

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

**Festschrift für
Stephan Breitenmoser**

Herausgegeben von

Claudia Seitz
Ralf Michael Straub
Robert Weyeneth

Helbing Lichtenhahn

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

Festschrift für Stephan Breitenmoser



Hydan Feisner

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

**Festschrift für
Stephan Breitenmoser**

Herausgegeben von

Claudia Seitz
Ralf Michael Straub
Robert Weyeneth

Helbing Lichtenhahn

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4582-1

© 2022 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch



Vorwort der Herausgeber

«Rechtsschutz in Theorie und Praxis». Dieser Titel der vorliegenden Festschrift zu Ehren von Stephan Breitenmoser bringt den Austausch und die wechselseitigen Bezüge zwischen Wissenschaft und Praxis zum Ausdruck, der das langjährige berufliche Wirken des Jubilars in besonderer Weise auszeichnet und zugleich ein wesentliches Element seiner Persönlichkeit kennzeichnet. Mit seinen vielfältigen Tätigkeiten hat er beide Bereiche in geradezu idealer Weise miteinander verbunden, wobei ihn sein ausgeprägtes Streben nach dem Richtigen und Gerechten ständig begleitet und zur Sicherstellung einer sachgerechten Anwendung und Entwicklung des Rechts verpflichtet hat.

In Basel geboren und aufgewachsen, war der Jubilar nach seinem Rechtsstudium an der Universität Basel von 1980 bis 1983 Assistent bei Professor Luzius Wildhaber, der sich zunächst als Mentor und über die Jahre hinweg auch als Freund erwies. Gemeinsam mit ihm hat er zahlreiche Publikationen im Völker- und Europarecht sowie im Staats- und Verwaltungsrecht verfasst, allen voran zum Schutz der Grund- und Menschenrechte. Diese Rechtsgebiete sollten sich – entsprechend seinem gesellschaftspolitischen Interesse und Engagement unter anderem als Mitglied des Verfassungsrats für eine neue Kantonsverfassung des Kantons Basel-Stadt – denn auch zu seinen fachlichen Schwerpunkten entwickeln.

1985 promovierte der Jubilar *summa cum laude* mit einer Dissertation über den Schutz der Privatsphäre nach der Europäischen Konvention für Menschenrechte. Diese Arbeit fand weit über die Schweiz hinaus Beachtung und wurde mehrfach ausgezeichnet, war sie doch eine der ersten Analysen der frühen Rechtsprechung der damaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

Beflügelt durch diesen Erfolg widmete er sich nach dem zwischenzeitlichen Abschluss des Advokaturexamens in Basel seinen weiteren wissenschaftlichen Studien, indem er mit Unterstützung eines Nachwuchsstipendiums des Schweizerischen Nationalfonds seine Habilitationsschrift über den Rechtsschutz im völker- und landesrechtlichen Mehrebenensystem der internationalen Amts- und Rechtshilfe in Angriff nahm. Diese Studien führten ihn im Rahmen von Forschungsaufenthalten an das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br. (1988), an die University of California in Berkeley (1988–1989) sowie an das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg (1989–1990), wodurch er mit ganz verschiedenen Rechtskulturen in Kontakt kam. Sein Rechtsdenken wurde durch diesen Austausch wesentlich erweitert und massgeblich geprägt. Der dadurch gewonnene internationale Aus- und Überblick, der seiner positiven Lebenseinstellung, Offenheit und Neugierde entsprach, wurde seither zu seinem ständigen Begleiter.

Ein weiterer Forschungsaufenthalt am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne (1991) führte dann zu einer ebenfalls wichtigen Weichenstellung für sein weiteres Leben. Denn dort lernte er seine erste Ehefrau

Karolina Stransky kennen, mit der er eine Familie gründete, aus der die drei Kinder Jan, Basil und Thea hervorgingen.

1992 wurde dem Jubilar von der Universität Basel eine Assistenzprofessur für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht übertragen, die er bis 1998 inne hatte. Im selben Jahr wurde er vom Regierungsrat Basel-Stadt auch zum Stellvertreter des Präsidenten der Expropriationskommission ernannt und in einer Volkswahl zum ordentlichen nebenamtlichen Richter am Appellationsgericht Basel-Stadt gewählt. Diese beiden richterlichen Tätigkeiten übte er bis zu seiner Wahl an das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2007 aus.

1995 erfolgte die Habilitierung des Jubilars durch die Juristische Fakultät der Universität Basel und die Erteilung der *venia docendi* auf den Gebieten des öffentlichen Rechts sowie des Völker- und Europarechts. In der Folge wurden ihm 1996 eine Jean Monnet-Gastprofessur am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn und danach Lehraufträge am Europainstitut der Universität Basel, an der Universität St.Gallen, an der Universität Krakau sowie an mehreren chinesischen Universitäten erteilt.

In den Jahren von 1999 bis 2006 war er mit einem Pensum von 50% Wissenschaftlicher Adjunkt beim Bundesamt für Justiz. Dort wirkte er massgeblich an den Vorbereitungsarbeiten zu den Bilateralen II-Verträgen mit der EU mit, die der Schweiz unter anderem die Teilnahme am Schengen- und Dublin-Recht ermöglichte.

2001 erfolgte dann die Berufung des Jubilars zum Ordinarius für Europarecht an der Universität Basel mit einem Pensum von 50%. Diese Professur hatte er bis zu seiner Emeritierung im Sommer 2022 inne. Seit der Ablehnung eines Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum in einer Volksabstimmung im Jahr 1992 kam diesem Rechtsgebiet eine immer grösser werdende Bedeutung für die Schweiz zu. Der Jubilar hat diese Entwicklung in mehrfacher Weise begleitet. So hat er zum einen das Europarecht und das komplexe Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU in mehreren Lehrbüchern und zahlreichen Beiträgen fundiert und umsichtig ausgeleuchtet und mit klarer Sicht analysiert. Zum anderen hat er sich immer wieder am öffentlichen Diskurs beteiligt und auch eigene Vorschläge eingebracht, wie etwa in der Diskussion über ein institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU. Dabei hat er sich nie gescheut, eigenständige und konstruktive Positionen zu vertreten und gemeinhin übersehene Fragen in das Blickfeld der Öffentlichkeit zu rücken. Damit verfügt eine neue Generation von Juristinnen und Juristen über ein umfassendes europarechtliches Grundlagenwissen dank des von ihm mit aufgebauten Studienangebots im Europarecht. In seinen stets gut besuchten Lehrveranstaltungen und Seminaren war es ihm denn auch ein grundlegendes Anliegen, den Studierenden das Zusammenwirken von nationalem und internationalem Recht verständlich und praxisbezogen zu vermitteln sowie ihren Sinn für kritisches und differenziertes Denken zu entwickeln und zu stärken.

2007 wurde der Jubilar von der Bundesversammlung zum Richter am Bundesverwaltungsgericht mit einem Pensum von 50% ernannt. Diese Tätigkeit wird er mit dem ihm eigenen Elan noch bis Ende 2023 ausüben. In dieser Zeit hat sich der Jubilar von den in der Öffentlichkeit unbeachteten Sachverhalten einer Über-

prüfung von Berufsabschlüssen und Diplomanerkenntnissen bis hin zu den «Causés Célèbres» der national beachteten Finanzmarkt- und Kartellrechtsfälle immer mit grosser Sorgfalt und Leidenschaft für das richtige Urteil eingesetzt, um die dem Einzelfall gerecht werdende Lösung zu finden. Dabei war er immer bestrebt, im Rahmen von Instruktions- und Vergleichsverhandlungen einen pragmatischen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Parteien und Interessen zu erreichen. Unvergessen sind zum Beispiel im Landwirtschaftsrecht die erfolgreichen Abschlüsse von Vergleichen, mit denen rasche Veränderungen beim Pestizideinsatz anstelle von weiteren langjährigen Rechtsverfahren erreicht werden konnten. Die intensive Zusammenarbeit mit seinen Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern beruhte dabei auf einem gelebten Verhältnis des gegenseitigen Vertrauens und Respekts, das eine konstruktive, auf Augenhöhe und zuweilen mit viel Herzblut geführte Auseinandersetzung mit den zu lösenden, nicht selten präjudiziellen Rechtsfragen ermöglichte.

Mit Professur und Richteramt hat der Jubilar die höchsten Stufen von Theorie und Praxis erklommen. Seine jeweiligen Funktionen in Wissenschaft und Praxis standen in einem wechselseitigen und fruchtbaren Dialog, durch den mitunter wichtige Weiterentwicklungen der Rechtsprechung angestossen wurden. So wird in der Fachliteratur eine der von ihm instruierten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts im Kartellrecht sogar den Gerichten der EU als Vorbild für deren Rechtsprechung angedient.

Die Symbiose von Praxis und Wissenschaft zeigt sich nicht zuletzt im reichhaltigen Schrifttum des Jubilars. Dieses zeichnet sich nicht nur durch eine thematische Breite und dogmatische Tiefe, sondern insbesondere auch durch seinen praxis- und problemorientierten Ansatz aus. So behandeln seine Publikationen oft auch Fragen des Rechts- und Verfahrensschutzes der von nationalen oder internationalen Massnahmen betroffenen Menschen und Unternehmen.

Die ausgesprochene Freude, mit welcher der Jubilar seinen Tätigkeiten ein Leben lang nachgegangen ist, und die sich daraus ergebende Schaffenskraft lassen sich anhand einiger Aspekte aufzeigen. So hat er mit der von ihm initiierten Tagungsreihe zu Fragen des Schengener und Dubliner Rechts für Wissenschaft und Praxis ein Forum geschaffen, in welchem die Entwicklungen in diesen komplexen Bereichen kontrovers diskutiert und analysiert werden können. Mittlerweile liegen sechs Tagungsbände vor, die auch in zahlreichen Bibliotheken europäischer und internationaler Institutionen vorhanden sind. Und zusammen mit Bundesrichter Thomas Stadelmann hat er jüngst zwei viel beachtete internationale Tagungen über die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine unabhängige Justiz durchgeführt.

Und auch die Unterstützung und Förderung von zukünftigen und gestandenen Juristinnen und Juristen war ihm ein wichtiges Anliegen. So geht eine Vielzahl von wissenschaftlichen Publikationen auf seine Anregung und seinen Zuspruch zurück. Darüber hinaus hat er während vielen Jahren den Advokatenprüfungskommissionen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft angehört. In der Einsicht, dass die Ausbildung nicht vor Landesgrenzen Halt machen sollte, hat der Jubilar zudem die Zusammenarbeit mit Universitäten in Deutschland und Frankreich entscheidend vorangebracht. So führte er während 20 Jah-

ren gemeinsam mit den Universitäten Strassburg (Prof. Constance Grewe und Prof. Catherine Haguenu-Moizard) und Freiburg i.Br. (Prof. Thomas Würtenberger und Prof. Matthias Jestaedt) Eucor-Seminare durch und veranstaltete zusammen mit Prof. Matthias Herdegen (Universität Bonn), Prof. Stefan Oeter (Universität Hamburg) und Prof. Bernhard Ehrenzeller (Universität St.Gallen) zunächst in Sils-Maria, danach auf dem Arenenberg am Bodensee und schliesslich in Castelen bei Kaiseraugst alljährlich ein Doktorandenseminar, an dem oft auch der Schweizer Richter und Präsident des EGMR, Prof. Luzius Wildhaber, über die neuesten Entwicklungen in der Strassburger Rechtsprechung referierte. Zu erwähnen ist auch das gemeinsam mit Prof. Peter Uebersax während fast zwei Jahrzehnten durchgeführte Seminar zum Migrationsrecht. Zudem betreute er während vielen Jahren erfolgreich das Team der Universität Basel am EMRK-Moot Court in Strassburg. Legendär sind schliesslich seine über 30 Studienreisen nach Strassburg, Luxemburg und Brüssel, mit denen er den Studierenden die Institutionen der EU näher brachte.

Zu allen Zeiten und in allen Funktionen offenbarte sich aber die wichtigste und prägendste Eigenschaft des Jubilars, die mit Fug und Recht als seine eigentliche Berufung bezeichnet werden kann: Stephan Breitenmoser ist ein Menschenfreund, der allen, die danach verlangen, aufrichtig mit Rat und Tat zur Seite steht. Sichtbarer Beleg hierfür waren etwa die Warteschlangen bei seinen wöchentlichen Sprechstunden an der Universität, in denen die Studierenden alleweil ein offenes Ohr und praktische Entscheidungshilfen bei Fragen des Studiums, des Berufseinstiegs und der Karriereplanung vorfanden. Und auch sein Umgang mit Kollegen und Mitarbeitern an Universität und Gericht war jederzeit von Respekt und Einfühlsamkeit geprägt. Er ist bekannt für seine vermittelnden und ausgleichenden Bemühungen, allfällig auftretende Probleme jeglicher Art zur Zufriedenheit aller Beteiligten pragmatisch aufzulösen.

Sinnbild für seine humanistische Grundhaltung ist auch sein während vieler Jahre als Vertreter der Juristischen Fakultät in der universitären Stipendienkommission ausgeübtes grosses Engagement für finanziell schwächer gestellte Studierende.

Letztlich sind diese Eigenschaften wohl auch einer der Hauptgründe dafür, dass sich eine solch grosse Anzahl an Personen, die den Jubilar auf dessen Berufs- und Lebensweg ein kürzeres oder längeres Stück begleiten konnten, für das vorliegende Werk engagiert haben, und den Unterzeichnern die Ehre zukommt, dieses herausgeben zu dürfen. Allen Autorinnen und Autoren sei deshalb für die Abfassung ihrer fachlich fundierten und mitunter auch originellen persönlichen Beiträge zur Festschrift gedankt. Denn ohne ihre Mitwirkung wäre das Erscheinen dieses Werks nicht möglich gewesen.

Ein herzlicher Dank gilt dabei auch Frau MLaw Stephanie Giese vom Helbing Lichtenhahn Verlag für ihre professionelle und konstruktive Zusammenarbeit bei der Erstellung der Festschrift. Mit viel Um- und Nachsicht hat sie die rollierende Planung des Werks auf Seiten der Herausgeber souverän bis zur tatsächlichen Auslieferung der gedruckten Bücher umgesetzt.

Unser ganz besonderer Dank gilt Frau Martine Conus, langjährige und verschwiegene «Perle» am Lehrstuhl des Jubilars, für ihre umsichtige, kompetente

und engagierte Betreuung aller anfallenden, sehr umfangreichen administrativen Arbeiten von Anbeginn bis zum Abschluss der Festschrift. Ihr ist es in herausragender Weise gelungen, die Herausforderungen der Koordinierung einer Hundertschaft von Autoren und von drei Herausgebern erfolgreich zu meistern.

Schliesslich wurde die Herausgabe dieser Festschrift erst durch die grosszügigen finanziellen Zuwendungen verschiedener Förderer ermöglicht. Es sind dies die Pro Iure-Alumni-Vereinigung der Juristischen Fakultät, der Emil Dreyfus-Fonds II, die Stiftung für Schweizerische Rechtspflege, die Berta Hess-Cohn-Stiftung, die Stiftung zur Förderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Forschung an der Universität Basel, der Swisslos-Fonds des Kantons Basel-Landschaft, der Basler Juristenverein sowie die Anwaltskanzleien Böckli Bühler Partner, Basel, LEXPARTNERS, Muttenz, und Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte. Ihnen allen sei unser aufrichtiger Dank für das äusserst geschätzte Engagement nachdrücklich versichert.

Wir wünschen unserem früheren Lehrer und heutigen Freund Stephan Breitenmoser und seiner Ehefrau Marianne für die Zukunft alles erdenklich Gute, beste Gesundheit und noch viele gemeinsame glückliche Stunden im Kreise ihrer Familie und Freunde.

Claudia Seitz

Ralf Michael Straub

Robert Weyeneth

Normenkonkurrenz in der kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle

David Roth

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorwort	705
II.	Ausgangslage	705
	1. Entwicklungen	705
	2. (Erweiterte) Zweigliedrigkeit	708
III.	Auslegung	711
	1. Konkurrenzbedingungen	711
	2. Abredeelement	711
	3. Missbrauchselement	714
IV.	Auswirkungen	717

I. Vorwort

Stephan Breitenmoser hat akademischen Werdegang, anwaltliche Praxis und richterliche Laufbahn beispielhaft vereint. Hiervon zeugt auch der beachtenswerte Einfluss des Jubilars auf die jüngere Rechtsprechung zum schweizerischen Kartellrecht. Es ist deshalb zu hoffen, dass der vorliegende Beitrag sein geschätztes Interesse findet. Gegenstand bilden die sowohl dogmatisch herausfordernden also auch praktisch bedeutsamen Unschärfen der Normenkonkurrenz von Art. 5 und 7 des Kartellgesetzes (KG). Dabei legt der Verfasser selbstredend seine persönliche Auffassung dar.

II. Ausgangslage

1. Entwicklungen

Kernthema der Wettbewerbsregulierung ist der Umgang mit unternehmerischer Marktmacht.¹ Moderne Gesetzgebungen – so auch das schweizerische Kartellgesetz von 1995 – regeln insbesondere die Kooperation zwecks Ausübung von Marktmacht («Wettbewerbsabreden») sowie die Ausübung qualifizierter Markt-

¹ Marktmacht bezeichnet die Fähigkeit von Unternehmen, über einen gewissen Zeitraum gewinnbringend den Angebotspreis über dem Wettbewerbsniveau oder die Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt bzw. Innovation unter dem Wettbewerbsniveau zu halten; siehe KOMMISSION, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV über horizontale Zusammenarbeit, 2011/C 11/01, Rz. 39; LANDES WILLIAM M./POSNER RICHARD A., Market Power in Antitrust Cases, 94 Harv. L. Rev. 1981, 937, 939; grundlegend zum Zeitraum: SCHMALENSEE RICHARD, Another Look at Market Power, 95 Harv. L. Rev. 1982, 1789.

macht («Marktbeherrschung»; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 f. KG).² Sie untersagen entsprechendes Verhalten, wenn es den (Rest-)Wettbewerb zumindest erheblich zu beeinträchtigen vermag (Art. 5 und 7 KG).³

Die beiden Tatbestände sind historisch gewachsen. Das US-amerikanische Antitrustrecht kodifizierte in Section 1 f. des Sherman Act bereits Ende des vorletzten Jahrhunderts zwei Konzepte des Common Law (restraint of trade und monopolization) von zuvor beschränkter Bedeutung, deren modernrechtlicher Gehalt sich erst in der Folge herausdestillierte.⁴ Das EU-Wettbewerbsrecht hingegen hat seine Wurzeln im Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl von 1951 (EGKS). Art. 65 EGKS verbot wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen; Art. 66 EGKS regelte in §§ 1 bis 6 Zusammenschlüsse. Gemäss § 7 von Art. 66 EGKS konnten zwecks Verhinderung von Missbräuchen Empfehlungen an marktbeherrschende Unternehmen gerichtet werden; bei Nichtbefolgung war die Festlegung von Preisen und Verkaufsbedingungen sowie von Fabrikations- und Lieferprogrammen vorgesehen. Anlässlich der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahr 1957 entfielen zwar vorerst ausdrückliche Bestimmungen über die Zusammenschlusskontrolle.⁵ Noch bedeutender als der Einfluss des US-amerikanischen Antitrustrechts waren im Gesetzgebungsprozess aber (weiterhin) die Leh-

- 2 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468, 547f.; Marktbeherrschung kann als Zustand verstanden werden, «where a firm has a large degree of market power, which allows it to charge prices which are «close enough» to that a monopolist would charge», siehe Motta Massimo, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge 2004, 41; zum Ganzen Peeperkorn Luc/Verouden Vincent, *The Economics of Competition*, in: Faull Jonathan/Nikpay Ali (Hrsg.), *The EU Law of Competition*, 3. Aufl., New York 2014, 3ff., 56ff.; während die Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung an sich noch nicht missbräuchlich i.S.v. Art. 7 KG bzw. Art. 102 AEUV ist, kann eine monopolähnliche Stellung gemäss Section 2 des US-amerikanischen Sherman Act bereits (behinderungs-)missbräuchlich erlangt werden («monopolization»); zum Missbrauch einer relativ marktbeherrschenden Stellung siehe II.2. hiernach bei FN 21; die Zusammenschlusskontrolle wird schliesslich gemeinhin als «dritte Säule» des Kartellrechts bezeichnet.
- 3 Siehe nur BGE 143 II 297, E. 5, betreffend Verbotsprinzip, Erheblichkeitsschwelle und Schutz des potenziellen Wettbewerbs; im Rahmen von Art. 7 KG induziert der Missbräuchlichkeitsnachweis die erhebliche Wettbewerbsbeschränkung auf dem bereits «geschwächten» Markt, vgl. EuGH, Post Danmark A/S/Konkurrenzerädet, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Rz. 72f.
- 4 Siehe Gerber David, *Global Competition*, New York 2010, 123f. m.H.
- 5 Erst im Jahr 1989 wurde die erste EG-Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89 erlassen; gleichwohl war im Grundsatz anerkannt, dass auch Art. 85f. EWGV auf Zusammenschlüsse anwendbar waren, siehe Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, *Le problème de la concentration dans le marché commun*, Brüssel 1966, 21 ff.; EuGH, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc./EU-Kommission*, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Rz. 18ff.; der U.S. Supreme Court erklärte Section 1 des Sherman Act ebenfalls bereits vor Einführung des Clayton Act von 1914 auf Zusammenschlüsse anwendbar, siehe *Northern Securities Co. vs. United States*, 193 U.S. 197, 24 S. Ct. 436, 48 L. Ed. 679 (1904), entschied dann allerdings, dass Eingreifkriterium (erst) die nachweisliche Erlangung von «monopoly power» (i.S. des Section 2 des Sherman Act) sei, siehe *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911).

ren der Freiburger Schule, welche dem Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht eine eigene Prägung gaben.⁶ Art. 85f. des Vertrags über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) entsprachen bereits sehr weitgehend den heute geltenden Art. 101f. des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Hans von der Groeben, damaliger Vorsitzender des Ausschusses «Gemeinsamer Markt», hielt 1956 anlässlich der zweiten Lesung der Wettbewerbsregeln fest:

«Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist nach einheitlichen Grundsätzen zu behandeln, ohne dass es darauf ankommt, ob sich diese Stellung aus dem Umfang der Produktion eines Unternehmens ergibt oder durch eine Kartellabsprache mehrerer Unternehmen geschaffen worden ist. Zwischen Kartellen und Monopolen bestehen indessen Unterschiede des Tatbestands, denen bei der Abfassung der für sie geltenden Regeln Rechnung getragen werden muss. So haben z.B. Kartelle die Eigenschaft, den Wettbewerb zu behindern oder zu unterbinden, und sind wegen dieser Wirkung, in dem Ausmasse, in dem sie eintritt oder angestrebt wird, zu verbieten, während bei Monopolen ein Wettbewerb, der beeinträchtigt oder ausgeschaltet werden könnte, um so [sic] weniger besteht, je vollständiger das in Frage stehende Monopol ist. Bei Monopolen wird daher nicht die Behinderung des Wettbewerbs, sondern nur der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung verboten werden können. [...]»⁷

Art. 2f. des schweizerischen Kartellgesetzes von 1962 wiederum – wie das zweite Kartellgesetz von 1985 noch dem «möglichen» Wettbewerb verpflichtet – enthielt Vorschriften betreffend Kartelle, Preisbindungen der zweiten Hand sowie kartellähnliche Organisationen. Letztere bezeichneten Unternehmen, welche den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beherrschen oder massgeblich beeinflussen. Der Gesetzgeber des geltenden Kartellgesetz von 1995 entschied sich hingegen für eine Orientierung am Konzept des «wirksamen» Wettbewerbs. In jüngerer Zeit klärte das Bundesgericht zudem die Bedeutung des EU-Wettbewerbsrechts für die Auslegung seiner materiellen Vorschriften. Danach stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 AEUV in Bezug auf die Begriffe der Vereinbarungen und der abgestimmten Verhaltensweisen überein, weshalb bei der Auslegung auch die Rechtsprechung und Literatur dazu berücksichtigt werden kann.⁸ Weiter gilt für vertikale Abrede-Kernbeschränkungen (Art. 5 Abs. 4 KG) eine «materiell identische Regelung» mit dem EU-Wettbewerbsrecht. Sodann besteht zwischen Abs. 4 und Abs. 3 (harte Kartellabreden) von Art. 5 KG «kein kategorialer Unterschied»⁹; Kohärenzüberlegungen sprechen denn auch bei der Auslegung

6 Weiterführend nur GERBER DAVID, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe*, New York 1998, 335 ff.

7 Aufzeichnung über die Wettbewerbsregeln im Vertrag über den gemeinsamen europäischen Markt, 20.10.1956, in: Schulze Reiner/Hoeren Thomas (Hrsg.), *Dokumente zum Europäischen Recht*, Berlin/Heidelberg 2000, 184 ff., 187.

8 BGE 147 II 72, E. 3.1.

9 BGE 143 II 297, E. 6.2.3 und 9.4.5; 144 II 198, E. 4.3.1, je m.H.

von Art. 5 Abs. 3 KG für eine Orientierung am Gebot der materiellen Identität.¹⁰ Im Übrigen bedingt materielle Identität, dass ein Verhalten nach Art. 5 Abs. 3 f. i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG zugleich als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 101 Abs. 1 AEUV qualifiziert. Die Begründung ist darin zu ersehen, dass die Rechtsfolgen mit Blick auf die weitere Verhaltensbeurteilung korrespondieren: Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen sind unbeachtlich ihrer Auswirkungen spürbar¹¹ und mangels Rechtfertigung verboten (Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV); ebenso sind Abreden nach Art. 5 Abs. 3 f. KG – selbst bei umgestossener Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung – grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands (d.h. unbeachtlich ihrer Auswirkungen) erheblich und mangels Rechtfertigung unzulässig (Art. 5 Abs. 1 f. KG). Die Bestimmungen sind zudem gleichsam sanktionsbewehrt (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 23 Abs. 2 lit. a der Verordnung [EG] Nr. 1/2003). Auch Art. 7 KG ist sodann im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt, weshalb für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden kann. Bei gleichen Sachlagen kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen.¹²

2. (Erweiterte) Zweigliedrigkeit

Die Zweigliedrigkeit von Abrede- und Missbrauchskontrolle erscheint ungeachtet dieser internationalen Entwicklungen nicht an sich zwingend. Es wäre durchaus vorstellbar, «beides» anhand lediglich einer Norm – ggf. mit konsolidiertem Beispielkatalog zwecks hinreichender Bestimmtheit¹³ – zu erfassen. Die vorzitierten «Unterschiede des Tatbestands» schwinden, wenn man sich vor Augen führt, dass letztlich jedes (non-)kooperative Verhalten im Grunde danach zu beurteilen ist, ob die einhergehende Wettbewerbsbeschränkung bzw. die Veränderung im Marktmarktgefüge zulässig ist.¹⁴ So ist denn im Grundsatz auch breit

10 Ebenso HEINEMANN ANDREAS, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018, 101 ff., 109, 112; grundlegend DERS., Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (Hrsg.), Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht, Bern 2016, 7 ff.; zu beobachten bleibt die Umsetzung der Motion 18.4282 Français.

11 EuGH, Expedia Inc./Autorité de la concurrence u.a., Urt. v. 13.12.2012, Rs. C-226/11, Rz. 35 ff.

12 BGE 146 II 217, E. 4.3 m.H.

13 Zum Bestimmtheitserfordernis siehe BGE 146 II 217, E. 8.3; zur bereits heute wörtlich gleichlautenden Formulierung wesentlicher Teile der gesetzlichen Tatbestände: SCHRÖTER HELMUTH/BARTL ULRICH, in: von der Groeben Hans/Hatje Armin/Schwarze Jürgen (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 102 AEUV N 34; EILMANSBERGER THOMAS/KRUIS TOBIAS, in: Streinz Rudolf (Hrsg.), Kurzkommentar EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 102 AEUV N 4.

14 Vgl. BACKER JONATHAN B./BRESNAHAN TIMOTHY F., Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power, in: Buccirosi Paolo (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge/London 2008, 1 ff., 15; augenscheinlich hatten die Gründungsväter des EWGV primär beständige (staatliche sowie Quasi-)Monopolstellungen vor Augen, vgl. FOX ELEANOR M., What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect, Antitrust L.J. Vol. 70 (2002), 371, 393; jedenfalls ist eine «elementar andersartige Struktur» von Abrede- und Missbrauchskontrolle m.E. nicht in der Unterscheidung von «gerichtete-

anerkannt, dass Abrede- und Missbrauchskontrolle komplementär sind und «das gleiche Ziel» verfolgen.¹⁵

Vertiefte Überlegungen hierzu würden den Rahmen dieses Beitrags freilich sprengen. Die besagte Unterteilung könnte allerdings eine fragmentarische Überprüfung der Marktmachtausübung bzw. ein under-enforcement zur Folge haben.¹⁶ Art. 5 und 7 KG sowie Art. 101 f. AEUV werden gemeinhin danach kategorisiert, dass Art. 5 KG und Art. 101 AEUV zwei- bzw. mehrseitige Wettbewerbsbeschränkungen betreffen, während Regulationsgegenstand der Art. 7 KG und Art. 102 AEUV einseitiges Verhalten ist.¹⁷ Art. 7 KG auferlegte bis anhin bloss marktbeherrschenden Unternehmen eine «besondere Verantwortung» für ihr Marktverhalten.¹⁸ Insoweit ist die einseitige Ausübung unqualifizierter Marktmacht (unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle) der skizzierten Konzeption nach keiner Kontrolle unterworfen. Ein kartellrechtlicher Eingriff soll erst erfolgen, wenn «der Wettbewerb in so hohem Masse funktionsunfähig [ist], dass die Neutralisierung wirtschaftlicher Macht nicht mehr dem Markt überlassen werden kann, sondern zur Aufgabe des Rechts wird»¹⁹. Gesetzgeberische Bemühun-

ter Marktmacht» (Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG) vs. «(ungerichtete[r]) qualifizierte[r] ökonomische[r] Macht» (Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG) zu ersehen, zumal es noch keine «deutlich verschiedenartige Qualität von Marktmacht» begründet, wenn das fragliche Verhalten nun einen oder mehrere Wettbewerbsparameter betrifft; eher ist damit ein quantitatives Element angesprochen; so aber AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022, Art. 7 KG N 67 m.H.

- 15 EuGH, *Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc./EU-Kommission*, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Rz. 25, wonach dieses Ziel «der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs» «auf verschiedenen Ebenen» angestrebt wird; EILMANSBERGER THOMAS/BIEN FLORIAN, in: Säcker Franz Jürgen/Bien Florian/Meier-Beck Peter/Montag Frank (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Bd. 1, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., München 2020, Art. 102 AEUV N 24f. m.V.
- 16 Mit Blick auf Abrede-Kernbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3f. KG ist die Annahme einer «grundsätzlichen» Erheblichkeit (siehe hiervor im Text) im Übrigen gerechtfertigt, zumal solche Kooperationen bloss sinnvoll sind bzw. eingegangen werden, wenn Marktmacht auch tatsächlich ausgeübt werden kann, vgl. PEEPERKORN LUC, *Defining «by object» restrictions*, *Concurrences* N°3-2015, 40ff., 42 m.H.; der Gefahr eines over-enforcement kann (neben dem von der Wettbewerbskommission in Verwaltungsverfahren ausübenden Aufgreifermassen) dadurch vorgebeugt werden, dass die Möglichkeit zur Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG eingeräumt wird; darüber hinaus wird Abrede-Kernbeschränkungen eine «soziale Schädlichkeit» attestiert (vgl. BGE 143 II 297, E. 5.4.2).
- 17 Siehe nur ZIRLICK BEAT/BANGERTER SIMON, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), *KG Kommentar*, Zürich/St.Gallen 2018, Art. 5 KG N 22; vgl. PASCHKE MARIAN, in: Säcker Franz Jürgen/Bien Florian/Meier-Beck Peter/Montag Frank (Hrsg.), *Münchener Kommentar Wettbewerbsrecht*, Bd. 1, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., München 2020, Art. 101 AEUV N 111.
- 18 Siehe etwa BGE 139 I 72, E. 10.1.1; für Art. 102 AEUV gilt dies unverändert; abweichend seit jeher das US-amerikanische Recht, siehe bereits FN 2 hiervor.
- 19 Vgl. MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, *Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 1959, 8; die bereits anlässlich der Kartellgesetzrevision von 2003 erfolgte Ergänzung in Art. 4 Abs. 2 KG, wonach es sich bei «ändern Marktteilnehmern» um Mitbewerber, Anbieter oder Nachfrager handelt, blieb weitgehend wirkungslos, auch zumal unklar blieb, ob damit tatsächlich eine relative Marktmachtkontrolle eingeführt werden sollte.

gen der jüngeren Zeit zeugen denn auch von einem gewissen Bedürfnis nach «Lückenfüllung»: Mit dem Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Digital Markets Act, DMA) beabsichtigt die Europäische Kommission inter alia, über Unternehmen mit konglomerater Marktmacht bereits vor Erreichen der jeweiligen marktspezifischen Beherrschungsschwellen Kontrolle ausüben zu können.²⁰ In der Schweiz ist es Unternehmen seit Anfang 2022 überdies untersagt, ihre Stellung zu missbrauchen, wenn andere Unternehmen «beim Angebot oder bei der Nachfrage in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen» (relative Marktmacht; Art. 7 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG).²¹

Derweil wird Marktmacht vielfach in vertraglichen Beziehungen ausgeübt. Zudem handelt es sich bei Art. 5 und 7 KG sowie Art. 101 f. AEUV – auch mit Blick auf die Abgrenzung ein- und mehrseitigen Verhaltens – um «offene» Tatbestände.²² Seit jeher bedienen sich die Behörden denn auch einer weitreichenden Abredekontrolle. Dies steigert indessen das Normenkonfliktpotenzial der zweigliedrigen Verhaltenskontrolle, welches sich durch neue Bestimmungen wie jene zur relativen Marktmacht notabene weiter akzentuiert: Kann ein fragliches Verhalten nämlich – auch ohne Beteiligung eines marktbeherrschenden bzw. relativ marktmächtigen Unternehmens – unter Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden, so wird es unter Umständen gleichzeitig von Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 bzw. Abs. 2^{bis} KG erfasst, wenn ein marktbeherrschendes bzw. relativ marktmächtiges Unternehmen beteiligt ist. Darüber hinaus betrifft der Missbrauchstatbestand auch kollektiv beherrschende Stellungen, sodass kooperative Verhaltensweisen möglicherweise sowohl unzulässige Abreden als auch (kollektive) Marktbeherrschungsmissbräuche darstellen.²³ Selbstredend können sodann – allerdings wird dies

20 Vgl. auch den mit der 10. Novelle des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) neu eingeführten § 19a, wonach «Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb» bestimmte Verhaltensweisen nun ebenfalls vorbeugend untersagt werden kann.

21 Weiterführend Merkblatt und Formular des Sekretariats der Wettbewerbskommission: Relative Marktmacht vom 6.12.2021; dagegen stand eine Regulierung «überlegener» Marktmacht i.S.v. § 20 Abs. 3f. GWB – welche sich gegen die unbillige Behinderung von Wettbewerbern richten – soweit ersichtlich nicht zur Debatte; namentlich der neue § 20 Abs. 3a GWB verdient m.E. besondere Beobachtung, welcher ein Marktkippen bei starken Netzwerkeffekten bereits vor Erreichen der Marktbeherrschungsschwelle zu verhindern sucht; allgemein zur Notwendigkeit der Regulierung digitaler Märkte aus schweizerischer Sicht: HEINEMANN ANDREAS/MEIER GIULIA MARA, Der Digital Markets Act (DMA): Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft, EuZ 2021, 86 ff., 101.

22 Bezüglich der Missbrauchskontrolle vgl. AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022, Art. 7 KG N 22, wonach sich Art. 7 Abs. 1 KG darauf beschränke, einen «konkretisierungsbedürftigen Rechtsgedanken zu benennen», m.H.; entsprechend zu Art. 102 AEUV: FUCHS ANDREAS, in: Körber Torsten/Schweitzer Heike/Zimmer Daniel (Hrsg.), Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl., München 2019, Art. 102 AEUV N 2.

23 Weiterführend III.2. f. hiernach; Art. 4 Abs. 2^{bis} KG erfasst zumindest nach seinem Wortlaut bloss die relative Einzelmarktmacht.

nachfolgend nicht weiter vertieft – relativ marktmächtige Unternehmen ebenfalls (allein oder mit weiteren Unternehmen kollektiv) marktbeherrschend sein. In all diesen Fällen sind die Konkurrenzfolgen zu klären, und es stellen sich bei selektiver Anwendung (trotz kumulativer Anwendbarkeit) Kohärenzfragen.²⁴

III. Auslegung

1. Konkurrenzbedingungen

Normenkonkurrenz bezeichnet eine Situation, in welcher mehrere (Rechts-)Normen auf einen Sachverhalt anwendbar sind.²⁵ In Abwesenheit einer ausdrücklichen Regelung ist die Anwendbarkeit durch Auslegung der Normen zu bestimmen. Eine Konkurrenzsituation liegt immer (nur) dann vor, wenn die gegenständliche Ausübung von Marktmacht sowohl von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG als auch von Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 bzw. Art. 2^{bis} KG erfasst wird.²⁶ Dies bedingt eine unzulässige horizontale oder vertikale Abrede zwischen neben- oder vor- bzw. nachgelagerten Unternehmen,²⁷ welche zumindest teilweise relativ marktmächtig oder (kollektiv) marktbeherrschend sind, mit behinderndem oder ausbeuterischem Charakter gegenüber (aktuellen oder potenziellen) Konkurrenten oder Handelspartnern.²⁸ Das – hiernach zu erörternde – dogmatische Manko der zweigliedrigen Verhaltenskontrolle erfährt dabei immerhin in tatsächlicher Hinsicht eine gewisse Milderung: Bei Handlungsmehrheit kann ggf. um einiges leichter auf mehrere Verstösse geschlossen werden. Es ist folglich jeweils zu erwägen, ob wirklich dieselbe Handlung zur Anwendung der Abrede- und Missbrauchskontrolle führt oder nicht vielmehr eigenständige ein- und mehrseitige Handlungen vorliegen.

2. Abredeelement

Die kartellrechtliche Abredequalität der vertikalen Ausübung von Marktmacht wird oftmals im Zusammenhang mit Vertriebsbeziehungen thematisiert. Nach der Rechtsprechung begründen auch «scheinbar einseitige Massnahmen» Vereinbarungen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG, wenn die Gegenpartei der Aufforderung – zumindest stillschweigend – zustimmt.²⁹ Der Europäische Gerichtshof hielt fest, dass hierfür eine blosser Kenntnis der Aufforderung nicht genügt sowie eine «Vereinbarung nicht durch etwas begründet werden kann, was nur Ausdruck der ein-

24 Weiterführend IV. hiernach.

25 Siehe TSCHENTSCHER AXEL, Grundprinzipien des Rechts, Bern 2003, 121.

26 Die gleichzeitige Erfassung von Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 2^{bis} KG, d.h. Konstellationen, in welchen ein relativ marktmächtiges Unternehmen zugleich (allein oder mit weiteren Beteiligten kollektiv) marktbeherrschend ist, bleibt nachfolgend wie erwähnt ausgeklammert.

27 Weiterführend III.2. hiernach.

28 Weiterführend III.3. hiernach.

29 REINERT MANI, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022, Art. 4 Abs. 1 KG N 199; BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Zürich/St.Gallen 2018, Art. 4 Abs. 1 KG N 77; vgl. ZIMMER DANIEL, in: Körber Torsten/Schweitzer Heike/Zimmer Daniel (Hrsg.), Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl., München 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV N 73; siehe auch PASCHKE, a.a.O., Art. 101 AEUV N 111.

seitigen Politik einer der Vertragsparteien ist, die ohne Unterstützung durch die andere durchgeführt werden kann». ³⁰ Eine Vereinbarung bedingt hingegen keine übereinstimmenden (ökonomischen) Interessen und kann gar zustande kommen, wenn die Zustimmung unter Druck («contre coeur») geschieht. ³¹ Auch (Preis-) Empfehlungen können den Abredebegriff von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen, wovon zuletzt das Verfahren Hors-Liste Medikamente prominentes Zeugnis ablegte. ³²

Freilich stellen sich keine Konkurrenzfragen, wenn die Ausübung unqualifizierter Marktmacht in Grenzfällen von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird. Allerdings offenbart es einen Aspekt des Spannungsfelds zwischen der Effektivität des Wettbewerbsschutzes und dem Legalitätsprinzip bei der zweigliedrigen Marktmachtkontrolle: Die Demarkationslinie zwischen ein- und mehrseitigem Verhalten entscheidet über den Umfang der Kontrolllücke, welche diesem Ansatz inhärent ist. ³³

Eine kooperative Marktmachtausübung schliesst nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die Missbrauchskontrolle gleichwohl nicht aus. ³⁴ Demzufolge können sich Marktbeherrscher – und Gleiches muss für relativ marktmächtige Unternehmen gelten – in unzulässigen Abredekonstellationen unisono unzulässig i.S.v. Art. 7 KG verhalten. Zur Begründung wird jeweils (sinngemäss) ausgeführt, Abrede- und Missbrauchskontrolle seien komplementär und hätten unterschiedliche Voraussetzungen sowie Rechtsfolgen. ³⁵ Auch mit Bezug auf die

30 EuGH, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV und EU-Kommission/Bayer AG, Urt. v. 6.1.2004, Rs. C-2/01 P und C-3/01 P, Rz. 101.

31 BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 KG N 78; vgl. ROUSSEVA EKATERINA, Rethinking exclusionary abuses in EU competition law, Oxford/Portland 2010, 434ff. m.H.; weiterführend III.3. hiernach bei FN 63f.

32 Siehe schliesslich BGE 147 II 72; zum Ganzen: SCHWINN HANNES, Einseitige Massnahmen in Abgrenzung zum Europäischen Kartellverbot, Baden-Baden 2007.

33 Siehe II.2. hiervor; vgl. die Diskussion über die Notwendigkeit, stillschweigende Kollusion in der digitalen Ökonomie mit dem Abredebegriff zu erfassen: HEINEMANN ANDREAS, Algorithmenbasierte Kartelle, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (Hrsg.), 10. Freiburger Tagung zum Wettbewerbsrecht – Verfahrensrecht, staatliche Wirtschaftstätigkeit und algorithmenbasierte Kartelle, Bern 2019, 53ff.

34 Ebenso wenig vermag eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG ein Verhalten im Übrigen gegenüber Art. 7 KG zu immunisieren, siehe AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., Art. 7 KG N 15 m.V.; vgl. EuGH, Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Urt. v. 11.4.1989, Rs. 66/86, Rz. 37; in der Bedeutung unklar EuGH, CEAHR/EU-Kommission, 23.10.2017, T-712/14, Rz. 96, wonach die Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV «ein Indiz ist, mit dem sich, zusammen mit anderen Faktoren, nachweisen lässt, dass es wenig wahrscheinlich ist, dass [das Verhalten] i.S. der Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs bewirk[t]».

35 AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., Art. 7 KG N 14; ZIRLICK/BANGERTER, a.a.O., Art. 5 KG N 25; STÄUBLE LUCA/SCHRANER FELIX, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Zürich/St.Gallen 2018, Art. 7 KG N 2; vgl. FUCHS, a.a.O., Art. 102 AEUV N 26, wonach Marktbeherrschern, die im Kartell missbräuchliche Preise erzwingen, über die Abredekontrolle nur die Kartellvereinbarung als solche untersagt werden kann, während die einzelnen späteren Folgeverträge vom Kartellverbot nicht erfasst werden; erst über die Missbrauchskontrolle kann dagegen das eigentliche preismissbräuchliche Verhalten sanktioniert werden; EILMANSBERGER/BIEN, a.a.O. Art. 102 AEUV N 27, je m.V.

kumulative Verfolgung eines kollektiven Marktmachtmissbrauchs im Besonderen finden sich bezeichnenderweise nochmals praktische Überlegungen hinsichtlich des «Mehrerts» sowie der «wirksameren Abstellungsmassnahmen» bei einer kumulativen Anwendung, welche aber oftmals als «geringer» bzw. unbedeutend (neben der Abredekontrolle) taxiert werden.³⁶ Bei näherer Betrachtung kommen Zweifel auf, ob diese Argumente genügen: Komplementarität bedingt abweichende Normen, und abweichende Normen können sich nichtsdestotrotz ausschliessen bzw. keine Schnittmenge aufweisen. Die Annahme einer gleichzeitigen Ein- und Mehrseitigkeit rechtfertigt mithin bloss, dass andernfalls situativ geeignete Abhilfemassnahmen fehlen würden. Es bleibt ein Unbehagen, ob damit der *effet utile* (Effektivitätsgrundsatz) nicht überstrapaziert wird.³⁷

Gleichwohl ist zutreffend und im Ausgangspunkt wohl unstrittig, dass einzelmarktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen auch an Abreden teilnehmen können. Kollektiv beherrschende Stellungen sind demgegenüber nach der jüngeren Lehre in der Schweiz auf Fallkonstellationen beschränkt, in welchen «[d]ie Kollusion der Unternehmen [...] nicht die Dimension einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG [erreicht]».³⁸ Es erschliesst sich allerdings nicht, weshalb Einzel- und kollektive Marktbeherrschung verschieden behandelt werden sollten. Für das Bestehen einer kollektiven Marktbeherrschung ist nicht «begriffswesentlich, dass sich die kollektiv beherrschenden Unternehmen ohne Abrede kollusiv verhalten und hierdurch die Preise über das [Wettbewerbsniveau] anheben können».³⁹ Wenn selbst stillschweigende Kollusion eine kollektiv beherrschende Stellung begründen kann,⁴⁰ muss dies umso mehr für Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten: Einzel- wie kollektive Marktbeherrschung sind «trotz» Abrede möglich. Auch im Unionsrecht ist anerkannt, dass eine kollektiv beherrschende Stellung sich aus den «Bindungen oder verbindenden Faktoren» zwischen den Unternehmen ergibt, zu welchen u.a. Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (d.h. Abreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG) zäh-

36 Vgl. EILMANSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N 220f. und 223ff. m.H.

37 Vgl. etwa das Plädoyer für eine Spezialität der Abredekontrolle bei KULKA MICHAEL, Das Verhältnis von Art. 85 und 86 EWG-Vertrag, in: Löwisch Manfred et al. (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, FS Rittner zum 70. Geburtstag, München 1991, 343 ff., 362 ff.

38 STÄUBLE/SCHRANER, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG N 321 ff. m.V.; siehe auch REINERT MANI/WÄLCHLI BARBARA, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022, Art. 4 Abs. 2 KG N 400 und N 459d; zutreffend hingegen BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 4 KG N 21; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., Art. 7 KG N 14; HOFFET FRANZ, in: Homburger Eric et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 5 KG N 137.

39 So aber REINERT/WÄLCHLI, a.a.O., m.V. auf den ökonomischen Kollusionsbegriff sowie Bedenken, dass ansonsten bei jedem Kartell mit einer grossen Marktabdeckung die Mitglieder des Kartells kollektiv beherrschend wären; zutreffend in dieser Hinsicht hingegen WEKO, KTB-Werke, Verfügung v. 10.12.2018, Nr. 22-0477, Rz. 888 ff.; zur Missbräuchlichkeit einer Abrede, mit welcher die kollektive beherrschende Stellung sowohl hergestellt als auch gleichzeitig missbraucht wird, siehe sogleich III.3. hiernach.

40 Siehe FN 44 hiernach.

len können.⁴¹ Führt man sich die vorzitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Parallelität von Art. 7 KG und Art. 102 AEUV nochmals vor Augen,⁴² sind die besagten Lehrmeinungen erst recht in Revision zu ziehen.

3. Missbrauchselement

Marktmächtige Stellungen sind an sich nicht unzulässig, und Abreden unter Beteiligung relativ marktmächtiger oder marktbeherrschender Unternehmen sind mitnichten stets missbräuchlich i.S.v. Art. 7 KG.⁴³ Es ist indessen ein Mangel an abstrakten Kriterien zu konstatieren, wann auf eine missbräuchliche Teilnahme an einer unzulässigen Abrede zu schliessen ist bzw. Art. 5 und 7 KG kumulativ anzuwenden sind.⁴⁴ In dieser Hinsicht vernebelt auch die – soweit ersichtlich insbesondere in der deutschsprachigen Doktrin bemühte – Terminologie der strafrechtlichen Konkurrenzlehre ein Stück weit den Blick aufs Wesentliche. Danach besteht zwischen Art. 5 und 7 KG «Idealkonkurrenz»,⁴⁵ ohne dass die tatbestandsmässigen Voraussetzungen für eine simultane Anwendung der Missbrauchskontrolle (als vorgeschaltene Konkurrenzbedingung⁴⁶) hinlänglich geklärt würden.

«[D]as jeweilige Analyseraster und die entsprechenden Beurteilungskriterien» von Art. 5 und 7 KG sind nach dem Gesagten jedenfalls nicht derart «von ihrem Konzept her eigenständig angedacht und unabhängig voneinander anwendbar»⁴⁷, als dass ihre Komplementaritätsbeziehungen unbeachtet bleiben

41 EuGH, *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S/EU-Kommission*, Urt. v. 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, Rz. 41 ff.

42 Siehe II.1. in fine hiervor.

43 Siehe BGE 139 I 72, E. 10.1.1.; vgl. KOMMISSION, *Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag*, 2004/C 101/08, Rz. 106.

44 Dieser Befund betrifft insbesondere die vorerwähnten Konstellationen der kollektiven Marktbeherrschung; soweit die schweizerische Doktrin überhaupt ausdrücklich Stellung bezieht, spricht sie sich bei einer Beteiligung «mehrere[r] (kollektiv) marktbeherrschende[r] Unternehmen» dafür aus, «im Einzelfall zu entscheiden, wo der Hauptfokus des Verfahrens liegt und ob ein Tatbestand durch den anderen konsumiert wird oder ob Art. 5 und Art. 7 KG kumulativ anzuwenden sind» (ZIRLICK/BANGERTER, a.a.O., Art. 5 KG N 25; zu den postulierten Rechtsfolgen weiterführend IV. hiernach); als gesichert sollte hinsichtlich des Missbrauchs einer kollektiven Marktbeherrschung zumindest gelten: Während selbst stillschweigende Kollusion auf Oligopolmärkten die Annahme einer kollektiv beherrschenden Stellung rechtfertigen kann, liegt allein darin – ebenso wenig wie eine (unzulässige) Abrede – noch kein missbräuchliches Verhalten (wohl auch HEINEMANN ANDREAS, *Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?*, SZW 2019, 18 ff., 20; im Ergebnis ähnlich EILMANSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N 222 f. m.V.); es liegt also weder ein Verstoß gegen Art. 5 noch Art. 7 KG vor, und demzufolge steht keine Konkurrenzsituation zur Debatte; sodann wäre für den Missbrauch einer kollektiven Marktbeherrschung nicht zu fordern, dass sich sämtliche kollektiv beherrschenden Unternehmen beteiligen (weiterf. WHISH RICHARD/BAILEY DAVID, *Competition Law*, 10. Aufl., Oxford 2021, 607 ff.).

45 Beispielhaft STÄUBLE/SCHRANER, a.a.O., Art. 7 KG N 82 ff.; vgl. etwa FUCHS, a.a.O., Art. 102 AEUV N 26.

46 Siehe III.1. hiervor.

47 Siehe AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., Art. 7 KG N 14.

könnten.⁴⁸ Die Komplementarität der Normen rechtfertigt noch keine unbedachte Kumulation.⁴⁹ Der Begriff «Idealkonkurrenz» weckt diesbezüglich wiederum leidlich hilfreiche Assoziationen: Als ein Anwendungsfall «echter Konkurrenz» wäre gemeinhin vorauszusetzen, dass die idealkonkurrierenden Tatbestände von Art. 5 und 7 KG «unterschiedliche Rechtsgüter» schützen würden.⁵⁰ Nun verläuft die Diskussion – zumindest in der Strafrechtslehre – soweit ersichtlich dahingehend, ob bereits der «Wettbewerb» an sich als Rechtsgut zu qualifizieren ist, während andere (namentlich wohlfahrtstheoretische) Ansätze übrigens kaum Beachtung finden.⁵¹ Abrede- und Missbrauchskontrolle schützen nach diesem Verständnis wohl dasselbe übergeordnete Rechtsgut «Wettbewerb» (als Institution), was Gesetzeskonkurrenz implizieren würde. Die strafrechtliche Qualifikation kann eine kartellrechtsspezifische Handhabung des Rechtsgutbegriffs für das Konkurrenzverhältnis von Art. 5 und 7 KG allerdings nicht zum Vornherein ausschliessen.⁵²

Die Wettbewerbskommission hielt unlängst fest, es liege echte Konkurrenz zwischen Art. 5 Abs. 3 (lit. a) und Art. 7 KG vor, und beide Normen seien folglich anwendbar, weil der Abredetatbestand u.a. den Abnehmer (vor der Bezahlung von zu hohen Kartellpreisen) schütze, während der Missbrauchstatbestand den Konkurrenten vor der Einschränkung seiner Handlungsfreiheit schütze.⁵³ Es ist mit Blick auf den Forschungsstand und die gerichtliche Praxis ohne Frage zu begrüssen, dass diese ausdrückliche Begründung für die simultane Anwendung der Abrede- und Missbrauchskontrolle überhaupt beigebracht wurde.⁵⁴ Die ange-

48 Siehe II. hiervor; abweichend in der Sache jedoch auch BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6f., in welchem das Bundesgericht Art. 5 und Art. 7 KG ohne jegliche Verhältnisbestimmung kumulativ zur Anwendung brachte; weiterführend ROTH DAVID, *Entscheidbesprechung BGer 2C_113/2017 vom 12.2.2020, Kartellrechtliche Unzulässigkeit eines Kooperationsvertrags*, AJP 2020, 803 ff.

49 Entsprechend O'DONOGHUE ROBERT/PADILLA JORGE, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3. Aufl., Oxford 2020, 50: «Absent some limiting principles or conditions, the application of Article 102 TFEU could become reflexive».

50 ACKERMANN JÜRIG-BEAT, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht*, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 49 StGB N 72 m.V.

51 Siehe JANSEN SCARLETT, *Der Schutz des Wettbewerbs im Strafrecht*, Baden-Baden 2021, 122 ff.; besondere Schwierigkeiten bei der Frage nach dem Rechtsgüterschutz für das Kartellrecht konstatieren NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOF, § 21 *Kartellstrafrecht*, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, 2. Aufl., Bern 2021, 759, wonach sich das Schutzgut bei direkten Sanktionen nach Art. 49a KG aus Art. 1 KG ergebe, mithin der Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung geschützt werde; weiterführend zu den wettbewerbsrechtlichen Schutzziele etwa ROTH DAVID, *Der «benso effiziente Wettbewerber»*, Baden-Baden/Bern 2017, 61 ff.

52 Vgl. ACKERMANN THOMAS, § 19 *Europäisches Kartellrecht*, in: Riesenhuber Karl (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl., Berlin/Boston 2021, Rz. 15f.

53 WEKO, *KTW-Werke*, Verfügung v. 10.12.2018, Nr. 22-0477, Rz. 886.

54 Anders noch etwa WEKO, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*, Verfügung v. 19.10.2015, Rz. 412: «Art. 5 und 7 KG können parallel auf ein und dasselbe Verhalten angewendet werden, die Analyse hat jedoch separat zu erfolgen», m.V. auf CLERC EVELYNE, in: Tercier Pierre/Bovet Christian/Martenet Vincent (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 7 Abs. 1 LCart N 6.

wandten Kriterien (Abnehmer- bzw. Handelspartner- und Konkurrentenschutz) lassen sodann erkennen, dass die Wettbewerbskommission auf eine individualschutzrechtliche Konkurrenzlösung abstellt. Demnach rechtfertigen mehrere betroffene Individuengruppen im Einzelfall eine kumulative Anwendung von Art. 5 und 7 KG. Hierfür spricht, dass das geltende Kartellgesetz nach überwiegender Auffassung auch auf den Individualschutz abzielt.⁵⁵ Gleichwohl sollte man sich vergegenwärtigen, dass mit dieser Methode der Abrede- und Missbrauchstatbestand bei unzulässigen Abreden mit behinderndem Charakter wohl durchwegs kumulativ anwendbar sind: Horizontale Abreden erfassen diesfalls (wie im vorzitierten Beispiel) Konkurrenten und Abnehmer; vertikale Abreden erfassen jeweils Konkurrenten sowie (an der Abrede nicht beteiligte) Abnehmer auf dem nachgelagerten Markt. Überdies ist anlässlich der aktuellen Teilrevision des Kartellgesetzes vorgesehen, die zivilrechtliche Aktivlegitimation auf Konsumenten auszuweiten und sie demzufolge in den Individualschutzbereich des Kartellgesetzes einzubeziehen.⁵⁶ Spätestens dann wären jedoch zugleich mehrere Individuengruppen von Abreden mit ausbeuterischem Charakter betroffen (Abnehmer und Konsumenten), und es wäre folgerichtig auch in diesen Fällen wiederum auf Idealkonkurrenz zu schliessen. Mithin fehlen der individualschutzrechtlichen Methode wohl schlechterdings qualifizierende Elemente, weshalb Vorbehalte hinsichtlich ihrer Eignung als zweckmässige Konkurrenzbedingung bestehen.

Insoweit aber weder die institutionellen noch die individuellen Kartellrechtsgüter für eine Kumulationsqualifikation taugen, soll hier eine andere Methode zur Diskussion gestellt werden. Danach wäre bei kooperativer Marktmachtausübung die simultane Anwendung der Missbrauchskontrolle auf Fälle zu beschränken, welche ihre grundlegende Funktion betrifft: die missbräuchliche Ausnutzung der schon vorhandenen (kollektiv) marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Stellung.⁵⁷ Zumindest für das Konkurrenzverhältnis käme bei Art. 7 KG folglich ein Kausalitätserfordernis zwischen (kollektiver) Marktbeherrschung bzw. relativer Marktmacht und deren Missbrauch zur Anwendung.⁵⁸ Die vorbestehende Stellung wäre eine Konkurrenzbedingung, welche den spezifischen Unrechtsgehalt von Art. 7 KG betrifft. Die besagte Anforderung stünde namentlich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof i.S. Tetra Pak I im Einklang, zumal sie kein «zusätzliche[s], ausserhalb der Vereinbarung liegende[s] Element» für die simultane Anwendung der Missbrauchskontrolle darstellt.⁵⁹

55 Weiterführend MÖCKLI DANIEL, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Zürich/St.Gallen 2018, Art. 1 KG N 51 ff.

56 Für Letzteres votierend HEINEMANN ANDREAS, § 9: Wettbewerbsrechtlicher Konsumentenschutz, in: Heiss Helmut/Loacker Leander (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 9.35.

57 Vgl. FUCHS, a.a.O., Art. 102 AEUV N 127; vgl. II.1. hiervor, insb. bei FN 7.

58 Zum materiellen Gehalt dieses Erfordernisses siehe die Hinweise bei AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., Art. 7 KG N 155; STÄUBLE/SCHRANER, a.a.O., Art. 7 KG N 23 ff.

59 EuGH, Tetra Pak Rausing SA/EU-Kommission, Urt. v. 10.7.1990, Rs. T-51/89, Rz. 24; in Relativierung der Überlegungen bei ROTH, a.a.O. (FN 48), 806 f.

Eine kumulative Anwendung wäre dementsprechend bei unzulässigen Abreden ausgeschlossen, mit welchen (wie im vorzitierten Beispiel) eine kollektiv beherrschende Stellung sowohl hergestellt als auch gleichzeitig missbraucht wird.⁶⁰ Die simultane Anwendung von Art. 7 KG wäre auf Fälle zu beschränken, in welchen das marktbeherrschende oder relativ marktmächtige Unternehmen seine vorbestehende Stellung in dem Sinne ausnutzt, als dass sie eine qualitativ andersartige Wettbewerbsbeeinträchtigung ermöglicht als jene, welche mit der Abrede beabsichtigt ist und von den übrigen Abredeteilnehmern mitgetragen wird.⁶¹ Hierbei wäre u.a. an Fälle zu denken, in welchen das marktbeherrschende oder relativ marktmächtige Unternehmen Druck oder Zwang auf die übrigen Abredeteilnehmer ausübt.⁶²

Letzteres leitet zur Frage über, ob nicht die Missbrauchskontrolle «Vorrang geniessen [sollte], wenn die allenfalls bestehende Koordination ganz überwiegend auf das einseitige Verhalten eines beteiligten Unternehmens zurückgeht, welches seinerseits marktbeherrschend sein könnte und sich gerade durch die Bindung der anderen Unternehmen an die «Abrede» missbräuchlich verhalten könnte».⁶³ Nach hier vertretener Auffassung ist es jedenfalls folgewidrig, in solchen Konstellationen trotz Bejahens einer Abrede⁶⁴ keine Zulässigkeitskontrolle durchzuführen; ob Art. 7 KG simultan anzuwenden ist, wäre alsdann nach den soeben dargelegten allgemeinen Kriterien zu bestimmen.

IV. Auswirkungen

In der Literatur zu Art. 101 f. AEUV wird der kumulativen Anwendbarkeit von Abrede- und Missbrauchskontrolle bzw. der Thematik «Idealkonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz» bisweilen geringe praktische Bedeutung beschieden. Zur Begründung wird einerseits angeführt, selbst bei paralleler Anwendung sei eine Kumulation der Sanktionen nach beiden Vorschriften zu vermeiden, weshalb kein eigenständiger Vorteil bestünde;⁶⁵ andererseits wird auf das weite Ermessen der

60 Ebenso EILMANSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N 32, welche sich bei Identität von Grundlage und Missbrauch der kollektiven Marktbeherrschung für eine Spezialität von Art. 101 AEUV (sowie darüber hinaus bei horizontalen Kartellabsprachen im Ergebnis für einen grundsätzlichen Anwendungsvorrang von Art. 102 AEUV, siehe N 29 ff.) aussprechen.

61 Zur parallelen Anwendbarkeit des neuen Art. 7 Abs. 2 lit. g KG (betreffend territorialer Konditionenspaltungen) und Art. 5 KG siehe PICH T PETER, Relative Marktmacht und Geoblocking: neues Wettbewerbsrecht in der Schweiz, WuW 2021, 336, 340, m.V. auf NOTHDURFT JÖRG, Gutachten Relative Marktmacht vom 17.1.2015, 15 f.

62 Vgl. EuGH, Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Urt. v. 11.4.1989, Rs. 66/86, Rz. 30 ff.; in diesem Sinne O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., 51.

63 ZIRLICK/BANGERTER, a.a.O., Art. 5 KG N 25 m.V. auf HOFFET, a.a.O., Art. 5 KG N 132; relativierend O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., 51, m.H. auf «the dominant firm's implicit promise to share some of the (anticompetitively obtained) profits».

64 Siehe III.2. hiervor bei FN 31; freilich ist dieser Einwand von geringer praktischer Bedeutung, solange die Behörde ihr weites Wahlermessen dahingehend ausübt, dass in solchen Fällen die Missbrauchskontrolle praxismässig Vorrang genieisst, siehe IV. hiernach bei FN 77; hingegen bereits den Konsens zur Koordination verneinend: BVGer, 23.9.2014, B-8430/2010, E. 6.3.1.16, und 23.9.2014, B-8399/2010, E. 5.3.1.1.24.

65 FUCHS, a.a.O., Art. 102 AEUV N 27.

Europäischen Kommission bei der Wahl der ihr am zweckmässigsten erscheinenden Rechtsgrundlage verwiesen.⁶⁶

Mit Blick auf die schweizerische Rechtslage sind hingegen bedeutende Abweichungen ersichtlich: Während die «bezweckten» Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3f. KG auch hierzulande direkt sanktionierbar sind,⁶⁷ gilt dies grundsätzlich nicht für die übrigen, durch unzulässige Abreden «bewirkten» Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 49a Abs. 1 KG e contrario). Alsdann ist die simultane Anwendung von Art. 7 KG gegenüber (kollektiv) marktbeherrschenden Unternehmen überhaupt erst sanktionsbegründend.⁶⁸ In diesen Fällen sind m.E. besondere Anforderungen an die Begründungsdichte zu stellen, weshalb ein – nach den Wertungen des Gesetzgebers über die Abredekontrolle nicht direkt sanktionierbares – mehrseitiges Verhalten von der durchwegs sanktionsbewehrten Missbrauchskontrolle erfasst wird.

Unter Verweis auf ihre Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG, S. 3) vertritt die Wettbewerbskommission zudem die Auffassung, dass «Verhaltensweisen, welche gleichzeitig mehrere sanktionierbare Tatbestände erfüllen, [...] schwerer zu gewichten [sind] als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen».⁶⁹ Dies weckt wiederum Assoziationen an das strafrechtliche Asperationsprinzip, welches in Fällen «echter Konkurrenz» zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 49 Abs. 1 StGB). Der Grundsatz des Doppelbestrafungsverbot (ne bis in idem) steht einer angemessenen Sanktionserhöhung bei kumulativer Anwendbarkeit jedenfalls nicht entgegen,⁷⁰ wenn Abrede- und Missbrauchskontrolle im selben Verfahren erfolgen.⁷¹ Hingegen bedürfte der weiteren Klärung, ob eine entsprechende Asperation mit der bundesgerichtlichen Forderung nach «materieller Identität» bzw. einer «gleich scharfe[n] und auch nicht schärfere[n] Regelung wie d[er]jenige[n] der Europäischen Union»⁷² in Konflikt geriete, insoweit von der Praxis der Euro-

66 Siehe EILMANSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N 34; EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., Art. 102 AEUV N 6; vgl. EuGH, Hoffmann-La Roche & Co. AG/EU-Kommission, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Rz. 116.

67 Siehe II.1. hiervor m.H.

68 Exemplarisch BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017; Art. 49a Abs. 1 KG sieht hingegen keine direkte Sanktionierung relativ marktmächtiger Unternehmen vor.

69 WEKO, KTB-Werke, Verfügung v. 10.12.2018, Nr. 22-0477, Rz. 945, wo allerdings bei der konkreten Sanktionsbemessung zumindest schwergewichtig auf die unzulässige Abrede abgestellt wurde: «Die Verstösse gegen Art. 5 Abs. 3 KG sind im vorliegenden Verfahren schwerer zu gewichten als diejenigen gegen Art. 7 KG»; vgl. die entsprechende Kommissionspraxis in FN 73 hiernach; siehe auch ZIRLICK/BANGERTER, a.a.O., Art. 5 KG N 25: «Gegebenenfalls wirkt die Erfüllung mehrerer Tatbestände sanktionserhöhend».

70 So aber EILMANSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N 817, bei Verstössen gegen mehrere Subverbote des Art. 102 AEUV, in welchen Fällen das Kumulationsverbot umso mehr als bei Idealkonkurrenz zwischen Art. 101 und Art. 102 AEUV gelte.

71 Vgl. KELLER HELEN/SUTER DAVID, Ne bis in idem und nemo tenetur im Steuerstrafrecht – 1. Teil, Praxis des EGMR und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, StR 2018, 908ff., 912, wonach der Grundsatz nur greift, wenn ein Verfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen ist, m.V. auf EGMR, Zolotukhin/Russland, Urt. v. 10.2.2009, Nr. 14939/03, § 83.

72 BGE 143 II 297, E. 6.2.3; weiterführend II.1. hiervor.

päischen Kommission abgewichen würde.⁷³ Ohnehin wäre eine Doppelberücksichtigung zu vermeiden, indem eine entsprechende Sanktionserhöhung entweder anlässlich der Bestimmung des Basisbetrags nach Art. 3 SVKG oder als erschwerender Umstand nach Art. 5 SVKG zu erfolgen hätte.⁷⁴

Das Wahlmessen der Wettbewerbskommission hinsichtlich der selektiven Anwendung von Abrede- oder Missbrauchskontrolle (trotz allfällig kumulativer Anwendbarkeit) korrespondiert wiederum mit demjenigen der Europäischen Kommission. Hierfür sprechen freilich Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie.⁷⁵ Die Vermutung für eine Präferenz zur Missbrauchskontrolle läge deshalb nahe, wenn sich (kollektiv) marktbeherrschende oder relativ marktmächtige Unternehmen an einer Vielzahl von Abreden mit unterschiedlichen Teilnehmern beteiligen.⁷⁶ Ein praxisgemässer Anwendungsvorrang des Art. 7 KG ist hingegen in Fällen von vertraglichem Druck oder Zwang zu konstatieren.⁷⁷ Diese behördliche Praxis entfaltet (i.V.m. dem Gleichheitsgebot) schliesslich Selbstbindungswirkung, weshalb eine (simultane) Abredekontrolle zugleich den Anforderungen an Praxisänderungen unterstünde sowie ferner anzukündigen wäre.⁷⁸

73 KOMMISSION, Flachglas, 7.12.1988, Rs. IV/31.906, Rz. 84 lit. a: «Mangels ausdrücklicher Bestimmungen über Geldbussenkumulierung im Gemeinschaftsrecht [...] hält die Kommission dafür, dass die Nicht-Kumulierungsregel anzuwenden ist und folglich nur die Geldbussen für die schwerste Zuwiderhandlung gegen die Unternehmen festzusetzen sind»; siehe die Hinweise bei SCHRÖTER/BARTL, a.a.O., Art. 102 AEUV N 37 sowie JUNG CHRISTIAN, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 74. Ergänzungslieferung, München 2021, Art. 102 AEUV N 23, zum fraglichen zwingenden Charakter des Kumulationsverbots.

74 Im letzteren Fall wäre die fragliche Subsumtionsfähigkeit unter Art. 5 Abs. 1 lit. a SVKG nicht zwingend, weil der Katalog der erschwerenden Umstände (ebenso wie jener der mildernden Umstände nach Art. 6 SVKG) nicht abschliessend ist («insbesondere»; siehe PIGHT PETER, in: Oesch Matthias/Weber Rolf/Zäch Roger [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021, Art. 5 SVKG N 2 und Art. 6 SVKG N 1); der eingangs dieses Abschnitts zitierte Verweis legt indessen nahe, dass die Wettbewerbskommission die Asperation unter Art. 3 SVKG vornehmen möchte.

75 Zur diesbezüglichen Praxis der EU-Kommission siehe SCHRÖTER/BARTL, a.a.O., Art. 102 AEUV N 37.

76 Entsprechend O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., 51, m.V. auf EuGH, Hoffmann-La Roche & Co. AG/EU-Kommission, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76; anders hingegen bspw. WEKO, Hors-Liste Medikamente, Verfügung v. 2.11.2009, Nr. 22-0326; bestätigt durch BGE 147 II 72; eine hinsichtlich der Sanktionsfolgen ergebnisweise Kohärenz mit Art. 7 KG wird i.d.R. dadurch erreicht, dass bei Vorliegen von vertikalen Abreden die Untersuchungen «aus Verhältnismässigkeitsgründen nicht auf die [zahlreichen] Händler ausgedehnt» wird, siehe WEKO, Stöckli Ski, Verfügung v. 19.8.2019, Nr. 22-0488, Rz. 29 m.V.

77 Siehe bereits III.3. bei FN 63 f. hiervor zur fraglichen Verdrängung der Abredekontrolle; exemplarisch WEKO, Sport im Pay-TV, Verfügung v. 9.5.2016, Nr. 32-0243, Rz. 784, wonach «der Sachverhalt nicht unter dem Tatbestand der Abrede geprüft» wurde, «[d]a vorliegend [...] die fraglichen Vertragsklauseln erzwungen wurden».

78 Vgl. Sekretariat der WEKO, Vorabklärung Meldesystem Baumeisterverträge, 28.10.2014, Rz. 44 m.H.

