben, dass die Möglichkeit gemeinwohlbasierter Ausnahmen nur für die Genehmigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens existiert. Es geht also in der oben entwickelten Terminologie um eine *public interest defence*. Eine *public interest offence* gibt es hingegen nicht: Die Regierung kann auf der Grundlage des Kartellrechts nicht eine Verhaltensweise (beispielsweise einen Zusammenschluss) untersagen, die zuvor von der WEKO für kartellrechtlich unbedenklich erklärt worden ist.¹² Für die eingangs erwähnten Medienzusammenschlüsse gab es also keine Möglichkeit der gemeinwohlbasierten Intervention. Ein medienrechtliches Spezialinstrumentarium zur Kontrolle von Pressefusionen existiert in der Schweiz nicht.¹³

d) Verbleibende Schwierigkeiten

Auch wenn die Rechtslage im Hinblick auf die Trennung von wettbewerblicher Würdigung durch Behörden und Gerichte und gemeinwohlorientierter Bewertung durch den Bundesrat eindeutig ist, bleibt eine Schwierigkeit bestehen. Die verfassungsrechtliche Kompetenznorm zur Bundeszuständigkeit für das Kartellrecht in Art. 96 Abs. 1 der eidgenössischen Bundesverfassung (BV) lautet:

"Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen."

Art. 1 KG greift diese Formulierung auf. Der "Kartellartikel" der Bundesverfassung begnügt sich also nicht damit, dem Bund – wie bei anderen Materien üblich – die Gesetzgebungszuständigkeit auf dem Gebiet des Kartellrechts zuzuweisen, sondern fügt eine "materielle Direktive" hinzu: Diese Gesetzgebung muss bestimmte inhaltliche Vorgaben respektieren, nämlich gegen "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen"

¹² Vgl. Roger Zäch (Fn. 6), Rn. 336.

¹³ Allenfalls sind Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt im Bereich Radio und Fernsehen nach den Art. 74 ff. RTVG (Bundesgesetz über Radio und Fernsehen) möglich. S. hierzu, insbesondere auch zur Verschränkung von Medien- und Kartellrecht, *Andreas Heinemann*, Digitale Medien und das Kartellrecht, in: Daniel Kübler (Hrsg.), Medien und direkte Demokratie, Zürich 2018, S. 45 ff.

vorgehen. Diese Formulierung geht auf die sogenannten "neuen Wirtschaftsartikel" aus dem Jahr 1947 zurück, stammt also aus der alten Kartellzeit. Manche folgern aus der Formulierung (zu Unrecht), dass dem Gesetzgeber das kartellrechtliche Missbrauchsprinzip vorgegeben sei, und verkennen dabei, dass es sich bei Art. 96 Abs. 1 BV um eine bloße Zielnorm handelt, die dem Gesetzgeber zwar das Ziel vorschreibt, ihm aber weitgehende Freiheit bei der Wahl der Mittel belässt. So ist (nach allerdings umstrittener Auffassung) das schweizerische Kartellrecht durch die Einführung der direkten Sanktionen im Jahr 2003 zum Verbotprinzip übergegangen.¹⁴

Im vorliegenden Zusammenhang ist allerdings ein anderer Aspekt von Bedeutung, nämlich die weite Fassung des relevanten Beurteilungsmaßstabs in Gestalt der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit. Die Formulierung stammt aus einer Zeit, in der – wie oben dargelegt – dem Wettbewerb noch kein Eigenwert zugemessen wurde, sondern allgemeine Abwägungsvorgänge umfassendster Natur das Schutzgut des wirksamen Wettbewerbs verwässerten. Die verfassungsrechtliche Norm lässt sich heute so interpretieren, dass die soziale Schädlichkeit nur im Verfahren der Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat eine Rolle spielt. Oder man zieht den Aspekt der sozialen Schädlichkeit zur Stärkung der kartellrechtlichen Tatbestände heran. So hat es das Bundesgericht im *Gaba*-Fall getan, wo es heißt:

"Mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das 'volkswirtschaftlich oder sozial schädlich' für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist (i.S. von Art. 96 BV und Art. 1 KG)."¹⁵

Die verfassungskonforme Auslegung führt also zur Entscheidung einer einfachgesetzlichen Streitfrage mit dem Ergebnis, dass (auch) im schweizerischen Kartellrecht bereits die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung und nicht erst deren Umsetzung tatbestandsmäßig ist. Das Beispiel zeigt, dass der Hinweis auf soziale Schäden nicht unbedingt ein wettbewerbsfremder Belang des öffentlichen Interesses ist, sondern in die wettbewerbliche Analyse integriert werden kann. Die Grenzen zwischen wettbewerblicher und nicht-wettbewerblicher Bewertung sind also stets genau abzustecken.

e) Rechtsvergleichende Einordnung

Die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts ist dadurch gekennzeichnet, dass nicht-wettbewerbliche Gemeinwohlgründe zunächst in größtem Umfang in die kartellrechtliche Bewertung integriert wurden, durch das aktuelle Kartellgesetz aus dem Jahr 1995 aber vollständig entfernt, bzw. in das Verfahren der Ausnahmegenehmigung durch die Regierung ausgelagert wurden. Auch wenn in anderen Rechtsordnungen die Offenheit gegenüber umfassenden Abwägungen wohl nicht dieselbe Intensität hatte, gibt es doch einen ähnlichen Trend. So diente in den USA die *rule of reason* als kartellrechtliches Einfallstor für *public interest*-Argumente. Die frühe Formulierung der *rule of reason* durch *Justice Brandeis* in der Entscheidung *Chicago Board of Trade*¹⁶ aus dem Jahr 1918 wird heute als "undisciplined

¹⁴ Zu den Hintergründen s. *Andreas Heinemann*, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR, Band 135 (2016) I, 431 (442 ff.).

¹⁵ BGE 143 II 297 (324) – *Gaba*.

¹⁶ 246 U.S. 231, 238 (1918).

shopping list" bewertet, die zu Unrecht den Rückgriff auf außerwettbewerbliche Nutzenargumente ermöglichte.¹⁷ Eine vernichtende Kritik stammt von *Herbert Hovenkamp*:

"Justice Brandeis' statement of the rule of reason in *Chicago Board of Trade* [...] has been one of the most damaging in the annals of antitrust. The statement has suggested to many courts that, if the analysis is under the rule of reason, then nearly everything is relevant."¹⁸

Seit den 1970er Jahren und dem Siegeszug der *Chicago School* können nach der *rule of reason* nur noch wettbewerbsbezogene Aspekte berücksichtigt werden. Dies wird ganz überwiegend begrüßt, und zwar schulübergreifend.¹⁹

Ähnlich verlief die Entwicklung in der EU. Die Möglichkeit der Effizienzrechtfertigung (heute Art. 101 Abs. 3 AEUV) wurde wiederholt zugunsten von nicht-wettbewerblichen Gründen des Gemeinwohls angewendet.²⁰ Solange die Europäische Kommission das Freistellungsmonopol hatte, war zumindest eine einheitliche Linie garantiert. Mit der Dezentralisierung der Kartellrechtsanwendung durch die VO 1/2003 war die Lage aber eine andere: Im System der Legalausnahme und "Selbstveranlagung" war die extensive Auslegung des Freistellungstatbestands nicht mehr praktikabel. In den Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV hat die Europäische Kommission denn auch präzisiert, dass die vier Voraussetzungen dieser Vorschrift abschließend zu verstehen seien. Dies hat zur Konsequenz, dass eine Rechtfertigung aus nicht-wettbewerblichen Allgemeinwohlgründen nicht mehr in Betracht kommt. Ein indirekter Schutz ist aber möglich, wenn zugleich auch die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen.²¹ Dies ist beispielsweise für Wettbewerbsbeschränkungen aus Gründen des Umweltschutzes relevant. Hier ist eine Rechtfertigung möglich, wenn Produktion, Distribution bzw. technischer oder wirtschaftlicher Fortschritt gefördert werden und die weiteren Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen. Hierfür gibt es viele Anwendungsfälle.²²

Der Ausblick auf das US-amerikanische und das europäische Kartellrecht zeigt, dass die frühere Bereitschaft zur Rezeption nicht-wettbewerblicher Gemeinwohlgründe grundlegender Skepsis gewichen ist. Kartellrecht sollte sich auf die ureigenen Ziele konzentrieren. Auch wenn diese umstritten sind,²³ wäre es der Anwendungssicherheit abträglich und für den Schutz wirksamen Wettbewerbs gefährlich, wenn man das Kartellrecht der Abwägung mit beliebigen anderen Schutzgütern öffnen würde. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, die Reichweite des Wettbewerbsprinzips zu definieren. Ordnet er für einen bestimmten Themenbereich andere Leitprinzipien an, tritt insofern das Kartellrecht zurück. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass er, so wie in der Schweiz und in Deutschland geschehen, der Regierung die Möglichkeit einräumt, das Ergebnis eines wettbewerbsbasierten Verfahrens zugunsten anderer Schutzgüter zu korrigieren.

3. Wettbewerbsabreden

¹⁷ *Lawrence A. Sullivan/Warren S. Grimes/Christopher L. Sagers*, *The Law of Antitrust*, 3. Aufl., St. Paul MN 2016, S. 222.

¹⁸ *Herbert Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, 5. Aufl., St. Paul MN 2016, S. 336.

¹⁹ Vgl. nur *Sullivan/Grimes/Sagers* (Fn. 17), S. 222 f.

²⁰ S. die Nachweise bei *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 8), § 14 Rn. 86.

²¹ *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, AB1 2004 C 101/97, Rn. 42.

²² *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, AB1 2011 C 11/1, Rn. 149, 308, 329, 331.

²³ S. z.B. *Daniel Zimmer* (Hrsg.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham 2012.

a) Effizienzrechtfertigung

Die Konsequenzen seien am Beispiel der ersten und der dritten Säule des Kartellrechts veranschaulicht. Mit der Abschaffung der Saldotheorie hat der schweizerische Gesetzgeber die Rechtfertigung von Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auf Gründe der wirtschaftlichen Effizienz beschränkt (s. Art. 5 Abs. 1 und 2 KG).²⁴ Darunter versteht das Gesetz die Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, die Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder die rationellere Nutzung von Ressourcen. Auch wenn die Aufzählung des Gesetzes abschließenden Charakter hat, besteht Einigkeit darüber, dass diese Gründe weit auszulegen sind und Raum lassen für jedwede Verbesserung der wirtschaftlichen Effizienz.²⁵

Nicht-wettbewerbliche Schutzgüter werden aber nicht erfasst. Zu ihrer Förderung muss der Gesetzgeber andere Maßnahmen ergreifen. Zur Veranschaulichung sei ein jüngerer Fall aus der WEKO-Praxis herangezogen. Die Fahrlehrer im Oberwallis hatten die Preise für Fahr- und Verkehrskundeunterricht abgesprochen und wurden hierfür mit einer direkten Sanktion belegt. In der Diskussion allfälliger Rechtfertigungsgründe spielte auch der Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit eine Rolle. Die Parteien argumentierten, dass die Preiskoordination das Qualitätsniveau der Fahrausbildung und damit die Verkehrssicherheit fördere. Die WEKO erkannte dieses Argument nicht an: Der Beitrag der Fahrausbildung zur Verkehrssicherheit werde vom Gesetzgeber dadurch verwirklicht, dass das Straßenverkehrsrecht Anforderungen an die Erlangung des Führerausweises und die Bewilligung der Fahrlehrertätigkeit stelle. Eine Berücksichtigung im Rahmen der Effizienzrechtfertigung scheidet aus.²⁶

b) Bloß indirekter Schutz anderer Rechtsgüter

Andere Schutzgüter als die wirtschaftliche Effizienz können also nicht für eine Rechtfertigung herangezogen werden. So ist es beispielsweise nicht möglich, eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede durch den Schutz der Medienvielfalt, die Sicherung von Arbeitsplätzen oder die Verteidigung der öffentlichen Sicherheit zu legitimieren. Ein indirekter Schutz wettbewerbsfremder Gemeinwohlbelange ist aber durchaus möglich. Wenn eine ökologisch motivierte Wettbewerbsbeschränkung vereinbart wird (z.B. die Verpflichtung, nur noch umweltschonende Produkte anzubieten und die Produktion umweltbelastender Produkte einzustellen) und diese die Voraussetzungen der Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG erfüllt, lässt das Kartellrecht diese Beschränkung zu und erlaubt damit die Förderung des (außerwettbewerblichen) Schutzguts Umwelt auf indirekte Weise.²⁷ Es versteht sich von selbst, dass die effizienzverbessernden Abreden nicht mit Vereinbarungen verbunden werden dürfen, die lediglich auf die Erzielung einer Kartellrente gerichtet sind. So dürfen ökologisch sinnvolle Verbesserungen von

²⁴ *Beat Zirlick/Simon Bangerter*, in: DIKE-Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2018, Art. 5 Rn. 261. Eine Besonderheit des schweizerischen Kartellrechts besteht darin, dass Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, von vornherein einer Effizienzrechtfertigung nicht zugänglich sind, s. Art. 5 Abs. 1 KG.

²⁵ *Beat Zirlick/Simon Bangerter* (Fn. 24), Art. 5 Rn. 284. Vgl. die Botschaft zum KG 1995 (Fn. 9), S. 558: "Es handelt sich dabei jedoch um offene Begriffe, die ein breites Spektrum von Kooperationsabreden zulassen".

²⁶ WEKO, 25.2.2019 – *Fahrlehrertarife Oberwallis*, RPW 2019/2, 513, N. 43 f.

²⁷ S. das Beispiel in Botschaft zum KG 1995 (Fn. 9), S. 558: "So könnten sich beispielsweise die Hersteller von Süßwaren auf eine Effizienzverbesserung berufen, wenn sie sich darauf einigen würden, ihre Produkte aus Umweltschutzgründen (Energieverbrauch, Entsorgungsprobleme) nicht mehr in Aluminiumfolie zu verpacken, sondern ein anderes umweltschonenderes Material zu verwenden".

Produkten oder Produktionsverfahren nicht um eine Preisabrede ergänzt werden. Diese kann nicht mehr durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden, ist also überschießend.²⁸

c) Verfahren der Ausnahmegenehmigung

Liegen die Voraussetzungen der Effizienzrechtfertigung nicht vor, kommt nur noch der Weg über die Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat in Frage (Art. 8 KG). Veranschaulicht sei dies am Beispiel der Buchpreisbindung. In der deutschsprachigen Schweiz existierte ein System der Buchpreisbindung, das wie in Deutschland auf einem Sammelrevers, also auf Absprachen zwischen Unternehmen, beruhte. Die WEKO, bestätigt durch Rekursinstanzen und Gerichte, sah hierin unzulässige Wettbewerbsabreden und verneinte die Möglichkeit einer Effizienzrechtfertigung.²⁹ Der Rückgriff auf kulturpolitische Argumente war wegen der Beschränkung auf wettbewerbliche Erwägungen im kartellbehördlichen und gerichtlichen Verfahren nicht gestattet. Die Betroffenen stellten sodann einen Antrag beim Bundesrat auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach Art. 8 KG. Der Bundesrat war von den kulturpolitischen Argumenten nicht überzeugt und verneinte 2007 das Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen.

Wie in den Nachbarländern kam es dann zum Vorschlag eines Buchpreisbindungsgesetzes, welches das Kartellgesetz durch den Übergang von einem privaten zu einem gesetzlichen Preisbindungssystem umschiffen sollte. Das Parlament verabschiedete das Gesetz 2011. Allerdings kam nun das schweizerische System der direkten Demokratie zum Tragen: Gegen das Buchpreisbindungsgesetz wurde das Referendum ergriffen, und das Volk lehnte das Buchpreisbindungsgesetz am 11. März 2012 mit 56.1 Prozent Neinstimmen ab. Offenbar war die Mehrheit der Bevölkerung der Auffassung, dass Buchpreisbindung keine Vorteile hat, welche die Beschränkung des Wettbewerbs überwiegen.

d) Fazit

Nicht-wettbewerbliche Gemeinwohlgründe finden bei der Prüfung von Wettbewerbsabreden keine (direkte) Berücksichtigung, sondern gehören in das Verfahren der Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat. Erfolgt die Abwägung zwischen Wettbewerb und anderen Gemeinwohlgründen per Gesetz, liegt das Letztentscheidungsrecht auch über solche Abwägungsvorgänge beim Volk.

4. Zusammenschlusskontrolle

a) Beispiel: Medienezusammenschlüsse

²⁸ Aus der Praxis der EU s. *Europäische Kommission*, 13.4.2011, COMP/39.579 – *Wasch- und Reinigungsmittel im Haushalt*, ABI 2011 C 193/14: Der Fachverband der Waschmittelhersteller verabschiedete einen Verhaltenskodex für umweltfreundlichere Waschmittel. Darüber hinausgehend trafen führende Waschmittelhersteller am Rand der einschlägigen Industrietreffen insgeheim Preisabsprachen. Die Umweltschutzmaßnahmen waren einer Effizienzrechtfertigung zugänglich, nicht aber die Preisabsprachen, die mit hohen Geldbußen belegt wurden. Zu den Spielräumen der Effizienzrechtfertigung in diesem Zusammenhang s. *Felix Engelsing/Moritz Jakobs*, *Nachhaltigkeit und Wettbewerb*, WuW 2019, 16.

²⁹ Vgl. letztinstanzlich Bundesgericht, 6.2.2007, 2A.430/2006 – *Buchpreisbindung*, RPW 2007/1, 129.

Für die Frage nach dem Verhältnis von Public Interest und Wettbewerbsschutz in der Zusammenschlusskontrolle sind die drei eingangs erwähnten Medienfälle von paradigmatischer Bedeutung. Sowohl in AZ Medien/NZZ,³⁰ Tamedia/Goldbach³¹ und Tamedia/Basler Zeitung³² ging die WEKO wie üblich vor, indem sie die betroffenen Märkte insbesondere im Hinblick auf Rezipienten, Werbung und Anzeigen ermittelte und sodann prüfte, ob das Eingreifkriterium der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle vorliegt. Zwar stellte die Behörde die Gefahr individueller und kollektiver marktbeherrschender Stellungen auf einzelnen, überwiegend lokalen Rezipientenmärkten und auf bestimmten Werbemärkten fest. Die Eingreifschwelle, die nach dem qualifizierten Marktbeherrschungstest des schweizerischen Rechts aber nicht nur Marktbeherrschung, sondern zusätzlich die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umfasst (Art. 10 Abs. 2 KG), war aber entweder nicht erreicht oder beruhte nicht kausal auf dem Zusammenschluss.

b) Grundsatz der wettbewerblichen Beurteilung

Die Analyse durch die WEKO in diesen (wie auch in allen anderen) Fällen war rein wettbewerblicher Natur. Die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt war kein Prüfkriterium, was die bereits erwähnte Kritik aus Teilen der Öffentlichkeit auslöste. Nach geltendem Recht besteht hier aber kein Spielraum. Wie bereits im Zusammenhang mit den Wettbewerbsabreden erwähnt, kann ein Schutz anderer Gemeinwohlbelange allenfalls mittelbar erfolgen, indem nämlich der Schutz des Wettbewerbs gleichzeitig andere Güter fördert, z.B. die Diversität in den Medien steigert.³³ An diesen Zusammenhängen würde sich auch nichts ändern, wenn die schweizerische Zusammenschlusskontrolle zum europäischen SIEC-Test überginge.³⁴ Auch der SIEC-Test ist, wie schon die Bezeichnung ("significant impediment to effective competition") zum Ausdruck bringt, wettbewerbsorientiert und erlaubt nicht die Ausrichtung an anderen öffentlichen Interessen.

Die Antwort des positiven Rechts ist also eindeutig. Dies provoziert die rechtspolitische Anschlussfrage, ob die Aufnahme von Public-Interest-Erwägungen in die Zusammenschlusskontrolle wünschenswert wäre. Vor einer Bewertung im Hinblick auf das schweizerische Recht ist ein rechtsvergleichender Ausblick angebracht.

c) Rechtsvergleichende Einordnung

Rechtsvergleichend lässt sich feststellen, dass die Skepsis gegenüber der Einbeziehung von Public-Interest-Erwägungen in die Kartellrechtsanwendung auf dem Gebiet der Zusammenschlusskontrolle weniger stark ausgeprägt ist als bei den Wettbewerbsabreden. Einige Länder erlauben die Berücksichtigung ausserwettbewerblicher Gesichtspunkte. In der EU stellt Art. 21 Abs. 4 FKVO klar, dass "die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zum

³⁰ WEKO, 13.8.2018 – AZ Medien/NZZ, RPW 2018/4, 866.

³¹ Noch nicht veröffentlicht, s. die Medienmitteilungen unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-71835.html>.

³² WEKO, 1.10.2018 – Tamedia/Basler Zeitung, RPW 2018/4, 937.

³³ Der Zusammenhang zwischen wirtschaftlichem Wettbewerb und Angebots- und Meinungsvielfalt ist nicht trivial. Zur Kontroverse zwischen Vielfaltsthese und Holländischer Schule s. Patricia Martina Hager, Rundfunkvielfalt und Medienkonzentration – Rechtliche Mechanismen zur Sicherung der Diversität in Radio und Fernsehen, Zürich 2016, Rn. 345 ff.

³⁴ Es existieren Gesetzgebungsarbeiten in dieser Richtung, s. z.B. WEKO, Jahresbericht 2017, RPW 2018/1, 12.

Schutz anderer berechtigter Interessen als derjenigen treffen [können], welche in dieser Verordnung berücksichtigt werden, sofern diese Interessen mit den allgemeinen Grundsätzen und den übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind". Die Vorschrift stellt klar, dass die öffentliche Sicherheit, die Medienvielfalt und die Aufsichtsregeln auf jeden Fall hierzu gehören. Andere öffentliche Interessen müssen die Mitgliedstaaten der Europäischen Kommission zwecks Anerkennung vorlegen.

Zahlreiche Mitgliedstaaten haben von der Möglichkeit zur Einbeziehung berechtigter Interessen in die Zusammenschlusskontrolle Gebrauch gemacht,³⁵ wobei aber danach zu unterscheiden ist, ob es der Kartellbehörde/dem Kartellgericht zufällt, solche nicht-wettbewerblichen Aspekte zu prüfen, oder ob es Sache der Regierung ist, die Entscheidung der Kartellbehörde aus anderen Public-Interest-Gründen zu überspielen. In Österreich beispielsweise hat das Kartellgericht einen Medienzusammenschluss auch dann zu untersagen, wenn er die Medienvielfalt beeinträchtigt.³⁶ Die österreichische Regel ist also das Beispiel für eine *public interest offence*, d.h. die Intervention in ein eigentlich wettbewerbsverträgliches Projekt aus anderen Gemeinwohlgründen.

Die in einigen EU-Mitgliedstaaten (z.B. Deutschland und Frankreich) bestehende Möglichkeit der Ministererlaubnis fällt hingegen in die Kategorie der *public interest defence*, also der Möglichkeit, ein wettbewerbswidriges Verhalten aus nicht-wettbewerblichen Gründen des Gemeinwohls zu gestatten. Hier liegt die Kompetenz aber nicht mehr bei Kartellbehörde oder Kartellgericht, sondern bei der Regierung oder dem zuständigen Minister.³⁷ Eine Mischform existiert in Großbritannien: Hier werden Public-Interest-Erwägungen in Interaktion zwischen Kartellbehörde und zuständigem Staatssekretär in das Kartellverfahren eingebracht.³⁸

In weltweiter Perspektive ist nach Feststellungen der OECD die Einbeziehung nicht-wettbewerblicher Gemeinwohlbelange in Entwicklungs- und Schwellenländern stärker als in Industrieländern ausgeprägt. Insbesondere die Schaffung von Arbeitsplätzen ist hier ein wichtiger Gesichtspunkt in der Zusammenschlusskontrolle.³⁹ Besonders bekannt ist der umfassende Ansatz in Südafrika: Hier ist in die Zusammenschlusskontrolle, die im Prinzip den SLC-Test zugrunde legt,⁴⁰ neben den Auswirkungen auf die Beschäftigung, auf einzelne Wirtschaftssektoren bzw. Regionen und auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit auch die Frage einzubeziehen, ob der Zusammenschluss dazu dient, Unternehmen wettbewerbsfähig zu machen, die historisch benachteiligten Personen gehören oder von diesen kontrolliert werden.⁴¹

d) Bewertung

³⁵ OECD, Public Interest Considerations in Merger Control, Dokument DAF/COMP/WP3(2016)3 vom 30.6.2016, N. 21 Box 1.

³⁶ § 13 KartG. S. z.B. den Zusammenschlussfall *ProSiebenSat.1Puls 4/ATV*, der von der Bundeswettbewerbsbehörde nur nach ergänzten Auflagen zur Sicherung der Meinungs- und Medienvielfalt freigegeben wurde <https://www.bwb.gv.at/news/news_2017/detail/news/z_3373_zusammenschluss_prosiebensat1puls_4_gmbh_atv_privat_tv_gmbh_atv_privat_tv_gmbh_co_kg_m>. Ich danke Herrn Bundeskartellanwalt-Stellvertreter Gustav Stifter für diesen Hinweis.

³⁷ Zu den verschiedenen Möglichkeiten der institutionellen Ausgestaltung s. OECD (Fn. 35), N. 25 ff.

³⁸ S. z.B. das aus Gründen der Medienpluralität intensiv geprüfte (und letztlich aus anderen Gründen gescheiterte) Zusammenschlussprojekt *21st Century Fox/Sky*, Nachweise unter <https://www.gov.uk/cma-cases/twenty-first-century-fox-sky-merger-european-intervention-notice>.

³⁹ OECD (Fn. 35), N. 13.

⁴⁰ Also den aus der anglo-amerikanischen Welt stammenden *Substantial Lessening of Competition*-Test.

⁴¹ Art. 12A(3)(c) Competition Act South Africa.

Es ist ein Ding der Unmöglichkeit, objektive Maßstäbe zu entwickeln, um die Wettbewerbsverträglichkeit mit anderen Gründen des Gemeinwohls abzuwägen. Die Zusammenschlusskontrolle wird hierdurch subjektiven Bewertungen unterworfen; Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit leiden. Das International Competition Network (ICN) hat deshalb angemahnt, die Zusammenschlusskontrolle auf wettbewerbliche Aspekte zu beschränken:

"The legal framework for competition law merger review ("merger review law") should focus exclusively on identifying and preventing or remedying anticompetitive mergers. A merger review law should not be used to pursue other goals."⁴²

Auch wenn diese Empfehlung angesichts des weltweit offenbar bestehenden Bedürfnisses nach Korrekturen der Wettbewerbsanalyse zu Gunsten anderer Gemeinwohlbelange radikal erscheint, wird doch die Schlussfolgerung erlaubt sein, dass man die Einbeziehung solcher Public-Interest-Erwägungen zumindest institutionell abtrennen sollte, d.h. nicht der Kartellbehörde oder dem Kartellgericht zuweist, sondern einer Instanz überantwortet, die besser legitimiert ist, Abwägungen zwischen verschiedenen Politikfeldern vorzunehmen. Hier kommen insbesondere die Regierung oder ein Regierungsmitglied in Betracht. Eine solche Trennung hat u.a. den Vorteil, dass die Arbeit der Kartellbehörde von politischem Druck und Lobbyeinflüssen befreit wird, die sich unwillkürlich einstellen würde, wenn die Behörde auch "politische" Überlegungen anstellen, nämlich in weitestem Umfang Gemeinwohlbelange gegeneinander abwägen müsste.

5. Konsequenzen für die Schweiz

Die Schweiz ist aufgrund der Erfahrung mit der Saldotheorie ein gebranntes Kind, wenn es um die Frage der Einbeziehung allgemeiner Schutzgüter in die Anwendung des Kartellrechts geht. Die jahrzehntelange Erfahrung hat vor Augen geführt, wie gefährlich die Öffnung gegenüber Public-Interest-Aspekten für die Wirksamkeit des Kartellrechts und damit für die Wirksamkeit des Wettbewerbs ist. Die Abschaffung der Saldotheorie wurde als "Befreiung"⁴³ wahrgenommen. Die mühsam erworbene Freiheit sollte nicht mutwillig verspielt werden. Diese Aussage darf nicht als Blindheit gegenüber nicht-wettbewerblichen Gemeinwohlbelangen verstanden werden. Diese sind von größter Bedeutung und sollten entschieden gefördert werden. Nur ist der richtige Ort nicht das Kartellrecht, jedenfalls nicht in dessen Anwendung durch Behörden und Gerichte. Die Regierung sollte die Möglichkeit haben, wettbewerbsbasierte Entscheide umzustoßen, wenn sie aufgrund einer Abwägung mit anderen Gemeinwohlgründen zum Ergebnis kommt, dass sie im konkreten Fall wichtiger sind. Diese Möglichkeit besteht im schweizerischen Recht, und es wird zurückhaltend davon Gebrauch gemacht: Bisher hat der Bundesrat noch keine Ausnahmegenehmigung erteilt, weder für wettbewerbsbeschränkende Praktiken noch für Unternehmenszusammenschlüsse. Der Mangel an Praxis demonstriert, dass relevante Zielkonflikte nicht so häufig sind, wie es die theoretische Diskussion manchmal nahelegt.

Auch der Gesetzgeber hat selbstverständlich die Möglichkeit, für bestimmte Fragen oder Themen Regeln zu erlassen, welche das Grundprinzip Wettbewerb ausschalten. Das

⁴² ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, 2018, I.A.1 <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/recommended-practices-for-merger-analysis>>.

⁴³ S.o. Fn. 11.

Kartellgesetz findet dann von vornherein keine Anwendung (Art. 3 Abs. 1 KG). Der Gesetzgeber sollte für die Verfolgung nicht-wettbewerblicher Ziele eigene Schutzinstrumente und Institutionen schaffen. So wird beispielsweise auch in der Schweiz diskutiert, ob man zum Schutz der nationalen Sicherheit (oder aus anderen Gründen) eine Investitionskontrolle einführen sollte, die heimische Unternehmen gegen Übernahmen aus dem Ausland schützt. In der Diskussion wurde auch die Möglichkeit genannt, der WEKO die Zuständigkeit zu einem solchen *investment screening* zu übertragen. Dahinter steckt der pragmatische Gedanke, dass die großen Unternehmenszusammenschlüsse ja ohnehin bei der Wettbewerbsbehörde zu melden sind, deren Expertise man dann direkt auch für die Investitionskontrolle heranziehen könne. Der Vorschlag macht die Problematik einer allgemeinen Public-Interest-Analyse augenscheinlich: Eine Behörde, die auf wettbewerbliche Analysen spezialisiert ist, hat keine Fachkenntnis in Bezug auf die Gefährdung der nationalen Sicherheit. Hier wäre ganz andere Expertise gefragt.

Hieraus lassen sich auch Schlussfolgerungen für das Verhältnis von *public interest defence* und *public interest offence* ziehen.⁴⁴ Während gute Gründe dafür sprechen, der Regierung die Möglichkeit einzuräumen, ein Verbot der Kartellbehörde aus überwiegenden öffentlichen Interessen umzustoßen (*public interest defence*), ist es nicht überzeugend, auch das Gegenteil zuzulassen, nämlich der Regierung die Kompetenz einzuräumen, ein von der Kartellbehörde genehmigtes Verhalten aus anderen Gründen zu verbieten (*public interest offence*). In solchen Situationen sollte erst einmal ein Verfahren durch eine zuständige und fachlich ausgewiesene Behörde durchgeführt werden, um zu ermitteln, ob beispielsweise das Verbot eines Zusammenschlusses zur Verteidigung der öffentlichen Sicherheit oder zum Schutz der Medienvielfalt angezeigt ist. Es ist nicht sinnvoll, solche Überlegungen an ein kartellbehördliches Verfahren anzuschließen, da die Aufgreifkriterien der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle ja nicht im Hinblick auf diese anderen Schutzgüter formuliert wurden.

Das Kartellrecht ist von größtem öffentlichen Interesse: Es schützt den Wettbewerb, der Wohlstand, Wachstum und Innovation hervorbringt. Durch die Verhinderung ungerechtfertigter Transfers in Form von Kartell- und Monopolrenten ist das Kartellrecht von sich aus sozial, ohne dass es Public-Interest-Argumente direkt berücksichtigen müsste. Kommt es dennoch zu Konflikten, kann es durch Anordnung des Gesetzgebers oder durch eine Ausnahmegenehmigung der Regierung korrigiert werden. Bei Ersterem ist sorgsam zu ermitteln, ob die nicht-wettbewerblichen Gemeinwohlbelange wirklich ein Zurücktreten des Grundprinzips Wettbewerb erfordern. Bei Letzterem ist darauf zu achten, dass nicht bequemem Kurzfristdenken der Vorrang vor einer nachhaltigen Einschätzung der Konsequenzen auf lange Sicht gegeben wird.

⁴⁴ Zur Terminologie s.o. Abschnitt 1 am Ende.