

νόμοις πείθου – gehorsche den Gesetzen

Liber amicorum für Hansjörg Seiler

Herausgeber
Arthur Brunner
Martin Kocher
Moritz Seiler
Thomas Stadelmann



Stämpfli Verlag

νόμοις πείθου – gehorche den Gesetzen



A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes. The signature is slanted and appears to be a stylized name.

Arthur Brunner
Martin Kocher
Moritz Seiler
Thomas Stadelmann
(Herausgeber)

νόμοις πείθου – gehorsche den Gesetzen

Liber amicorum für Hansjörg Seiler



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2022
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-4701-9

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-4342-4



Die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiet des Kartellrechts

ANDREAS HEINEMANN

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	25
II.	Das Bundesgericht und das alte Kartellrecht	27
	A. Die Rechtsprechung vor der Existenz eines Kartellgesetzes	27
	B. Das Kartellgesetz von 1962	28
	C. Das Kartellgesetz von 1985	29
	D. Missbrauchsprinzip	31
III.	Das Bundesgericht und das moderne Kartellrecht	32
	A. Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz von 1995 vor Einführung der direkten Sanktionen	32
	1. Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich	32
	2. Umgang mit den Vermutungen	33
	3. Öffnung der Infrastrukturmärkte	34
	4. Fazit	35
	B. Die Rechtsprechung zu den direkten Sanktionen	35
	1. Missbrauch marktbeherrschender Stellungen	35
	a) <i>Terminierungspreise im Mobilfunk</i>	35
	b) <i>Publigroupe</i>	36
	c) <i>ADSL und Hallenstadion</i>	37
	2. Vertikale Wettbewerbsabreden	38
	3. Horizontale Wettbewerbsabreden	41
	4. Fazit	41
	C. Missbrauchsprinzip?	42
IV.	Ausblick	44
V.	Literaturverzeichnis	45

I. Einführung

Bundesrichter *Hansjörg Seiler* gehörte von 2011 bis zu seinem Rücktritt Ende 2021 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts an, die er seit 2016 auch präsidierte. In dieser Zeit hat er massgeblich an der Weiterentwicklung verschiedenster Rechtsgebiete mitgewirkt. Hierzu zählen auch das Wirtschaftsverwaltungsrecht und insbesondere das Kartellrecht. Der Zufall

will es, dass sein Eintritt in die II. öffentlich-rechtliche Abteilung just in das Jahr fällt, in dem das Bundesgericht sich im Terminierungs-Fall erstmalig mit einer kartellrechtlichen Direktsanktion zu befassen hatte. Bis zur Abfassung dieses Beitrags hat sich das Bundesgericht in insgesamt zehn Fällen mit solchen Direktsanktionen befasst, an denen Bundesrichter *Seiler* allesamt mitgewirkt hat.¹

Natürlich verbietet es sich bei Kollegialorganen, aus dem Inhalt des fertigen Entscheids auf die Position des einzelnen Richters zu schliessen. In Abwesenheit von *dissenting opinions* ist es für Aussenstehende in aller Regel nicht möglich, Rückschlüsse auf individuelle Positionen zu ziehen. Etwas anderes gilt dann, wenn es zu einer öffentlichen Beratung kommt, was beim Bundesgericht dann der Fall ist, wenn nicht alle dem Urteilsentwurf des zuständigen Richters zustimmen.² Auch wenn keine öffentliche Sitzung anberaumt wird, sollten keine voreiligen Schlüsse gezogen werden. Es ist durchaus denkbar, dass Meinungsunterschiede bestanden, die dann durch Kompromisse eingeebnet wurden.

Die Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet des Kartellrechts erfolgt also «unpersönlich», bezieht sich nämlich auf das Ergebnis der kollektiven Entscheidungsfindung. Persönlich ist hingegen der Anlass dieses Beitrags: Bundesrichter *Seiler* hat das Kartellrecht in einem entscheidenden Stadium, nämlich den Anfängen der direkten Sanktionierung, von höchster Position aus begleitet und geprägt. Er hat für Orientierung auch ausserhalb des Gerichts gesorgt, indem er die Rechtsprechung beispielsweise auf einschlägigen Fachtagungen vorgestellt hat. Er hat es an solchen Veranstaltungen nicht bei blosser Wiedergabe bewenden lassen, sondern hat auch die Hintergründe anschaulich beleuchtet. Der Verfasser dieses Beitrags gehört der Wettbewerbskommission (WEKO) an, um deren Entscheide es bei vielen der in Teil III angesprochenen Fälle geht. Es versteht sich von selbst, dass die folgenden Ausführungen nicht der Behörde zugerechnet werden können, sondern die persönlichen Einschätzungen des Verfassers wiedergeben.

¹ Teilweise fielen im selben Fall mehrere Urteile an, im *Hors-Liste*-Fall auch in verschiedenen Verfahrensphasen. Die hier verwendete Zählweise stellt auf die Fallkomplexe, nicht auf die Einzelentscheide ab. Näheres ergibt sich aus der Darstellung unter III.B.

² S. die Beschreibung des Verfahrens auf der Website des Bundesgerichts: «www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-faq/federal-faq-17.htm». Bisweilen wird im Schrifttum über die öffentlichen Beratungen und individuellen Positionierungen berichtet, s. am Beispiel des *Altimum*-Falls GRABER CARDINAUX, Rz. 11 f., 18 f.

II. Das Bundesgericht und das alte Kartellrecht

A. Die Rechtsprechung vor der Existenz eines Kartellgesetzes

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Kartellrecht ist älter als es überhaupt Kartellgesetze gibt.³ Von herausragender Bedeutung ist der Fall des Bäckers *Vögtlin*, in dem das Bundesgericht im Jahr 1896, also nur sechs Jahre nach dem US-amerikanischen *Sherman Act*,⁴ den Schutz des Wettbewerbs aus allgemeinem Zivilrecht ableitete. Dem Fall lag eine Boykottkonstellation zugrunde: Bäcker *Vögtlin* war aus dem Bäckerverband Brugg ausgetreten und verkaufte seine Produkte unter dem vom Bäckerverband kartellistisch festgelegten Preis. Der Bäckerverband rief daraufhin alle Mühlen und Mehlhändler im Kanton und im Land dazu auf, *Vögtlin* nicht mehr zu beliefern. Dieser verklagte daraufhin den Verband auf Schadenersatz, und das Bundesgericht bestätigte in letzter Instanz, dass der Boykottaufruf als widerrechtliche Schädigung zu qualifizieren sei, nämlich als Angriff auf den Anspruch des Gewerbetreibenden auf «Geltung seiner Persönlichkeit».⁵

Mit dem bundesgerichtlichen Urteil war geklärt, dass im Wettbewerb nicht alle Mittel erlaubt sind. Mit einem allgemeinen Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen hatte dies aber noch nichts zu tun. Das Bundesgericht sah die freie Preisbildung skeptisch und kritisierte den Aussenseiter dafür, dass er «in der Tat seine Brotpreise so niedrig gehalten hat, daß von einem anständigen Verdienste nicht mehr die Rede sein konnte, und daß die Beklagten nur die Einhaltung eines angemessenen Preises gefordert haben».⁶ Zum Thema der Kartellbildung führte das Gericht aus:

*«die freie Vereinbarung eines Preisminimums, unter welchem die Verbandsmitglieder ihre Waare nicht abgeben dürfen, verstößt an sich weder gegen die gute Sitte, noch gegen die allgemeine Rechtsordnung».*⁷

Die Kartelle waren hiermit legalisiert. In rechtsvergleichender Hinsicht ist dies allerdings keine Besonderheit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Wenn man einmal von den USA mit dem frühen und strengen *Sherman Act* absieht,

³ Zur Entwicklung s. z.B. KLEY, in: DIKE-Kommentar KG, Vor Art. 1 N. 31 ff.; THIER, auch mit Darstellung punktueller Kartellverbote in einzelnen Kantonen im 19. Jahrhundert (S. 625).

⁴ Den *Sherman Act* hatte *Emilie Kempin-Spyri* frühzeitig im deutschsprachigen Raum bekanntgemacht, s. KEMPIN.

⁵ BGE 22 I 175 (184 f.) – *Bäcker Vögtlin*.

⁶ BGE 22 I 175 (187).

⁷ BGE 22 I 175 (183).

herrschte in vielen Ländern in dieser Zeit eine kartellfreundliche Haltung vor.⁸ Kartelle wurden also hingenommen, um «rücksichtsloser» und «ruinöser» Konkurrenz Einhaltung zu bieten und ein «angemessenes» Preisniveau zu sichern. In einem späteren Urteil spricht das Bundesgericht sogar von «Kartellfreiheit».⁹ Immerhin sticht das Bundesgericht durch das Bemühen hervor, über den persönlichkeitsrechtlichen Weg den Einzelnen vor den schlimmsten Kartellauswüchsen zu schützen.¹⁰ Ausserdem grenzte es seine Lösung ausdrücklich von den Vorschriften gegen *concurrance déloyale* ab.¹¹ Der Weg war hiermit gewiesen zu einer Rechtsmaterie, die den Wettbewerb schützt, aber nicht als Recht gegen den unlauteren Wettbewerb zu qualifizieren ist.¹² Die durch den *Vögtlin*-Entscheid eröffnete Rechtsprechungslinie lässt sich deshalb als Proto-Kartellrecht qualifizieren, auch wenn dieses Recht ausgesprochen «kartellfreundlich»¹³ war.

B. Das Kartellgesetz von 1962

Das Kartellgesetz aus dem Jahr 1962 knüpfte an die Entwicklungen an, die das Bundesgericht angestossen hatte und stellte das Konzept des «möglichen Wettbewerbs» in den Mittelpunkt. Es ging nicht um den Schutz des Wettbewerbs als solchen, sondern um das Recht des Einzelnen auf freie wirtschaftliche Betätigung.¹⁴ Ein kollektiver Boykott war im Grundsatz unzulässig, konnte aber bei Wahrung der Verhältnismässigkeit «durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt» werden (Art. 4 und 5 KG 1962).

⁸ Für Deutschland s. beispielsweise RGZ 38, 155 – *Sächsische Holzstoff-Fabrikanten* aus dem Jahr 1897.

⁹ BGE 33 II 106 (117); zur Kartellfreiheit s. insbesondere STOFFEL, *Wirtschaftsfreiheit*.

¹⁰ Eindringlich bestätigt in BGE 86 II 365 (376) – *Witwe Alfred Giesbrecht Söhne*: «Das Bundesgericht hat von jeher ein Recht des Boykottierten auf Achtung und Geltung seiner Persönlichkeit im Geschäftsverkehr anerkannt»; und auf S. 377: «Liegt ein Boykott vor, so verletzt er notwendigerweise das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung und ist er daher grundsätzlich widerrechtlich». Zu den Irrungen und Wirkungen der Rechtsprechung zwischen *Bäcker Vögtlin* (1896) und *Witwe Alfred Giesbrecht Söhne* (1960) s. KLEY, in: DIKE-Kommentar KG, Vor Art. 1 N. 32–40.

¹¹ BGE 22 I 175 (184, 187).

¹² Vor Erlass des ersten UWG im Jahr 1943 wurde der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb aus der deliktsrechtlichen Generalklausel abgeleitet, und das bereits seit dem ersten OR von 1881 (s. Art. 50 aOR); zur Entwicklung s. THIER, in: DIKE-Kommentar UWG, 1. Teil § 2 N. 11 ff.

¹³ KLEY, in: DIKE-Kommentar KG, Vor Art. 1 N. 44.

¹⁴ ZÄCH, N. 152.

So hatte das Bundesgericht 1972 über die Rechtmässigkeit einer kollektiven Liefersperre im Zusammenhang mit dem Bierkartell zu entscheiden.¹⁵ Das Kartell schrieb den Händlern Mindestverkaufspreise für Lagerbier in 6dl-Mehrwegflaschen vor und drohte mit Liefersperren bei Zuwiderhandlung. Die *Denner AG* kündigte an, die Flasche Lagerbier für 50 Rp. zu verkaufen, obwohl das Kartell für den Detailhandel einen Mindestverkaufspreis von 70 Rp. angeordnet hatte. Die Mitglieder des Bierkartells machten mit der Drohung ernst und verweigerten die Belieferung. Das Bundesgericht sah hierin keinen Kartellrechtsverstoss. Das Recht des Aussenseiters auf ungestörte Ausübung des Wettbewerbs und das «Recht der Kartellmitglieder an der Durchsetzung einer Wettbewerbsordnung» müsse grundsätzlich als gleichwertig anerkannt werden. Der Gesetzgeber wolle «den Kartellen und ähnlichen Organisationen im Wirtschaftskampf eine gewisse Bewegungsfreiheit einräumen».¹⁶ Zwar sei die kollektive Lieferverweigerung als erhebliche Behinderung zu qualifizieren.¹⁷ Sie sei aber durch überwiegende schutzwürdige Interessen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 lit. e KG 1962 gerechtfertigt: Die Preisbindung der zweiten Hand sei nötig, um den Kundendienst, insbesondere ein weitverzweigtes Netz von Verkaufsstellen, zu gewährleisten.¹⁸

C. Das Kartellgesetz von 1985

Das Kartellgesetz von 1985 brachte keinen grundlegenden Wandel, sondern entwickelte das Vorgängergesetz vorsichtig weiter.¹⁹ Was die Durchsetzung betrifft, so wurde die Möglichkeit geschaffen, dass die Kartellkommission (deren Durchsetzungskompetenz auf die Abgabe von Empfehlungen beschränkt war) einen Antrag an das Volkswirtschaftsdepartement auf Erlass einer Verfügung stellt (Art. 37 KG 1985). In materiell-rechtlicher Hinsicht wurde die schon vorher praktizierte Saldotheorie ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen. Nach Art. 29 KG 1985 war ein *bilan économique et social* aufzustellen, nämlich eine umfassende Würdigung aller nützlichen und schädlichen Auswirkungen wirtschaftlicher und sozialer Art. Dies ging weit über eine

¹⁵ Das Bierkartell hatte von 1935 bis 1991 Bestand, s. hierzu beispielsweise MOUSSON.

¹⁶ BGE 98 II 365 (373 f.).

¹⁷ Die Marktanteile der inländischen Aussenseiterbrauereien und des Importbiers betragen lediglich jeweils 1 %, so dass auf das Kartellbier ein Marktanteil von 98 % entfiel, s. die Angaben in BGE 98 II 365 (375 f.).

¹⁸ BGE 98 II 365 (377 ff.); hingegen wurde offengelassen, ob die vertikale Preisbindung auch erforderlich sei, um die Qualität des Biers zu garantieren.

¹⁹ KLEY, in: DIKE-Kommentar KG, Vor Art. 1 N. 49.

wettbewerbliche Analyse hinaus. Wie zurückhaltend das Gesetz beim Schutz des Wettbewerbs war, machte Art. 29 Abs. 2 S. 3 KG 1985 klar:

Die Kartellkommission «berücksichtigt dabei die Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit und das Wettbewerbsausmass.»

Der Wettbewerbsschutz wurde also zu einem Gesichtspunkt unter vielen degradiert und hierdurch stark relativiert. Immerhin ordnete Art. 29 Abs. 3 S. 2 KG 1985 an, dass Schädlichkeit «in jedem Fall gegeben [ist], wenn wirksamer Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen verhindert wird». Dies wurde zwar unter den Vorbehalt des überwiegenden Gesamtinteresses gestellt, führte aber in der Praxis zu besserer Handhabbarkeit und damit zu einem gewissen Fortschritt.²⁰

Natürgemäss oblag es dem Bundesgericht, die neuen Regeln letztinstanzlich auszulegen. Was den Durchsetzungsmechanismus betrifft, so entschied das Bundesgericht im Fallkomplex über die Zinskonvenien der Banken, dass das Volkswirtschaftsdepartement bei der Ausübung seiner Verfügungskompetenz nicht einfach den Bericht der Kartellkommission kopieren könne, sondern einer eigenständigen Prüfungs- und Begründungspflicht unterliege. Das Bundesgericht zog eine Parallele zur Saldotheorie: Die Koordination der Wettbewerbspolitik mit anderen Feldern der Wirtschaftspolitik mache es erforderlich, dass «das Departement sich nicht zum blossen Vollzugsorgan der Kartellkommission macht, sondern gestützt auf deren Vorarbeiten und die Vorbringen der Beteiligten eine eigenständige Würdigung vornimmt».²¹ Mangels ausreichender Eigenständigkeit wurde die Verfügung des Volkswirtschaftsdepartements aufgehoben.

In materiellrechtlicher Hinsicht spielte die Saldotheorie weiterhin eine massgebliche Rolle. Allerdings wurde nun genauer hingeschaut, ob Beschränkungen des Wettbewerbs überhaupt geeignet waren, Gemeinwohlinteressen zu fördern. Das kann am Beispiel des Tabakkartells veranschaulicht werden: In der Zeit des KG 1962 hatte das Bundesgericht entschieden, dass aufgezwungene Preise für Tabakwaren die kleinen Lebensmittelläden und die Kioske unterstützten, wobei letztere eine wichtige Funktion für die Verteilung von Presseerzeugnissen und damit für die politische Meinungsbildung erfüllten.²² In der Spätphase des KG 1985 verneinte das Bundesgericht hingegen die Eignung der Preisbindung für diesen Zweck. Die Konsumentengewohnheiten hätten sich geändert; ein Zusammenhang zwischen Preisbindung und der wirtschaftlichen

²⁰ KOLLER, S. 159.

²¹ BGE 117 Ib 481 (492).

²² BGE 109 II 260: Das Bundesgericht nahm hier ausdrücklich Bezug auf seinen Entscheid im Bierkartellfall (oben Fn. 18); s. auch STOFFEL, Wunder, S. 16.

Situation des Handels und der Kioske könne nun nicht mehr nachgewiesen werden.²³

Die Botschaft zum KG 1995 kam im Rückblick zu einem vernichtenden Urteil in Bezug auf die Saldotheorie: Sie diene «weit weniger dem Schutz der Marktprozesse als vielmehr der Verwirklichung von im Grunde gewillkürten gesamtwirtschaftlichen Zielen».²⁴ Aufgrund des ausdrücklichen Entscheids des Gesetzgebers hatten die Gerichte aber hiermit zu arbeiten.

D. Missbrauchsprinzip

Die Kartellgesetze von 1962 und 1985 knüpften an die Rechtsprechung des Bundesgerichts aus der kartellgesetzlosen Zeit an und zielten darauf ab, Übertreibungen der Kartellbildung Einhalt zu gebieten. Ein konsequenter Schutz des Wettbewerbs war hiermit nicht verbunden. Vielmehr waren die Kartelle als sinnvolle Organisationsform der Wirtschaft anerkannt. Dahinter stand das Bekenntnis zum Missbrauchsprinzip, dessen klassische Formulierung in der Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln (angenommen 1947) zu finden ist. Sie weist in Bezug auf die Kartellgesetzgebung darauf hin,

*«dass es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle, insbesondere um die Einführung einer gewissen Publizitätspflicht und um die Bekämpfung vorkommender Missbräuche und Auswüchse».*²⁵

Es ist die Aufgabe der Judikative, die Gesetze methodengerecht anzuwenden.²⁶ Wenn sich der Gesetzgeber für kartellfreundliche, also wettbewerbsfeindliche Regeln entscheidet, ist es nicht an den Gerichten, diesen Richtungsentscheid zu korrigieren. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den alten Kartellgesetzen schreibt sich folglich in den Rahmen ein, der ihm vom Gesetzgeber gesetzt wurde. Notwendigerweise resultierte hieraus eine kartellfreundliche Rechtsprechung, die sich deutlich von den Entwicklungen in den europäischen Nachbarstaaten unterschied. Hier wiesen die Vorgaben der EWG und EG in die entgegengesetzte Richtung, nämlich hin zu einer strengen Kontrolle von

²³ BGer, 18.6.1996 – *Denner*, VKKP 1996/3, 161 (S. 170).

²⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468 (S. 477 f.); im Folgenden «Botschaft KG 1995».

²⁵ Botschaft des Bundesrates über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10.9.1937, BBl 1937 II 833 (S. 889).

²⁶ Genauer SEILER, Richterrecht.

wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und von Missbräuchen marktbeherrschender Stellungen.

III. Das Bundesgericht und das moderne Kartellrecht

A. Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz von 1995 vor Einführung der direkten Sanktionen

Mit dem Kartellgesetz von 1995 kam es zu einem Paradigmenwechsel: Das Kartellrecht wurde auf das Schutzziel des «wirksamen Wettbewerbs» ausgerichtet, die Saldotheorie folglich abgeschafft.²⁷ Andere als wettbewerbsbezogene Schutzziele wurden aus dem eigentlichen kartellbehördlichen Verfahren verbannt und dem Bundesrat für das Verfahren der Ausnahmegenehmigung überantwortet. Der WEKO wurde die Verfügungskompetenz übertragen, was einen Meilenstein in verfahrensrechtlicher Hinsicht darstellte.

1. Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich

Die Einzelheiten waren wiederum durch die Rechtsprechung zu klären. Das Bundesgericht tat sich zunächst schwer, den sachlichen Gehalt der neuen Vorschriften zu erschliessen. In einem Fall zu einem gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbot entschied es, dass (auch) das KG 1995 nur «Kartelle und ähnliche Organisationen» erfasse und verwies auf die entsprechende Formulierung im Kartellartikel der alten Bundesverfassung (Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV).²⁸ Ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation setze bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraus. Hieran fehle es «bei einem einseitigen Konkurrenzverbot, das als Nebenverpflichtung im Rahmen eines Austauschvertrages zur Sicherung des Werts der vertraglichen Hauptleistung vereinbart wird».²⁹ Das Bundesgericht verkannte hierbei, dass eine der grossen Errungenschaften des KG 1995 gerade in der Abkehr vom organisationsrechtlichen Ansatz bestand.³⁰ Eine «gemeinsame Beschränkung» (wie noch in Art. 2 Abs. 1

²⁷ Grundlegend BALDI, Philosophie.

²⁸ BGE 124 III 495 (498): «Damit wird der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes abgesteckt».

²⁹ BGE 124 III 495 (499).

³⁰ Zur Dekonstruktion des Begriffs der «kartellähnlichen Organisation» s. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 (S. 543 f.). Sogar der Titel des Gesetzes wurde 1995 geändert, nämlich von «Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen» zu «Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen».

KG 1985 gefordert) war nicht mehr erforderlich; vielmehr reicht nun gem. Art. 4 Abs. 1 KG jede Abrede, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, was auch bei einseitigen Konkurrenzverboten der Fall sein kann. Die Engführung des sachlichen Anwendungsbereichs wurde denn auch in der Literatur heftig kritisiert.³¹

Zweifelhaft erscheint auch der Entscheid zur Schweizerischen Meteorologischen Anstalt (SMA).³² Das Bundesgericht sprach der SMA die Qualifikation als mögliche Normadressatin des Kartellrechts ab, da das Kartellrecht nur auf Organisationseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit anwendbar sei. Die SMA war aber (entgegen ihrer Bezeichnung) keine Anstalt im Rechtssinn, sondern lediglich eine Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Die organisationsrechtlichen Ausführungen waren nicht auf der Höhe des von der Literatur bereits vorgeschlagenen funktionalen Unternehmensbegriffs und vermochten nicht zu überzeugen. Auch wenn die tragenden Passagen sich auf das Vorgängergesetz bezogen, liessen andere Ausführungen Widrigkeiten auch für den aktuellen Unternehmensbegriff erahnen. Der Gesetzgeber der KG-Revision von 2003 schob dem einen Riegel vor, indem er dem organisationsrechtlichen Unternehmensbegriff eine Absage erteilte und den funktionalen Unternehmensbegriff in Art. 2 Abs. 1^{bis} KG festschrieb.

2. *Umgang mit den Vermutungen*

Ein anderer Entscheid von grosser Tragweite betraf die Buchpreisbindung. WEKO und Rekurskommission hatten den zwischen Verlegern und Buchhändlern vereinbarten Sammelrevers als unzulässige Wettbewerbsabrede eingestuft und wurden vom Bundesgericht im Ergebnis bestätigt.³³ Allerdings gab es Differenzen in der Begründung: Die unteren Instanzen waren der Auffassung, dass der Sammelrevers als Preisabsprache i.S.v. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren sei, und dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen werden könne, da die Preisbindung nahezu den gesamten Markt abdeckte. Das Bundesgericht nahm demgegenüber die Position ein, dass sich der Wettbewerb erst dann als beseitigt erweise, «wenn die autonome Festlegung sämtlicher relevanter Wettbewerbsparameter ausgeschlossen ist». Nach Ansicht des Gerichts «kann folglich ein Restwettbewerb auch vorliegen, wenn er nur bezüglich einzelner dieser Parameter noch funkti-

³¹ S. die Nachweise bei BORER/KOSTKA, in: BSK Kartellgesetz, Art. 32 N. 90.

³² BGE 127 II 32.

³³ BGE 129 II 18.

oniert.» Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs werde folglich bereits dann umgestossen, «wenn dargetan ist, dass trotz der die Vermutung begründenden Abrede noch ein gewisser – wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigter – Rest- oder Teilwettbewerb besteht.»³⁴ Da Qualitätswettbewerb zwischen den Buchhandlungen fortbestehe, sah das Gericht die Vermutung in Art. 5 Abs. 3 KG als widerlegt an, erkannte dann aber auf eine erhebliche Beeinträchtigung, die nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sei.

Die Weichen waren hiermit gestellt: In der Praxis kommt es bis heute in den meisten Fällen zur Umstossung der Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, da Restwettbewerb leicht aufzuspüren ist. Dies entspricht nicht unbedingt den Erwartungen des Gesetzgebers.³⁵ Da hierdurch der Weg zur Effizienzrechtfertigung eröffnet wird, und diese für ökonomische Stimmigkeit sorgt,³⁶ ist diese Vorgehensweise aber zu begrüssen.

3. *Öffnung der Infrastrukturmärkte*

Schliesslich sei auf den Fall zu den Freiburger Elektrizitätswerken aus dem Jahr 2003 hingewiesen: Das Bundesgericht entschied, dass der Begriff der vorbehaltenen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG eng auszulegen sei, und dass faktische Monopole das Kartellrecht nicht verdrängten. Ein Unternehmen, das als einziges über die für das Erbringen einer Leistung notwendigen Infrastrukturen verfügt und sich ohne objektive Gründe weigert, sie seinen Konkurrenten zugänglich zu machen, missbrauche seine marktbeherrschende Stellung.³⁷ Das Gericht bestätigte hiermit die WEKO, die auf der Grundlage von Art. 7 KG auf Durchleitungsrechte zugunsten gebietsfremder Stromlieferanten erkannt hatte. Der Bundesgerichtsentscheid hat sich als wegweisend für die Öffnung nationaler Märkte erwiesen.³⁸

³⁴ BGE 129 II 18 (36 f.).

³⁵ Vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 (S. 566 f.): Bei horizontalen Kernbeschränkungen könne wirksamer Wettbewerb nur noch von aussen kommen. Der Passage lässt sich entnehmen, dass Innenwettbewerb hinsichtlich anderer Wettbewerbsparameter als irrelevant betrachtet wird.

³⁶ Vgl. näher HEINEMANN, Marktwirtschaft, S. 438 f.

³⁷ BGE 129 II 497.

³⁸ Aus jüngerer Zeit s. WEKO, 25.5.2020 – *Netzzugang EGZ und ewl*, RPW 2020/4b, 1863 (zu den Gasmärkten).

4. *Fazit*

In der Anfangszeit des KG 1995 hatte das Bundesgericht zunächst Schwierigkeiten, sich von der alten Rechtslage zu lösen und dem vom Gesetzgeber gewollten Wunsch nach konsequentem Wettbewerbsschutz zum Durchbruch zu verhelfen. Es standen beim Begriff des Unternehmens und der Wettbewerbsabrede zunächst formale, organisationsbezogene Gesichtspunkte im Vordergrund. Diese Schwierigkeiten wurden aber rasch überwunden. Wichtige Wegmarken waren die Verurteilung der Buchpreisbindung und die Öffnung der Elektrizitätsmärkte.

B. Die Rechtsprechung zu den direkten Sanktionen

Die Einführung der direkten Sanktionen im Jahr 2003 (in Kraft getreten 2004; Ende der Übergangsfrist 2005) hat zu einer deutlichen Zunahme der Entscheidichte im Kartellrecht geführt. Bedingt durch die Fallpraxis der unteren Instanzen hatte das Bundesgericht zunächst mit dem Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, sodann mit vertikalen und schliesslich mit horizontalen Wettbewerbsabreden zu tun.

1. *Missbrauch marktbeherrschender Stellungen*

a) *Terminierungspreise im Mobilfunk*

Der erste Entscheid des Bundesgerichts zu den direkten Sanktionen erging im Jahr 2011 und betraf den Fall *Terminierungspreise im Mobilfunk*. Die WEKO hatte *Swisscom* eine Sanktion in Höhe von 333 Millionen CHF auferlegt, weil das Unternehmen nach Auffassung der Behörde von anderen Mobilfunknetzbetreibern zu hohe Terminierungspreise verlangte und hiermit unangemessene Preise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG erzwang. Die Gerichte hoben den Entscheid auf: Zwar seien Kartellrecht und Fernmelderecht nebeneinander anwendbar. Von einer «Erzwingung» könne aber nicht die Rede sein, wenn die Leidtragenden der hohen Preise die Möglichkeit hätten, sich an die einschlägige Regulierungsbehörde (hier die ComCom) zu wenden, um die Preisgestaltung überprüfen zu lassen.³⁹ Durch die hohen Anforderungen an das Merkmal der «Erzwingung» wich das Bundesgericht bewusst von der Auslegung des nahezu wortgleichen Tatbestands in Art. 102 S. 2 lit. a AEUV ab,

³⁹ BGE 137 II 199.

wobei es u.a. auf die Passage in der Botschaft zum KG verwies, wonach das neue Kartellgesetz «nicht primär einen europapolitischen Hintergrund» habe.⁴⁰

Der Entscheid des Bundesgerichts überzeugt nicht: Offenbar bestehen Sinn und Zweck von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG darin, Marktbeherrscher davon abzuhalten, ihre Position der Stärke zur Erzielung von Konditionen einzusetzen, die von den Resultaten unter Wettbewerb deutlich abweichen. Nicht der Aufbau von Drohkulissen ist entscheidend, sondern die Instrumentalisierung von Verhaltensspielräumen, die der Marktbeherrscher infolge der Abwesenheit wirksamen Wettbewerbs hat. In Parallele zu den «Kinderkrankheiten» nach Erlass des KG 1995 (s. oben III.A.1) erweckt der Terminierungsentscheid den Eindruck, dass organisationsrechtlichen Erwägungen (hier die Verfügbarkeit einer *ex post*-Preis Anpassung durch eine sektorspezifische Regulierungsbehörde) der Vorrang vor einer auf die Ziele des Kartellrechts abstellenden teleologischen Auslegung gegeben wird.⁴¹

b) Publigroupe

Das *Publigroupe*-Urteil aus dem Jahr 2012⁴² ist zunächst deshalb von grundlegender Bedeutung, weil das Bundesgericht hier feststellte, dass bussgeldrechtliche Behördensystem mit den Anforderungen aus Art. 6 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV vereinbar ist. Zwar seien die direkten Sanktionen als strafrechtlich oder zumindest strafrechtsähnlich zu qualifizieren. Dem Anspruch auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht sei aber genüge getan, da durch das Instanzensystem von Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht gerichtlicher Rechtsschutz mit voller Kognition zur Verfügung stehe.⁴³ Der aktuelle Anwendungsmechanismus stimmt also mit den rechtsstaatlichen Vorgaben überein.

Es ist nicht überzeugend, dass immer wieder einmal die Forderung erhoben wird, der WEKO die Bussgeldkompetenz zu entziehen und sie auf ein Gericht zu übertragen. Die Geschichte des schweizerischen Kartellrechts lehrt, wie prekär der Stellenwert des Wettbewerbs ist, wenn man der Wettbewerbsbehörde

⁴⁰ Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 (S. 484). Das Bundesgericht macht hieraus «keinen besonderen europapolitischen Hintergrund» (BGE 137 II 199, 209).

⁴¹ Der Ständerat hatte folglich in der Diskussion um die dann 2014 gescheiterte KG-Revision vorgeschlagen, den Begriff der «Erzwingung unangemessener Preise ...» durch die Formulierung «Festlegung unangemessener Preise ...» zu ersetzen.

⁴² BGE 139 I 72.

⁴³ BGE 139 I 72 (78 ff.). In diesem Sinn bereits EGMR, 27.9.2011 – *Menarini Diagnostics S.R.L. / Italien* und zuvor BVGer, RPW 2010, 242 (S. 270 ff.).

die Entscheidkompetenz versagt. Die Einräumung der behördlichen Verfügungskompetenz durch das KG 1995 und die Schaffung der Sanktionskompetenz durch die KG-Revision 2003 sind als wirtschaftspolitische Meilensteine hin zu wirksamem Schutz des Wettbewerbs zu bewerten. Ausserdem überwiegt das sanktionsrechtliche Behördensystem in Europa bei weitem. Die Lage in den USA ist nicht vergleichbar, da hier ein überaus schneidiges *private enforcement* zur Verfügung steht.

Der andere wichtige Aspekt des *Publigroupe*-Entscheids betrifft das Verhältnis zum europäischen Kartellrecht. Das Bundesgericht hob diesmal andere Aussagen aus der Botschaft zum KG hervor und stellte insbesondere im Zusammenhang mit dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen fest, dass «das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert», und dass deshalb «auch die Praxis zu Art. 102 [...] AEUV [...] zu berücksichtigen» sei.⁴⁴ Dies waren deutlich andere Töne als im Terminierungsentscheid.

c) *ADSL und Hallenstadion*

Volle Wirksamkeit erreichte diese Grundlage im *ADSL*-Urteil.⁴⁵ In ausdrücklicher Anlehnung an die EU-Fallpraxis bestätigte das Bundesgericht, dass eine Kosten-Preis-Schere eine eigene Missbrauchsform nach Art. 7 Abs. 1 KG sei⁴⁶ und bestätigte die direkte Sanktion in der vom Bundesverwaltungsgericht angepassten Höhe. In *Publigroupe* hatte das Bundesgericht noch offengelassen, ob der Bestimmtheitsgrundsatz die Sanktionierung für einen allgemeinen Missbrauch erlaube, oder aber ob immer das Vorliegen eines Beispieltatbestands aus der Liste des Art. 7 Abs. 2 KG nachzuweisen sei.⁴⁷ *ADSL* liest sich nun auf den ersten Blick so, als ob diese Streitfrage zugunsten der Sanktionierbarkeit allgemeiner Missbräuche entschieden sei. Bei genauerer Betrachtung bringt das Bundesgericht aber doch einen Beispieltatbestand ins Spiel, nämlich Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, wenn auch nur kurz und kryptisch.⁴⁸ Dennoch

⁴⁴ BGE 139 I 72 (89).

⁴⁵ BGE 146 II 217.

⁴⁶ Diskussion anderer Qualifikationsmöglichkeiten auf S. 244 ff.

⁴⁷ BGE 139 I 72 (87).

⁴⁸ BGE 146 II 217 (246, 251). Die WEKO hatte Diskriminierung gem. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG angenommen; das BVGer war dem nicht gefolgt, sondern hatte die Kosten-Preis-Schere als eigenständige Form eines missbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 Abs. 1 KG qualifiziert. Mit *Fermat*'scher Chuzpe stellt das Bundesgericht fest, es müsse «nicht weiter vertieft werden», warum Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vorliege (246, 251).

sei hier die Deutung vorgeschlagen, dass die Sanktionierung allgemeiner Missbräuche zumindest dann mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar ist, wenn es für die Unternehmen ausreichend vorhersehbar war, dass das Verhalten als Missbrauch eingestuft werden kann. Vorhersehbarkeit kann durch Fallrecht geschaffen werden, wobei angesichts der Ähnlichkeit der Tatbestände auch das Fallrecht in der EU relevant ist. Im Fall von Kosten-Preis-Scheren bestehen an der Vorhersehbarkeit keine Zweifel.⁴⁹

Im Fall *Hallenstadion* nahm das Bundesgericht eine schulmässige Prüfung der marktbeherrschenden Stellung und des Missbrauchs vor. Es zitierte hierbei gleichermassen Literatur zum schweizerischen und zum europäischen Kartellrecht. In der Tat: Nicht nur der Ausbeutungsmissbrauch nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, sondern auch der Kopplungsmissbrauch nach lit. f dieser Bestimmung ist eng an die entsprechenden Formulierungen in Art. 102 AEUV angelehnt, auch wenn einzelne Unterschiede bestehen.⁵⁰ Dies legt eine Rezeption des einschlägigen EU-Fallrechts nahe. Die Prüfung des Kopplungsmissbrauchs durch das Bundesgericht unterscheidet sich denn auch nicht von der Handhabung dieser Fallgruppe im EU-Recht.⁵¹

2. Vertikale Wettbewerbsabreden

Art. 5 Abs. 4 KG, der Vermutungstatbestand für zwei besonders schädliche Typen von Vertikalabreden, wurde durch die KG-Revision von 2003 in das Kartellgesetz eingefügt. In den Urteilen *Gaba* und *BMW* verlieh das Bundesgericht der Fallgruppe des absoluten Gebietschutzes Konturen; in *Altimum* und *Hors-Liste* folgten wichtige Ausführungen zur vertikalen Preisbindung.

Von herausragender Bedeutung, weit über das Thema des absoluten Gebietschutzes hinaus, ist das *Gaba*-Urteil aus dem Jahr 2016.⁵² Es kann hier nicht

⁴⁹ Für diesen Spezialfall ausdrücklich BGE 146 II 217 (251): «Insgesamt lässt sich dadurch der Begriff des Missbrauchs in Art. 7 Abs. 1 KG in Bezug auf Kosten-Preis-Scheren so konkretisieren, dass er im Sinne von Art. 7 EMRK genügend bestimmt ist».

⁵⁰ Z.B. erfasst die Formulierung des KG sowohl Kopplungen auf Angebots- als auch auf Nachfrageseite, während die Formulierung in Art. 102 S. 2 lit. d AEUV auf Kopplungsgeschäfte von Anbietern beschränkt ist. Wegen der grundlegenden Bedeutung des allgemeinen Missbrauchsverbots in Art. 102 S. 1 AEUV führt dies aber im Ergebnis nicht zu Abweichungen.

⁵¹ Vgl. BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.

⁵² BGE 143 II 297.

auf die zahlreichen wichtigen Aspekte dieses Entscheids eingegangen werden.⁵³ Im Zentrum steht die Aussage, dass Verhaltensweisen, die unter einen der Vermutungstatbestände in Art. 5 KG fallen, nach Widerlegung der Vermutung «grundsätzlich» erheblich sind, ohne dass es einer weiteren quantitativen Begründung bedürfte. Das Bundesgericht erteilte hierdurch Tendenzen in Praxis und Lehre eine Absage, die aus dem Kriterium der Erheblichkeit das Zentrum der kartellrechtlichen Prüfung machen wollten. Demgegenüber führt das Bundesgericht den Begriff der Erheblichkeit auf die Bedeutung zurück, die der Gesetzgeber ihm ursprünglich zugemessen hatte, nämlich die einer Bagatellklausel.⁵⁴ In Übereinstimmung beispielsweise mit dem europäischen Recht und dem dort benutzten Kriterium der Spürbarkeit sollen Bagatellen aussortiert werden.⁵⁵

Der *Gaba*-Entscheid hat die Rechtssicherheit in Bezug auf Art. 5 KG entscheidend gestärkt und gleichzeitig die Effizienzrechtfertigung aufgewertet. Die Verlagerung der ökonomischen Analyse im Fall von Vermutungstatbeständen auf Art. 5 Abs. 2 KG ist als wichtiger Fortschritt zu werten (s. bereits oben III.A.2). Die Motion FRANÇAIS,⁵⁶ welche das Rad vor *Gaba* zurückdrehen möchte, indem stets auch quantitative Aspekte zu prüfen seien, verkennt diese Zusammenhänge und würde in die alte Welt zurückführen, die von grosser Rechtsunsicherheit geprägt war.⁵⁷ Obwohl Anwaltschaft und Compliance-Programme entschieden davon abraten, harte Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu praktizieren, hätten Unternehmen wieder die Möglichkeit, Kernbeschränkungen mit dem Argument geringer Marktanteile oder niedriger Marktdeckung zu verteidigen.⁵⁸

In *BMW* gelangte das Bundesgericht konsequenterweise zur grundsätzlichen Kartellrechtswidrigkeit von EWR-Klauseln, also von Bestimmungen in ausländischen Vertriebsverträgen, welche den Weiterverkauf der betreffenden Produkte in die Schweiz untersagen und dieses Verbot auch auf passive Verkäufe erstrecken.⁵⁹ Während hier kein Meinungsunterschied zwischen den beiden

⁵³ Hierzu s. beispielsweise HEINEMANN, *Gaba*. So hat der *Gaba*-Entscheid beispielsweise höchstrichterlich geklärt, dass direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG auch nach Umstossung der Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG verhängt werden können.

⁵⁴ S. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 (S. 554).

⁵⁵ BGE 143 II 297 (313 ff.).

⁵⁶ Motion 18.4282, eingereicht am 13.12.2018 von Ständerat OLIVIER FRANÇAIS. Die Motion wurde von beiden Räten angenommen und wird im Rahmen der laufenden KG-Revision behandelt.

⁵⁷ Eindrückliche Analysen der Vor-*Gaba*-Zeit finden sich beispielsweise bei BALDI, Schweizer Kartellgericht, und BAUDENBACHER, Kartellrecht.

⁵⁸ S. die Kritik an der Motion bei HEINEMANN, 25 Jahre, S. 174 f.

⁵⁹ BGer, RPW 2017/4, 689.

Gerichtsinstanzen bestand, hatte das Bundesverwaltungsgericht in *Altimum* die Erheblichkeit verneint, da der WEKO lediglich in Bezug auf 39 (!) Wiederverkäufer der Nachweis vertikaler Preisbindung gelungen sei. Im Verhältnis zu 333 Wiederverkäufern insgesamt seien das nur 12 Prozent, was quantitativ unerheblich sei.⁶⁰ Wenn sich das Bundesverwaltungsgericht mit diesem Raisonement durchgesetzt hätte, wären die kartellrechtlichen Vorgaben in sich zusammengebrochen: Der Nachweis von Vermutungstatbeständen erfordert grossen Aufwand und gelingt zumeist nur in Einzelfällen. In Anwendung der *Gaba*-Prinzipien korrigierte das Bundesgericht diesen Entscheid: Vertikale Preisbindung sei nachgewiesen, was zu grundsätzlicher Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung führe. Die Voraussetzungen einer Effizienzrechtfertigung lägen nicht vor.⁶¹

Schliesslich ist die *Hors-Liste*-Saga zu erwähnen. Nachdem das Bundesgericht zunächst die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes festgehalten hatte,⁶² entschied es 2021, dass Preisempfehlungen bei hohem Befolgungsgrad als abgestimmte Verhaltensweisen zu qualifizieren seien, ohne dass zwingend Druck oder Anreize zur Respektierung der Vorgaben nachzuweisen seien.⁶³

Die Mehrzahl der Beobachter hat kritisch Stellung bezogen und sieht hierin eine Abweichung vom europäischen Kartellrecht. Dem kann nicht zugestimmt werden. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass den Kategorien von Druck und Anreiz auch im europäischen Recht keine absolute Wirkung zukommt. Art. 4 lit. a der EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen enthält eine Ausnahme von der Freistellungswirkung für vertikale Preisbindung. Die Vorschrift macht eine Gegenausnahme für Preisempfehlungen, aber nur für den Fall, dass sie nicht durch Druck oder Anreize begleitet werden. Diese Vorgaben beziehen sich lediglich auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtfertigung für ein tatbestandsmässiges Verhalten greift. In *Hors-Liste* geht es demgegenüber um die Frage, ob überhaupt der Tatbestand, nämlich eine abgestimmte Verhaltensweise, vorliegt. Zudem ist der Sachverhalt in *Hors-Liste* anders gelagert als in typischen Preisempfehlungsfällen. Er ist nicht nur durch einen hohen Befolgungsgrad gekennzeichnet, sondern auch durch die intensive, nämlich monate- und jahrelange Kommunikation zwischen Herstellern und Detaillisten, durch die elektronische Einspeisung von Preisen in die Kassensysteme der Detaillisten sowie durch die tagesaktuelle Anpassung der Endverkaufspreise. Nur weil die schweizerischen Behörden und Gerichte

⁶⁰ BVGer, RPW 2015/4, 845, E. 6.4.4.–6.5.

⁶¹ BGE 144 II 246.

⁶² BGE 141 II 66.

⁶³ Getrennt nach Parteien liegen mehrere Urteile des Bundesgerichts zum *Hors-Liste*-Fall vor; zitiert sei hier nur BGer, RPW 2021/2, 569 (*Pfizer*).

als erste mit einer solchen Fallkonstellation konfrontiert sind, folgt hieraus noch nicht, dass die Lösung strenger ist als in der EU. Es bleibt abzuwarten, wie die europäischen Institutionen mit so «betreuungsintensiven» Preisempfehlungen umgehen werden.

3. *Horizontale Wettbewerbsabreden*

Auch im Bereich der horizontalen Wettbewerbsabreden hat das Bundesgericht wichtige Pflöcke eingeschlagen. In «*Baubeschläge*» hatte das Bundesverwaltungsgericht einen Kartellentscheid der WEKO mit dem Argument aufgehoben, dass eine Preiserhöhung nicht «*einzig kausal*» auf ein Kartelltreffen inländischer Händler zurückgeführt werden könne, sondern möglicherweise auch auf den Preisvorgaben eines ausländischen Herstellerkartells beruhe.⁶⁴ Das Bundesgericht stellte klar, dass es nicht auf ein «*Preisdiktat*» der Hersteller ankomme, sondern dass massgeblich sei, «*ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen haben, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. hier weiterzugeben*».⁶⁵

Im Fall «*Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*» hat das Bundesgericht eine Beschwerde abgewiesen und damit die Vorinstanzen bestätigt.⁶⁶ Diese waren zu dem (für viele andere Fälle wichtigen) Schluss gelangt, dass Submissionskartelle die Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 lit. a (Preisabreden) und lit. c KG (Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern) erfüllen.

4. *Fazit*

Auch nach Einführung der direkten Sanktionen bestanden zunächst Orientierungsschwierigkeiten. Obwohl sich der Gesetzgeber im Bereich des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen besonders eng an das EU-Kartellrecht angelehnt hat, schreckte das Bundesgericht vor der Sanktionierung zurück, indem es eine zweckwidrige Auslegung des Begriffs der «*Erzwingung*» i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vornahm. In der Folge korrigierte das Gericht (unausgesprochen) seine Linie und geht heute davon aus, dass für «*die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu*

⁶⁴ S. z.B. BVGer, RPW 2014/3, 548 (S. 568).

⁶⁵ BGer, RPW 2017/3, 524 (S. 527); 528 (S. 531).

⁶⁶ RPW 2020/4b, 2079.

Art. 102 AEUV berücksichtigt werden» könne.⁶⁷ Im Bereich der Wettbewerbsabreden ist der *Gaba*-Entscheid von nicht zu überschätzender Bedeutung. Die grundsätzliche Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen hat für eine angemessene Balance formbasierter und wirkungsorientierter Umstände gesorgt und das schweizerische Recht aus dem Tal der Unsicherheit geführt, in das es durch letztlich willkürliche Anforderungen an quantitative Kriterien geraten war.

C. Missbrauchsprinzip?

Hartnäckig hält sich bei manchem Beobachter die Ansicht, dass sich das schweizerische Kartellrecht fundamental von ausländischen Kartellrechtsordnungen unterscheide. Immer noch wird zu diesem Zweck auf das angeblich geltende Missbrauchsprinzip verwiesen und hieraus ein Gegensatz zum Verbotsprinzip in den meisten ausländischen Gesetzen konstruiert. In der Tat folgte das schweizerische Kartellrecht ursprünglich dem Missbrauchsprinzip. Dies gilt auch für das Kartellgesetz von 1995. Allerdings wird häufig übersehen, dass sich durch die Einführung der direkten Sanktionen durch die KG-Revision von 2003 etwas Entscheidendes geändert hat: Nach dem Missbrauchsprinzip ist tatbestandsmässiges Verhalten zunächst erlaubt und wird erst mit dem rechtskräftigen Entscheid einer Rechtsanwendungsinstanz unzulässig. Direkte Sanktionen sind hingegen nur mit dem Verbotsprinzip erklärbar. Diejenigen, die zur Abstützung des Missbrauchsprinzips auf Art. 96 Abs. 1 BV, nämlich die «schädlichen Auswirkungen» von Wettbewerbsbeschränkungen verweisen, bringen zwei völlig unterschiedliche Aspekte durcheinander: Die Wirkungsweise kartellrechtlicher Normen (Missbrauchs- oder Verbotsprinzip) ist etwas anderes als die inhaltliche Ausgestaltung dieser Normen (formorientierte oder auswirkungsbezogene Betrachtungsweise).

Es ist hier nicht der Ort, auf die Details einzugehen.⁶⁸ In diesem Beitrag soll die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Vordergrund stehen. Für die Grundsatzfrage ist ein Entscheid aus dem Jahr 2008 von grösstem Interesse. Hier entschied das Bundesgericht die lang und intensiv diskutierte Frage, ob kartellrechtswidrige Rechtsgeschäfte *ex tunc* oder *ex nunc* nichtig seien. Die Botschaft zum KG 1995 hatte hierzu eine eindeutige Vorgabe gemacht:

⁶⁷ BGE 146 II 217 (228).

⁶⁸ S. hierzu, auch zu den verfassungsrechtlichen Aspekten, die Analyse bei HEINEMANN, in: DIKE-Kommentar KG, Nach Art. 1 N. 78 ff.

«Unter dem durch die Bundesverfassung vorgegebenen Missbrauchsprinzip kann eine Wettbewerbsbeschränkung erst als unzulässig gelten und mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit belegt werden, wenn ihre Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist. Das Missbrauchsprinzip lässt keine Nichtigkeit *ex tunc*, sondern lediglich eine solche *ex nunc zu*.»⁶⁹

Das Bundesgericht folgte dem nicht, sondern entschied sich für eine Nichtigkeit *ex tunc* gem. Art. 20 OR, ohne die entgegenstehenden Ausführungen in der Botschaft auch nur zu erwähnen.⁷⁰ In Abwesenheit einer entsprechenden Begründung lässt sich dem Entscheid keine direkte Aussage zur Frage nach dem Missbrauchs- oder Verbotsprinzip entnehmen. Es sei aber die Feststellung erlaubt, dass die aus der Welt des Missbrauchsprinzips stammende Annahme von *ex nunc*-Nichtigkeit dem Bundesgericht im Jahr 2008 nicht mehr eingeleuchtet hat. Ganz im Gegenteil: Der in diesem Beitrag referierten Rechtsprechung lässt sich eine zunehmende Annäherung an das EU-Kartellrecht entnehmen, das immer schon dem Verbotsprinzip folgte.⁷¹ Den bisherigen Höhepunkt erreichte diese Entwicklung im *Gaba*-Entscheid, in dem das Bundesgericht in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG materielle Identität zwischen schweizerischem und europäischem Kartellrecht feststellte, soweit sich seit der KG-Revision von 2003 im europäischen Recht nichts Grundlegendes geändert hat.⁷²

Aus der Sicht des Verfassers könnte das Bundesgericht durchaus auch den letzten Schritt vollziehen, nämlich den Übergang zum Verbotsprinzip feststellen. Dies ist aber lediglich von theoretischem Interesse. Schon jetzt ist vor dem Bundesgericht mit dem Hinweis auf das Missbrauchsprinzip kein Blumentopf zu gewinnen. Ein Parteivorbringen, das allgemein mit dem Missbrauchsprinzip argumentiert, wird zurückgewiesen.⁷³ Das Missbrauchsprinzip erweist sich damit als Gespenst, das zwar immer noch herumgeistert, aber keinen Einfluss mehr auf das normative Geschehen nimmt.

⁶⁹ Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 (S. 553).

⁷⁰ BGE 134 III 438 (441 ff.).

⁷¹ In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat sich – umgekehrt – das europäische auf das schweizerische Kartellrecht zubewegt, indem 2004 das Anmelde- und Genehmigungssystem durch das System der Legalausnahme ersetzt wurde.

⁷² BGE 143 II 297 (327); vorbehalten bleiben Besonderheiten des Landes, wie z.B. die grössere Schutzbedürftigkeit gegenüber absolutem Gebietsschutz (328).

⁷³ S. z.B. BGE 143 II 297 (320 f.).

IV. **Ausblick**

JOSEF KOHLER, der Titan des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts, hat bekanntlich seine Darstellung des Wettbewerbsrechts aus dem Jahr 1914 dem «Schweizer Bundesgericht in Lausanne, dem hervorragendsten Gerichte des Kontinents» gewidmet.⁷⁴ Er würdigte damit die innovative normative Leistung, dem Wettbewerbsrecht ein persönlichkeitsrechtliches Fundament eingezogen zu haben.⁷⁵ KOHLER bezog sein Lob auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb. Schon früh hat das Bundesgericht den persönlichkeitsrechtlichen Ansatz auch dazu genutzt, ein gänzlich neues Gebiet zu konstituieren, nämlich ein Kartellrecht *avant la lettre* zu schaffen. Auch wenn dieses Recht – dem Geist der Zeit entsprechend – ausgesprochen kartellfreundlich war, hat es grossen Einfluss auf die weitere Entwicklung, insbesondere die ersten Kartellgesetze genommen.

Mit dem Kartellgesetz von 1995 hat der Gesetzgeber sodann einen Einschnitt vollzogen, indem er das Kartellrecht konsequent auf den Schutz wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet hat. Die Einführung direkter Sanktionen 2003 sorgte für den nötigen Biss und machte klar, dass – im Gegensatz zu früher – kartellrechtswidriges Verhalten von Anfang an und nicht erst mit dem rechtskräftigen Entscheid einer Rechtsanwendungsinstanz verboten ist. Das Bundesgericht hat diesen Änderungen zum Durchbruch verholfen, wenn auch bisweilen mit zeitlicher Verzögerung. Einen Höhepunkt dieser Entwicklung stellt das *Gaba*-Urteil aus dem Jahr 2016 dar. Besorgniserregend sind aktuelle Tendenzen, das Rad in die alte Zeit zurückzudrehen. Selbstverständlich hat der Gesetzgeber im demokratischen Rechtsstaat die Möglichkeit, unerwünschte gerichtliche Entwicklungen zu korrigieren: Der Geehrte hat Fragen der Machtverteilung zwischen Gerichten und Gesetzgeber seit seiner Habilitationsschrift⁷⁶ denn auch intensiv thematisiert.

Allerdings fällt auf, dass die parlamentarischen Vorstösse seltsam losgelöst von den weltweiten Entwicklungen sind. Während in der internationalen Debatte die Frage im Vordergrund steht, wie auf Wettbewerbsprobleme in der Digitalwirtschaft zu reagieren ist, oder ob es besonderer Vorschriften für Unternehmenskooperationen zur Erreichung der Pariser Klimaziele bedarf, weist die Forderung nach Korrektur des *Gaba*-Entscheids in die Vergangenheit. Statt einen Leuchtturm der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einzureissen, sollte das Kartellrecht vom Gesetzgeber weiterentwickelt werden, um für die grossen

⁷⁴ KOHLER, S. VII (Hervorhebungen weggelassen).

⁷⁵ S. THIER, in: DIKE-Kommentar UWG, 1. Teil § 2 N. 12.

⁷⁶ SEILER, Gewaltenteilung.

Zukunftsfragen gewappnet zu sein.⁷⁷ Unterbleibt dies, wird es in letzter Instanz die Aufgabe des Bundesgerichts sein, adäquate Antworten auf neue Fragestellungen zu geben. Der Überblick über die eindruckliche Entwicklung der Rechtsprechung zeigt, dass das Bundesgericht dieser komplexen Aufgabe sicherlich gewachsen ist. Auch in Abwesenheit zukunftsgerichteter Gesetzesänderungen wird so eine Kartellrechtspraxis möglich, welche die neuen Herausforderungen tatkräftig anpackt und dafür sorgt, dass das Wettbewerbsprinzip nicht erneut ausser Kraft gesetzt wird.

V. Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz (KG), Basel 2010 (zit. AUTOR/AUTORIN, in: BSK Kartellgesetz)
- BALDI MARINO, Zur «Philosophie» des neuen Kartellgesetzes, Festschrift für Franz A. Blankart zum 60. Geburtstag, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 349 ff. (zit. BALDI, Philosophie)
- BALDI MARINO, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, S. 315 ff. (zit. BALDI, Schweizer Kartellgericht)
- BAUDENBACHER CARL, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, in: Jusletter 2. Februar 2015
- GRABER CARDINAUX ANDREA, Neuste Entwicklungen im Vertriebskartellrecht, in: Jusletter 15. Oktober 2018
- HEINEMANN ANDREAS, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR 135/2016 I S. 431 ff. (zit. HEINEMANN, Marktwirtschaft)
- HEINEMANN ANDREAS, Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 137/2018 I S. 103 ff. (zit. HEINEMANN, *Gaba*)
- HEINEMANN ANDREAS, 25 Jahre Kartellgesetz, ius.full 2021, S. 166 ff. (zit. HEINEMANN, 25 Jahre)
- HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (Hrsg.), UWG – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. AUTOR/AUTORIN, in: DIKE-Kommentar UWG)

⁷⁷ Für Österreich s. das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz vom 9.9.2021 (BGBl. I Nr. 176/2021); für Deutschland s. das GWB-Digitalisierungsgesetz vom 18.1.2021 (BGBl. I 2); für die EU s. den Vorschlag der Europäischen Kommission für einen Digital Markets Act (DMA) vom 15.12.2020, COM(2020) 842 final.

- KEMPIN EMILIE, Die Cartellgesetzgebung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Das Handels-Museum, Bd. 7 Nr. 24, Wien, 16. Juni 1892, S. 317 ff
- KOHLER JOSEF, Der unlautere Wettbewerb – Darstellung des Wettbewerbsrechts, Berlin, Leipzig 1914
- KOLLER ARNOLD, Vom Kartellgesetz 1962 zur Wettbewerbspolitik der neuen Bundesverfassung, AJP 2020, S. 157 ff.
- MOUSSON LAURENT, Einheitspfütze – nein, danke!, Schweizer Monat, Sonderpublikation Juni 2018, S. 25 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Gewaltenteilung – Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Bern 1994 (zit. SEILER, Gewaltenteilung)
- SEILER HANSJÖRG, Das Verhältnis zwischen Richterrecht und formellem Gesetzgeber, LeGes 2016, S. 357 ff. (zit. SEILER, Richterrecht)
- STOFFEL WALTER A., Wirtschaftsfreiheit oder Kartellfreiheit? Der Wandel eines Begriffes im Spiegel der schweizerischen Kartellrechtsrevisionen, Festgabe für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, Freiburg i.Üe. 2003, S. 673 ff. (zit. STOFFEL, Wirtschaftsfreiheit)
- STOFFEL WALTER A., Das Wunder des Wettbewerbsrechts, Schweizer Monat 2019, S. 16 ff. (zit. STOFFEL, Wunder)
- THIER ANDREAS, Schweizerische Kartellrechtstradition und “more economic approach” – Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechungspraxis 1896–1960, in: Kommunikation – Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 621 ff.
- ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005
- ZÄCH ROGER et al. (Hrsg.), KG – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. AUTOR/AUTORIN, in: DIKE-Kommentar KG)