

Multitasking in der Missbrauchsaufsicht:

Die Kompensationsfunktionen von Artikel 7 Kartellgesetz

Andreas Heinemann*

Market economies are based on competition. In the absence of competition, prices rise, factor allocation is not optimal and the incentives to increase productivity and to innovate are impaired. In order to avoid these disadvantages, Article 7 Cartel Act complements the control by competition with a special abuse control. The basic function of this rule is thus to compensate for a lack of competition. So far, insufficient attention has been paid to the fact that, in view of the specific design of the Swiss legal and regulatory framework, Article 7 Cartel Act must in addition fulfil certain sub-functions. The provision corrects deficits in market opening and thereby brings movement into a thicket characterized by vested interests. Cautious sectoral regulation is justified by the fact that there is still the control by competition law. Moreover, the new rules on relative market power are supposed to compensate for insufficient market integration. Finally, the prohibition of abuse is expected to step into the breach created by a wait-and-see approach to digital legislation. The legislature regularly points out that strict regulation is unnecessary because competition law can solve remaining problems. Unfortunately, this interrelationship is not always respected in practice. It is therefore time to coordinate the application of Article 7 Cartel Act more closely with neighbouring areas of economic law. This is the only way to achieve consistency of the regulatory framework.

- I. Ausgangspunkt**
- II. Kompensation mangelnden Wettbewerbs**
- III. Kompensation unterbliebener Marktöffnung**
- IV. Kompensation zurückhaltender Sektorregulierung**
- V. Kompensation unzureichender Marktintegration**
- VI. Kompensation zuwartender Digitalregulierung**
- VII. Schlussfolgerungen**

I. Ausgangspunkt

Im Mittelpunkt der allgemeinen Darstellungen zum Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in Art. 7 KG steht in aller Regel und vollkommen zu Recht die folgende Feststellung: Aus dem kumulativen Erfordernis der beiden Tatbestandsmerkmale Marktbeherrschung und Missbrauch folgt, dass nicht bereits die Erlangung oder das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung problematisch ist, sondern erst der Missbrauch einer solchen Position der Stärke.¹ Auf dieser Grundlage werden dann die Etappen dargestellt, die es bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung zu bewältigen gilt, sowie die

* Prof. Dr. iur., Universität Zürich, Präsident der Wettbewerbskommission. Der Verfasser gibt seine persönliche Auffassung wieder.

¹ S z.B. *Evelyne Clerc*, CR Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 7 I LCart, N. 1; *Rolf H. Weber/Stephanie Volz*, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, N. 2.498; *Roger Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N. 527 f.

Fallgruppen erläutert, die im Umfeld von Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch zu unterscheiden sind. Eine faszinierende, aber auch erschlagende Fülle von Einzelfragen und Anwendungsproblemen tut sich sodann auf, hinter welcher der Gesamtzusammenhang bisweilen verloren geht. Dieser Beitrag soll an die Grundfunktion des Missbrauchsverbots erinnern und hieraus verschiedene Teilfunktionen ableiten, die bisher keine ausreichende Beachtung gefunden haben. Es wird sich zeigen, dass Art. 7 KG infolge der spezifischen Ausgestaltung des schweizerischen Wirtschafts- und Regulierungsrechts sehr viel mehr Aufgaben zu stemmen hat als beispielsweise die Parallelvorschrift im EU-Recht, nämlich Art. 102 AEUV.

Die Botschaft zum KG 1995 verweist bereits für die damalige Zeit auf den «ausserordentlich hohen Konzentrationsgrad» der schweizerischen Wirtschaft und leitet hieraus das Bedürfnis nach einem Missbrauchsverbot ab, das zudem ein «unverzichtbares Korrelat zur beabsichtigten schärferen Gangart der Wettbewerbspolitik im Bereich der Wettbewerbsabreden» sei.² Besonders hervorgehoben wird das «Anliegen, wettbewerbswidrige Praktiken öffentlicher Unternehmen besser ins Recht fassen zu können».³ Art. 7 KG schränkt den Verhaltensspielraum von Marktbeherrschern ein, indem die Vorschrift ihnen die missbräuchliche Behinderung anderer Unternehmen sowie die missbräuchliche Benachteiligung der Marktgegenseite untersagt. In diesem Sinn tragen marktbeherrschende Unternehmen eine «besondere Verantwortung».⁴ Kein Missbrauch liegt hingegen vor, wenn die betreffende Verhaltensweise durch sachliche Gründe (*legitimate business reasons*) gerechtfertigt ist.⁵

Die primäre Aufgabe von Art. 7 KG besteht also in der *Kompensation* eines Defizits an Wettbewerb. Besteht auf einem Markt eine marktbeherrschende Stellung, funktioniert die Kontrolle durch die Wettbewerber nicht mehr, da der Marktbeherrscher per definitionem die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten hat (Art. 4 Abs. 2 KG). Die Kontrolle durch den Wettbewerb wird dann – ganz oder teilweise – durch eine besondere Missbrauchsaufsicht ersetzt.⁶ Die nähere Analyse des einschlägigen Fallrechts zeigt, dass es möglich und geboten ist, die allgemeine wettbewerbliche Defizitkompensationsfunktion in besondere Teilfunktionen aufzufächern und hierdurch anzureichern. Hier werden vier solcher Teilfunktionen unterschieden, wobei die Aufzählung nicht abschliessend sein soll und Ergänzungen stets willkommen sind. Im Folgenden wird zunächst die Grundfunktion von Art. 7 KG beschrieben, die in der Kompensation mangelnden Wettbewerbs besteht (II.). Es folgen die Teilfunktionen, nämlich der Einsatz des Missbrauchsverbots zur Kompensation unterbliebener Marktöffnung (III.), zur Kompensation zurückhaltender Sektorregulierung (IV.), zur Kompensation unzureichender Marktintegration (V.) und zur Kompensation zuwartender Digitalgesetzgebung (VI.). Aus der Existenz eines umfassenden Funktionenbündels ergeben sich Konsequenzen für die Auslegung von Art. 7 KG (VII.). Der Grundansatz der theoretischen Analyse ist ein praktischer: Eine repräsentative Auswahl aus

² Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), 23.11.1994, BBl 1995 I 468 (518).

³ Ibid.

⁴ BGE 146 II 217 (226); s. insbesondere auch *Marc Amstutz/Blaise Carron*, BSK Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG, N. 72 f.; *Evelyne Clerc*, CR Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 7 I LCart, Rn. 81.

⁵ BGE 139 I 72 (103 f.).

⁶ *Vincent Martenet/Andreas Heinemann*, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Genf 2021, 107; zum EU-Kartellrecht s. z.B. *Helmuth Schröter/Ulrich Bartl*, in: Grosskommentar Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, Art. 102 AEUV, N. 22, 24, 36.

dem einschlägigen Fallrecht soll veranschaulichen, wie multifunktional der Einsatz des Missbrauchsverbots in der Rechtspraxis ausfällt.

II. Die Grundfunktion: Kompensation mangelnden Wettbewerbs

Die Annäherung an das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen erfolgt häufig in Form eines Paradoxons: Einerseits sei es der Marktwirtschaft immanent, dass erfolgreiche Unternehmen ihre Marktanteile kontinuierlich steigern. Andererseits bekommen sie ein Problem mit dem Kartellrecht, nämlich mit Art. 7 KG, wenn sie die Schwelle der Marktbeherrschung erreichen.⁷ Die Widersprüche eines Paradoxons sind häufig nur scheinbare, und ihre Durchdringung dient dazu, zu einem besseren Verständnis in der Sache zu gelangen. Dieser Beitrag möchte auch aufzeigen, dass die «besondere Verantwortung» von Marktbeherrschern mit dem Marktmechanismus durchaus vereinbar ist, für eine funktionierende Marktwirtschaft sogar zwingend erforderlich ist. Die Analyse der Teilfunktionen von Art. 7 KG wird dies besonders deutlich machen, aber schon in Bezug auf die Grundfunktion wird deutlich, dass es sich bei dem Begriffspaar Erfolg und Eingriff (nämlich auf der Grundlage von Art. 7 KG) nicht um ein Paradoxon, sondern um ein Korrelat handelt. Dies sei an zwei besonders komplexen Fällen veranschaulicht.

1. DCC

Im Fall «Dynamic Currency Conversion (DCC)» ging es um das in technischen Kontexten fundamentale Problem, unter welchen Voraussetzungen ein marktbeherrschendes Unternehmen anderen Marktteilnehmern Zugang zu Schnittstelleninformationen gewähren muss. Nach den Feststellungen der Wettbewerbskommission (im Folgenden: WEKO),⁸ bestätigt vom Bundesverwaltungsgericht,⁹ hatte die SIX Group eine marktbeherrschende Stellung im Zahlkartenakzeptanzgeschäft. Das Unternehmen verweigerte die Herausgabe von Schnittstelleninformationen, die für die Hersteller von Zahlkartenterminals nötig sind, damit auf ihren Geräten die automatische Währungsumrechnung (nämlich «DCC») verfügbar ist. Die Händler hatten eine Präferenz für Terminals mit dieser Funktion, da sie an den entstehenden Einnahmen partizipieren. So erlangten die Terminals einer Konzerngesellschaft der SIX Group einen Vorteil im Wettbewerb. Hierin sah die WEKO, wiederum bestätigt durch das Bundesverwaltungsgericht, einen Missbrauch. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist umfangreich und behandelt zahlreiche Probleme.¹⁰ Hervorgehoben sei, dass das Bundesverwaltungsgericht in dieser Entscheidung die neue Fallgruppe der «Interoperabilitätsverweigerung» schuf, an deren Missbräuchlichkeit geringere Anforderungen zu stellen seien als beispielsweise an Lizenzverweigerungen.¹¹ Wenn ein Unternehmen ein vernetztes Primärprodukt auf den Markt bringt, signalisiere es, dass eine Anbindung an die Produkte anderer Netzteilnehmer möglich sei, weshalb es grundsätzlich verpflichtet sei, die Schnittstelleninformationen offenzulegen.¹² Das Gericht setzt sich auch mit der Frage auseinander, ob eine solche Offenlegungspflicht die Investitions- oder

⁷ S. beispielsweise die eingehende Darstellung bei *Marc Amstutz/Blaise Carron*, BSK Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG, N. 1 ff.

⁸ WEKO, 29.11.2010 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), RPW 2011/1, 96.

⁹ BVGer, 18.12.2018, B-831/2011 – SIX/WEKO (im Folgenden «BVGer – DCC»); das Urteil ist nicht rechtskräftig.

¹⁰ S. die hilfreiche Zusammenfassung von SIMON BANGERTER, DCC-Urteil reduced, Jusletter 14. Oktober 2019.

¹¹ BVGer – DCC, E. 784, 942.

¹² BVGer – DCC, E. 1002 f.

Innovationsanreize vermindere, und verneint diese Frage. Im konkreten Fall kämen solche Effekte von vornherein nicht in Betracht, da die DCC-Funktion nicht von der Marktbeherrscherin entwickelt, sondern von anderen Unternehmen übernommen worden sei. Aber auch über diese Einzelfallbetrachtung hinaus könne die Pflicht zur Herausgabe von Schnittstelleninformationen die Innovationsfunktion des Wettbewerbs nicht beeinträchtigen, da solche Informationen keine Angaben zum Quellcode eines Anwendungsprogramms enthielten, fremde Software also nicht ohne eigene Leistung kopiert werden könne.¹³ Der Fall ist nicht rechtskräftig abgeschlossen, sondern wurde zum Bundesgericht weitergezogen.

Die allgemeine Kompensationsfunktion von Art. 7 KG tritt im DCC-Fall deutlich hervor. Ohne Zugang zur DCC-Funktion sind konkurrierende Produkte nicht attraktiv, so dass der Wettbewerb ausgehebelt wird. Die Gewährung des Zugangs zu den Schnittstelleninformationen sorgt dafür, dass Wettbewerb überhaupt möglich wird. Die Geräte der Marktbeherrscherin nehmen an diesem Wettbewerb teil, müssen nun aber mit Qualität und Preis trumpfen, ohne von Kompatibilitätsproblemen profitieren zu können. Ein Widerspruch zum Grundmechanismus der Marktwirtschaft entsteht nicht. Die Marktbeherrschung besteht auf einem anderen Markt, nämlich beim Zahlkartenakzeptanzgeschäft. Der Erfolg hier wird nicht angetastet, umfasst jedoch nicht die Freiheit, die Marktbeherrschung auf benachbarte Märkte auszudehnen, jedenfalls nicht mit Mitteln, die vom Grundsatz des Leistungswettbewerbs abweichen. Damit erweist sich die Grundfunktion von Art. 7 KG als Anwendungsfall des Freiheitsparadoxons.¹⁴

Auf Anwendungsebene stellt das Bundesverwaltungsgericht diesen Zusammenhang dadurch her, dass es der Vermarktung vernetzter Produkte ein allgemeines Interoperabilitätsversprechen entnimmt.¹⁵ Diese Annahme wirkt konstruiert. Es wäre angemessener, dem Missbrauchsverbot die objektive Regel zu entnehmen, dass eine beherrschende Stellung nicht durch Ausnutzen von Interoperabilitätswängen auf benachbarte Märkte ausgedehnt werden darf. Aber auch wenn man der «Pollizitationstheorie»¹⁶ des Gerichts folgt, wird man aufgrund des zwingenden Charakters von Art. 7 KG die Annahme einer impliziten Erklärung als *praesumptio iuris et de iure* zu verstehen haben, also als unwiderlegliche Vermutung, die nicht durch eine entgegenstehende Verlautbarung des Anbieters aus der Welt geräumt werden kann. Sonst hätte der Marktbeherrscher es in der Hand, durch öffentliche Verlautbarung klarzustellen, dass er nicht die Interoperabilität mit Konkurrenzprodukten zusage, was dem Zweck von Art. 7 KG widerspräche.

2. Swatch Group Lieferstopp

Im Jahr 2013 genehmigte die WEKO eine einvernehmliche Regelung mit der *Swatch Group*: Die Konzerngesellschaft *ETA* verpflichtete sich hierin, bis Ende 2019 bestimmte (und kontinuierlich sinkende) Mengen an mechanischen Uhrwerken an Hersteller mechanischer Uhren zu liefern. Nach den Feststellungen der WEKO hatte die *ETA* eine beherrschende Stellung auf dem Markt für mechanische Uhrwerke, und die Uhrenproduzenten waren auf die Lieferung der Uhrwerke angewiesen. Von einem «normalen» kartellrechtlichen Fall zum Kontrahierungszwang unterscheidet sich das *Swatch*-Verfahren durch die originelle *phasing*

¹³ BVGer – DCC, E. 767 ff.; entgegenstehende Behauptungen seien «demnach nur als Versuch einer Irreführung der Wettbewerbsbehörden und des Gerichts zu werten» (N. 772).

¹⁴ Vgl. hierzu *Marc Amstutz/Blaise Carron*, BSK Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG, N. 4.

¹⁵ S.o. Fn. 12.

¹⁶ Zur *pollicitatio* als einseitiges Rechtsgeschäft im Kontext der Auslobung (Art. 8 OR) s. beispielsweise *Corinne Zellweger-Gutknecht*, BSK Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 8 OR N. 7 ff.

out-Lösung. Anstatt sich auf eine allgemeine Anordnung von Kontrahierungszwang zu beschränken, stellte die WEKO einen Zeitplan auf und ein Ende der Lieferpflicht in Aussicht. Es sollten hierdurch Anreize geschaffen werden, dass die Hersteller mechanischer Uhren neue Lösungen für die Uhrwerksproduktion finden und die Abhängigkeit von den *ETA*-Uhrwerken zumindest verringern.¹⁷ Nach einer umfassenden Überprüfung der einvernehmlichen Regelung kam die WEKO 2020 zum Ergebnis, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse weitgehend wie erwartet entwickelt hätten, und belies es beim Auslaufen der Lieferpflicht. Allerdings stellte die Behörde auch fest, dass *ETA* weiterhin im Besitz einer marktbeherrschenden Stellung sei und folglich den hiermit besonderen Verhaltenspflichten unterliege, beispielsweise dem Ausbeutungs-, Behinderungs- und Kopplungsverbot.¹⁸

Die Vorgehensweise der WEKO im *Swatch*-Fall ist auf Kritik gestossen, insbesondere in Bezug auf die zeitliche Begrenzung der verfügten Massnahmen. Die Vorgehensweise weiche von der Praxis in der EU und dem dort vertretenen «traditionellen Kontrahierungszwang» ab und führe zu «*market engineering*».¹⁹ Dem kann nicht zugestimmt werden: Was zunächst das Verhältnis zum EU-Recht betrifft, so kommt es durchaus vor, dass die schweizerischen früher als die EU-Instanzen mit einem bestimmten Problem konfrontiert werden. Die Entwicklung eines neuen Lösungsansatzes für ein neues Problem stellt nicht notwendigerweise eine Abweichung vom EU-Recht dar (aus *prius* folgt nicht *aliud*), da ja offen ist, welche Lösung im EU-Recht gefunden werden wird, wobei zu hoffen ist, dass die schweizerische Lösung rechtsvergleichend berücksichtigt wird und im Idealfall *persuasive authority* entwickeln wird. Auch in der Sache überzeugt die Kritik nicht. Eine Regel nach dem Schema «solange Marktbeherrschung, solange Kontrahierungszwang» übersieht die Tatsache, dass ein Eingriff auf der Grundlage von Art. 7 KG stets eine Interessenabwägung voraussetzt, die im Lauf der Zeit zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Die Kritik bleibt einer statischen Analyse verhaftet, während die *phasing out*-Lösung dynamisch denkt: Es sollen Anreize gesetzt werden, die dazu führen, dass Kontrahierungszwang entbehrlich wird. Im *Swatch*-Fall führte diese Vorgehensweise zu einer wettbewerbsfreundlichen Entwicklung: Im Wissen um die zeitliche Begrenzung des Kontrahierungszwangs haben die Uhrenhersteller nicht nur ihre Bezugsquellen diversifiziert, sondern auch Uhrwerke mit besseren Eigenschaften hervorgebracht.

Der Bezug zum Kernthema dieses Aufsatzes ist offensichtlich: Die Anwendung von Art. 7 KG in Form eines Kontrahierungszwangs hat dafür gesorgt, dass Defizite beim Wettbewerb auf dem Markt für Uhrwerke durch die Anordnung von Kontrahierungszwang kompensiert wurden. Da aber Kontrahierungszwang eine Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsfreiheit ist, darf er nicht zu einer wettbewerblichen Hängematte führen, in der man sich im Vertrauen auf dauerhafte Lieferströme ausruhen kann, sondern ist zu begrenzen, wenn der Kontext es erfordert. Dies war hier der Fall, da die Erschliessung neuer Bezugsquellen zumindest in mittlerer Frist realistisch erschien. Die spätere Entwicklung hat die Prognose dann bestätigt.²⁰ Die *phasing out*-Lösung ist also nicht etwa als kartellbehördliche Ingenieurkunst anzusehen, sondern fliesst aus einem dynamischen Verständnis des Wettbewerbs und des Kartellrechts.

¹⁷ WEKO, 21.10.2013 – Swatch Group Lieferstopp, RPW 2014/1, 215.

¹⁸ WEKO, 13.7.2020 – Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung, RPW 2021/2, 306.

¹⁹ Marc Amstutz/Blaise Carron, BSK Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG, N. 58.

²⁰ Wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, wäre eine Anpassung der einvernehmlichen Regelung nach Art. 30 Abs. 3 KG möglich gewesen. Der Überprüfung dieser Möglichkeit diene das in Fn. 18 genannte Verfahren; s. auch WEKO, 24.10.2016 – Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp, RPW 2016/4, 1035.

3. Fazit

Die Hauptaufgabe von Art. 7 KG besteht darin, Defizite an Wettbewerb zu kompensieren. Dies kann den Markt betreffen, auf dem eine marktbeherrschende Stellung besteht. Sehr häufig geht es in den einschlägigen Fällen aber um Hebelwirkung, d.h. Instrumentalisierung von Marktmacht zur Erlangung von Vorteilen auf anderen Märkten. Hier wird schon von vornherein der Erfolg auf dem beherrschten Markt nicht tangiert, da lediglich die leistungswidrige Manipulation anderer Märkte zurückgebunden wird. So verhält es sich z.B. in den beiden vorstehend beschriebenen Fällen. Zu unterstreichen ist, dass der Erfolg des Marktbeherrschers nur insoweit einen Eingriff nach sich zieht, als dieser für die Sicherung wirksamen Wettbewerbs erforderlich ist. Dieser Zusammenhang zeigt, dass für die richtige Ausgestaltung des Korrelats von Erfolg und Eingriff auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz von grundlegender Bedeutung ist.

III. Kompensation unterbliebener Marktöffnung

In der Schweiz verläuft der Abbau öffentlicher Monopole langsamer als beispielsweise in der EU, wo die Netzindustrien bereits ab den 1990er Jahren schrittweise geöffnet wurden. Das Stromversorgungsgesetz kam erst 2007 und bezweckt zwar, «einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen» (Art. 1 Abs. 1 StromVG), führte bis heute aber nur zu einer teilweisen Marktöffnung.²¹ Die im Prinzip vorgesehene vollständige Öffnung des Strommarkts ist bisher immer wieder verschoben worden. Für den Gasmarkt gilt weiterhin das «Rohrleitungsgesetz» aus dem Jahr 1963.²² Die Vernehmlassung über ein Gasversorgungsgesetz ist zwar abgeschlossen; es ist aber offen, in welchem Ausmass der Gasmarkt liberalisiert werden wird.²³ Hat der Gesetzgeber den Wettbewerb nicht durch eine staatliche Markt- oder Preisordnung oder durch die Zuerkennung besonderer Rechte i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG ausgeschlossen, und hat er auch keine vorrangigen Spezialgesetze geschaffen, findet das Kartellgesetz Anwendung. Das betrifft beispielsweise die rein faktischen Monopole. In Abwesenheit positiver Marktöffnungsmassnahmen erlangt das Kartellgesetz, insbesondere das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, überragende Bedeutung. Da faktische «Monopole» häufig Marktbeherrschung begründen, gelten die besonderen Verhaltensanforderungen des Missbrauchsverbots. Die WEKO hat Art. 7 KG in Stellung gebracht, um die Märkte in zwei bedeutenden Netzindustrien zu öffnen.

1. EEF

2001 hatte die WEKO die Marktverhältnisse für Strom im Kanton Freiburg zu beurteilen. Die *Migros* wollte sich nicht durch das hier tätige öffentliche Unternehmen *Entreprises électriques fribourgeoises (EEF)*, sondern von einer anderen Gesellschaft mit Strom beliefern lassen. *EEF* verweigerte die Durchleitung des Stroms des anderen Anbieters. Die WEKO sah in der Verweigerung des Netzzugangs den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.²⁴ Das Bundesgericht bestätigte die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes und die Verletzung von

²¹ Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) v. 23.3.2007, SR 734.7; s. insbesondere Art. 34 Abs. 3 StromVG.

²² Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG) v. 4.10.1963, SR 746.1.

²³ S. die Unterlagen auf der Website des Bundesamts für Energie unter www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/gasversorgung/gasversorgungsgesetz.html.

²⁴ WEKO, 5.3.2001 – Watt/Migros / EEF, RPW 2001/2, 255.

Art. 7 KG und fasste die zentrale Aussage in der Regeste wie folgt zusammen: «Als missbräuchlich ist das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens einzustufen, 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.»²⁵ Kartellrecht wird hierdurch zu einem Instrument, das für Wettbewerb in einem Sektor sorgt, dessen Märkte zuvor geschlossen waren.

Der Gesetzgeber gerät hierdurch unter Zugzwang: In der Folge des *EEF*-Verfahrens kam es, wie bereits erwähnt, zum Stromversorgungsgesetz,²⁶ das allerdings lediglich eine Teilliberalisierung unter Ausschluss der Kleinverbraucher vorsieht. Räumt der Gesetzgeber den regulierungsrechtlichen Vorgaben den Rang einer *lex specialis* ein,²⁷ ist das Kartellrecht insoweit, hier also in Bezug auf den Netzzugang, nicht mehr anwendbar. Im Übrigen bleibt es bei der parallelen Anwendbarkeit von Regulierungs- und Kartellrecht.²⁸ Angesichts der hohen Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 KG wird das Kartellgesetz nur in Ausnahmefällen zurücktreten.

2. Gasmärkte Zentralschweiz

Auch im Gassektor werden die Wünsche der Gaskunden auf freie Lieferantenwahl immer lauter. Im Fall «*Netzzugang EGZ und ewl*» ging es um die Weigerung zweier eingesessener Gasunternehmen, einer dritten Anbieterin die Durchleitung von Erdgas durch ihre Rohrleitungsnetze zu gewähren. Die Endkunden konnten also ihre Anbieterin nicht frei wählen. Mit paralleler Argumentation zum *EEF*-Fall stellte die WEKO den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung fest und genehmigte eine einvernehmliche Regelung, in der sich die beiden Unternehmen dazu verpflichten, den Endkunden künftig den Lieferantenwechsel zu ermöglichen.²⁹ Besonders hervorzuheben ist, dass auch im Gasmarkt keine vorbehaltenen Vorschriften existieren, sondern – im Gegenteil – Art. 13 Abs. 1 RLG³⁰ die Betreiberinnen von Rohrleitungsanlagen ausdrücklich zur Durchleitung verpflichtet, wenn diese technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist. Das Kartellrecht war also vollumfänglich anwendbar.

Auch wenn sich der Fall nur auf die Zentralschweiz bezieht, lässt sich die Argumentation auf das ganze Land anwenden. Faktisch sind die Gasmärkte also durch Kartellrecht geöffnet

²⁵ BGE 129 II 497; s. hierzu *Nicolas F. Diebold/Manuel Kreis*, Kartell- und Stromversorgungsrecht – Dogmatik zur Abgrenzung zwei verwandter Rechtsgebiete, in: Sebastian Heselhaus/Markus Schreiber (Hrsg.), Energierechtstagung 2019, Zürich/St. Gallen 2019, 39 (45 ff.); *Rolf H. Weber*, Bundesgerichtlicher Einstieg in die Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts, SZW 2004, 147.

²⁶ S. Fn. 21.

²⁷ So für den Rechtsanspruch auf Netzzugang nach dem StromVG s. Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3.12.2004, BBl 2005, 1611 (1650); bestätigt durch BGE 141 II 141, E. 4.5.2.

²⁸ *Marc Amstutz/Blaise Carron*, BSK Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG, N. 21; *Evelyne Clerc*, CR Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 7 I LCart, N. 44. Eingehend die differenzierte Analyse von *Diebold/Kreis* (Fn. 25), 54 ff.: Hiernach bildet das Stromversorgungsrecht weder eine staatliche Marktordnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a KG, noch überträgt es den Netzbetreibern besondere Rechte i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b KG. Allerdings ist die Tarifregulierung im Monopolbereich eine staatliche Preisordnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a KG. Im liberalisierten Bereich für Grossverbraucher ist das Regime des geregelten Netzzugangs in Art. 13 StromVG *lex specialis* zum Kartellrecht; die Regeln über das Netznutzungsentgelt in Art. 14 StromVG sind eine staatliche Preisordnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a KG.

²⁹ WEKO, 25.5.2020 – Netzzugang EGZ und ewl, RPW 2020/4b, 1863.

³⁰ S. Fn. 22.

worden. Dies setzt den Gesetzgeber unter Zugzwang, um den Liberalisierungsvorgang durch ein geeignetes, sektorspezifisches Regelwerk einzurahmen.³¹

3. Fazit

Bisweilen wird der Unterschied zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischem Regulierungsrecht auf die Formel gebracht, dass Wettbewerbsrecht marktschützend sei, Regulierungsrecht hingegen marktschaffend. Damit ist gemeint, dass das Wettbewerbsrecht Wettbewerbsbeschränkungen lediglich abwehrt, während Regulierungsrecht den Wettbewerb im Weg der Liberalisierung überhaupt erst herstellen soll. Die beiden oben genannten Beispiele zeigen, dass diese Kurzformel jedenfalls für das schweizerische Recht nicht passt. Hier ist auch das Kartellrecht «marktschaffend», weil es Märkte dem Wettbewerb öffnet, die zuvor monopolisiert waren.³² Kartellrecht kompensiert also Wettbewerbsdefizite, die durch die Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Marktöffnung entstehen. Dieser hat es in der Hand, den Grad der Marktöffnung spezialgesetzlich zu bestimmen. Er kann entweder die kartellrechtlichen Leitentscheide durch eine wettbewerbsausschliessende Gesetzgebung korrigieren. Oder er kann das Ziel der Marktöffnung unterstützen, indem er das Regulierungsrecht liberalisierend ausgestaltet. Das Kartellrecht bringt jedenfalls Bewegung in ein Gebiet, das durch starke Eigeninteressen und grosse Beharrungskräfte geprägt ist.³³

IV. Kompensation zurückhaltender Sektorregulierung

Zahlreiche Teile des schweizerischen Wirtschaftsrechts sind an EU-Recht angenähert worden, entweder auf staatsvertraglicher Grundlage (z.B. Bilaterale I und II) oder durch autonome Übernahme.³⁴ Die Sektorregulierung bildet eine bemerkenswerte Ausnahme.³⁵ Zwar erzeugte die in der EU in den 1980er Jahren einsetzende Deregulierungsdebatte auch Widerhall in der Schweiz; die Deregulierungsmassnahmen fielen hier aber zurückhaltender aus. Nicht die Wettbewerbsorientierung, sondern der Interventionscharakter von Regulierung wurde hervorgehoben. So war der Bundesrat beispielsweise der Meinung, ein System der Ex-ante-Regulierung entspreche «nicht der schweizerischen Rechtstradition der Subsidiarität von Regulierungen und beinhaltet insbesondere die Gefahr eines übertriebenen Interventionismus des Regulators».³⁶ Hieraus resultiert eine Präferenz für Selbstregulierung und Verhandlungslösungen (nTPA: *negotiated third party access*). Erst bei Scheitern dieser Wege sollen die Behörden eingreifen, also lediglich *ex post*. Regelmässig wird in diesem

³¹ Mit dem Entscheid über den Netzzugang ist noch nicht geklärt, wie das Netznutzungsentgelt zu berechnen ist, s. *Diebold/Kreis* (Fn. 25), 50 f. Kritiker bezeichnen den Weg über das Kartellrecht denn auch als «wilde Liberalisierung», s. NZZ v. 19.11.2003, 13.

³² S. *Evelyne Clerc*, CR Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 7 I LCart, N. 38: «Les règles sur l'abus de position dominante servent autant à assurer le maintien d'une concurrence non faussée sur le marché qu'à accélérer ou renforcer la libéralisation de secteurs longtemps soumis à un régime de monopole [...]».

³³ In diesem Sinn auch *Rudolf Rentsch*, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht – Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten, Basel 2000, 235.

³⁴ S. beispielsweise den Überblick bei *Andreas Heinemann*, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Lukas Fahrländer/Reto A. Heizmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, APARIUZ-Band 15, Zürich/St. Gallen 2013, 3 (13 ff.).

³⁵ Grundlegend zum schweizerischen Regulierungsrecht s. *Rolf H. Weber*, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, Baden-Baden 1986.

³⁶ So am Beispiel der Telekommunikationsregulierung der Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12.11.2003, BBl 2003, 7951 (8002).

Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die allgemeinen Instrumente in Form von Kartell-, Preisüberwachungs- und Lauterkeitsrecht ausreichen, um die durch Regulierungszurückhaltung entstehenden Probleme zu lösen.³⁷

1. Terminierungspreise Mobilfunk

2007 entschied die WEKO, dass *Swisscom* unangemessen hohe Terminierungspreise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG erzwungen habe,³⁸ wurde aber von den Gerichten korrigiert. Diese setzten nicht bei der normalerweise in Ausbeutungskonstellationen behandelten Hauptfrage nach der Höhe des unangemessenen Preises an,³⁹ sondern stellten die Frage nach dem Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht in den Mittelpunkt. Von einer «Erzwingung» könne nicht die Rede sein, wenn die Kunden – in diesem Fall andere Fernmeldediensteanbieter – die Möglichkeit hatten, die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) als zuständige Regulierungsbehörde anzurufen (sog. Interkonkurrenzverfahren, heute Art. 11a FMG), von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch gemacht haben.⁴⁰

Die Gerichtsentscheide von Bundesverwaltungsgericht⁴¹ und Bundesgericht⁴² sind nicht nur deshalb fragwürdig, weil die enge Anlehnung von Art. 7 KG an Art. 102 AEUV verkannt wurde.⁴³ Nicht überzeugend ist auch die Bestimmung des Verhältnisses von Kartell- und Regulierungsrecht. Einerseits bejahen die Gerichte die parallele Anwendbarkeit der beiden Rechtsmaterien. Durch die enge Auslegung der kartellrechtlichen Tatbestände kommen sie dann faktisch aber doch zu einem Vorrang regulierungsrechtlicher Instrumente. Sie übersehen dabei, dass der zurückhaltende Regulierungsansatz vom Gesetzgeber u.a. damit begründet wird, dass verbleibende Probleme durch das Kartellrecht und andere Gesetze gelöst werden können. Geradezu systemwidrig erscheint es, kartellrechtliche Tatbestände unter Verweis auf das fernmelderechtliche Interkonkurrenzverfahren zu verneinen, wenn das Kartellrecht doch gerade die Nachteile einer solchen *ex post*-Regulierung kompensieren soll.

In der Literatur wird die Position der Rechtsprechung mit dem Hinweis auf das Verhältnis von Kartellrecht und Recht gegen den unlauteren Wettbewerb verteidigt, das im schweizerischen «Einebenensystem» und im EU-«Mehrebenensystem» unterschiedlich zu bestimmen sei. Im «Einebenensystem» müssten Kartell- und Lauterkeitsrecht miteinander koordiniert werden, was im «Mehrebenensystem» der EU nicht der Fall sei. Dies habe insbesondere auch Konsequenzen für die preisordnenden Vorschriften.⁴⁴ Der Kritik ist zuzugestehen, dass im EU-Recht tatsächlich die Singularität besteht, dass das einschlägige Kartellrecht auf der Ebene des Primärrechts verankert wurde und sich damit im Weg der Normenhierarchie gegenüber anderen Rechtsgebieten wie z.B. dem rein sekundärrechtlichen Lauterkeitsrecht durchsetzt. Nicht überzeugend ist jedoch die Schlussfolgerung, dass diese Besonderheit Unterschiede in der Auslegung des Tatbestandsmerkmals «Erzwingung» im schweizerischen und im EU-Recht nach sich ziehe. Es folgt gerade aus dem besonderen, auch

³⁷ Ibid.

³⁸ WEKO, 5.2.2007 – Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, 241.

³⁹ Die Gerichte meldeten durchaus Bedenken an, was die Angemessenheit der Preise betrifft, s. z.B. BGE 137 II 199, E. 5.6.3.

⁴⁰ S. nur BGE 137 II 199, E. 5.4.

⁴¹ BVGer, 24.2.2010 – Terminierungspreise im Mobilfunk, RPW 2010/2, 242.

⁴² BGE 137 II 199.

⁴³ Kritisch beispielsweise *Rolf H. Weber*, «Erzwingung unangemessener Preise» – Wohin geht der Weg?, Jusletter 1. November 2010, N. 10-12.

⁴⁴ *Marc Amstutz/Blaise Carron*, BSK Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG, N. 377 ff., insbesondere 385 ff.

von der Kritik hervorgehobenen⁴⁵, Kausalitätsverhältnis zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch in den Ausbeutungsfällen, dass sich die Erzwingung in der Instrumentalisierung von Marktbeherrschung manifestiert.⁴⁶ Dies gilt für beide Rechtsordnungen. Die vorgebrachte Kritik legt eine zu enge Sichtweise zugrunde, was die Notwendigkeit «normativer Koordination» betrifft.⁴⁷ Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der «Erzwingung» in Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ist auch und gerade mit dem Regulierungsrecht zu koordinieren. Im schweizerischen Recht lastet auf Art. 7 Abs. 2 lit. c KG wegen des Grundsatzentscheids für zurückhaltende Regulierung eine besonders grosse Verantwortung. Dieser wird man durch eine restriktive Auslegung des Tatbestands nicht gerecht.

2. WAN-Anbindung Poststandorte

In «WAN-Anbindung Post» ging es um ein öffentliches Ausschreibungsverfahren zur Anbindung der Poststandorte an ein Weitverkehrsnetz (*Wide Area Network – WAN*). Die WEKO stellte fest, dass *Swisscom* ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Vorleistungsmarkt für Breitbandanbindungen missbraucht habe, um von Nachfragern nach Vorleistungsprodukten unangemessene Preise zu erzwingen, Handelspartner zu diskriminieren sowie eine Kosten-Preis-Schere zu praktizieren.⁴⁸ Das Bundesverwaltungsgericht reduzierte die verhängte Sanktion leicht, bestätigte den Entscheid der WEKO aber in der Sache: *Swisscom* habe sowohl im Verhältnis zur Post als auch zur Konkurrentin *Sunrise* unangemessene Preise erzwungen sowie letztere durch eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere behindert. Die Frage der Diskriminierung liess das Gericht offen.⁴⁹ Das Urteil ist nicht rechtskräftig; der Fall ist beim Bundesgericht pendent.

Für den vorliegenden Zusammenhang ist hervorzuheben, dass das Bundesverwaltungsgericht die parallele Anwendbarkeit von Kartellgesetz und sektorspezifischem Regulierungsrecht wieder einmal bestätigt hat, jedenfalls was die kommerziellen, also nicht-regulierten Produkte betrifft.⁵⁰ In der umstrittenen Frage der «Erzwingung» unangemessener Preise schlägt das Gericht einen wichtigen Pflock ein: Die Möglichkeit, eine Meldung an den Preisüberwacher zu machen, sei keine ausreichende Ausweichmöglichkeit, da dieser nicht verpflichtet sei, eine Abklärung durchzuführen, zudem in der Regel eine formlose einvernehmliche Regelung anstrebe.⁵¹ Das Gericht hält zwar am Vorrang des fernmelderechtlichen Interkonkonnktionsverfahrens fest. Da der Schwerpunkt des Falls aber auf nicht-regulierten Produkten liegt, bleibt der Weg frei für die Anwendung des Ausbeutungsverbots. Von vornherein unberührt bleiben ohnehin die Fälle des Behinderungsmissbrauchs wie z.B. der Kosten-Preis-Schere. In der vorliegenden Konstellation kann Art. 7 KG also seiner Aufgabe nachkommen, Wettbewerbsdefizite zu kompensieren.

3. Swisscom Netzbaustrategie

Nach den Feststellungen der WEKO änderte *Swisscom* die Bauweise des Glasfasernetzes in den Alleinbaugebieten, also denjenigen Regionen, in denen sie ohne Kooperation mit anderen Akteuren das Glasfasernetz ausrollt. Das Unternehmen rückte vom Standard des

⁴⁵ Ibid., N. 384.

⁴⁶ Luca Stäubli/Felix Schraner, DIKE-Kommentar Kartellgesetz, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 7 KG N. 368 f.

⁴⁷ Vgl. Marc Amstutz/Blaise Carron, BSK Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 7 KG, N. 386.

⁴⁸ WEKO, 21.9.2015 – *Swisscom WAN-Anbindung*, RPW 2016/1, 128.

⁴⁹ BVGer, 24.6.2021 – *Swisscom WAN-Anbindung*, RPW 2021/3, 718.

⁵⁰ Ibid., 722.

⁵¹ Ibid., 744 f.

Vierfasermodell mit offenem Netzzugang ab, so dass andere Fernmeldediensteanbieterinnen keinen Netzzugang mehr zur unbeleuchteten Glasfaser hatten. Sie sind deshalb nicht mehr in der Lage, eigene Produkte zu konfigurieren und Innovationen voranzutreiben, sondern sind auf die Vorleistungsprodukte von *Swisscom* angewiesen. Die WEKO stellte Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung fest und verpflichtete das Unternehmen durch die Anordnung vorläufiger Massnahmen, anderen Fernmeldediensteanbieterinnen weiterhin Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur zu gewähren.⁵² Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte die vorläufigen Massnahmen. Die summarische Prüfung ergebe, dass eine Technologieeinschränkung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. e KG vorliege.⁵³ Eine Beschwerde gegen die vorsorglichen Massnahmen ist beim Bundesgericht hängig.⁵⁴ Das Hauptsacheverfahren befindet sich bei der WEKO im Stadium der Untersuchung.

Der Ausgang der verschiedenen Verfahren bleibt abzuwarten. Im vorliegenden Zusammenhang sei lediglich festgestellt, dass dem Kartellrecht, und insbesondere dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, besondere Bedeutung für das Glasfasernetz zukommt, da der Gesetzgeber hier auf eine technologie neutrale Regulierung verzichtet hat und auf die Wirksamkeit der allgemeinen Instrumente einschliesslich des Kartellrechts vertraut.⁵⁵

4. Fazit

Eine wichtige Aufgabe von Art. 7 KG besteht darin, Probleme zu lösen, die sich aus dem Grundsatzentscheid des Gesetzgebers für eine zurückhaltende Sektorregulierung ergeben.⁵⁶ Die Kompensationsfunktion von Art. 7 KG hat also eine regulierungsrechtliche Seite. Der Gesetzgeber hat zweifelsfrei deutlich gemacht, dass er die vorsichtige Vorgehensweise bei der Regulierung auch deshalb für gangbar hält, weil das Kartellrecht zur Verfügung steht, um verbleibende Probleme zu lösen. Die hierdurch angelegte Komplementarität zwischen Regulierungsgenügsamkeit und Kartellrecht verkennen diejenigen, die Art. 7 KG restriktiv fassen möchten. Gerade vor dem Hintergrund des schweizerischen Regulierungskontexts besteht aller Anlass, bei der Anwendung des Missbrauchsverbots nicht hinter die zur Modellnorm des Art. 102 AEUV entwickelten Grundsätze zurückzufallen.

V. Kompensation unzureichender Marktintegration

1. Wettbewerbsabreden

2003 fügte der Gesetzgeber in Art. 5 KG einen neuen Absatz 4 ein. Hiernach besteht die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auch bei vertikaler Preisbindung und absolutem Gebietsschutz. Der Gesetzgeber verfolgte hiermit auch das Ziel, neue Instrumente

⁵² WEKO, 14.12.2020 – Netzbaustrategie *Swisscom*, RPW 2021/1, 227.

⁵³ BVGer, 30.9.2021 – Netzbaustrategie *Swisscom*, RPW 2021/4, 973.

⁵⁴ Ein Gesuch, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen, wies das Bundesgericht ab, BGer, 2C_876/2021 v. 6.12.2021.

⁵⁵ Detailliert BVGer, 30.9.2021, B-161/2021 – Netzbaustrategie *Swisscom*; Anordnung vorsorglicher Massnahmen, N. 13 ff., insbesondere N. 90 und 135 (nicht rechtskräftig); diesen Zusammenhang erkennt *Markus Saurer*, Wettbewerbspolitik auf Irrwegen, *Finanz und Wirtschaft*, 3.5.2022, S. 3.

⁵⁶ Vgl. auch *Evelyne Clerc*, *CR Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 7 I LCart, N. 3: «Le rôle de l'art. 7 LCart est d'autant plus important [...] que le risque de comportements abusifs d'entreprises dominantes est plus élevé dans les secteurs récemment libéralisés» (Hervorhebung weggelassen).

zum Kampf gegen die Hochpreisinsel in Stellung zu bringen.⁵⁷ Demselben Zweck diene die Einfügung von Art. 3 Abs. 2 S. 2 KG, der klarstellt, dass immaterialgüterrechtlich gestützte Importbeschränkungen immer der kartellrechtlichen Beurteilung unterliegen. Man kann dies auch so formulieren, dass das Kartellgesetz auch eine «Integrationsfunktion» hat, nämlich die schweizerischen Märkte enger an die ausländischen Märkte, insbesondere den EU-Binnenmarkt anbinden soll.⁵⁸ WEKO und Gerichte haben mit der Falltrilogie *Gaba*,⁵⁹ *Nikon*⁶⁰ und *BMW*⁶¹ die Grundlage dafür geschaffen, dass ausländische Vertriebsverträge das schweizerische Territorium nicht mehr abschotten dürfen. Beispielsweise sind *EWR-Klauseln* untersagt, die den Weitervertrieb gelieferter Produkte in die Schweiz ausschliessen. Im Hinblick auf die Vorgaben des KG sind solche Klauseln zumindest in *EWR+CH-Klauseln* umzuwandeln. Das einschlägige Fallrecht⁶² ist die Basis für den Einsatz des Kartellrechts gegen Abschottungen der schweizerischen Märkte in Verträgen zwischen Unternehmen.

2. Relative Marktmacht

Allerdings greift Art. 5 KG aufgrund des «Konzernprivilegs» nicht bei Gebietsabschottungen, die in Abreden zwischen Gesellschaften desselben Konzerns getroffen werden. Hier hilft nur Art. 7 KG, der in Abs. 2 lit. a die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Grundsatz für missbräuchlich erklärt, was auch die Weigerung eines ausländischen Unternehmens zur Lieferung zu ausländischen Preisen umfasst. Allerdings setzt die Vorschrift die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung voraus, was auch bei Markenartikeln die Ausnahme ist. Die Fair-Preis-Initiative hat deshalb den Vorschlag unterbreitet, das Konzept der relativen Marktmacht in das Kartellgesetz einzufügen. Der Gesetzgeber ist dem auf der Grundlage eines indirekten Gegenvorschlags gefolgt und hat in Art. 7 Abs. 2 lit. g auch ein neues Regelbeispiel aufgenommen, wonach es missbräuchlich ist, die «Möglichkeit der Nachfrager [einzuschränken], Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen».⁶³ Das WEKO-Sekretariat hat noch vor Inkrafttreten der neuen Regeln am 1.1.2022 ein Merkblatt und ein Meldeformular zum Konzept der relativen Marktmacht veröffentlicht, das für (erste) Orientierung sorgen soll.⁶⁴

Entgegen anderslautender Vorschläge ist für die Regeln über relative Marktmacht keine neue Vorschrift (etwa ein Art. 7a KG) geschaffen worden, sondern die in Art. 4 Abs. 2^{bis} KG

⁵⁷ S. Zäch (Fn. 1), N. 343, mit Nachweis einschlägiger Voten im Parlament in Fn. 609.

⁵⁸ Walter Stoffel, Das Wettbewerbsrecht der EU und der Schweiz – Expertengespräch, in: Europa Forum Luzern (Hrsg.), Die Konsumentenpreise auf dem Prüfstand, Luzern 2008, 52 (55).

⁵⁹ Letztinstanzlich BGE 143 II 297.

⁶⁰ Letztinstanzlich BVGer, 16.9.2016 – *Nikon*, RPW 2016/3, 831.

⁶¹ Letztinstanzlich BGer, 24.10.2017 – *BMW*, RPW 2017/4, 689.

⁶² S. ausser den drei genannten Leitentscheiden beispielsweise BGer, 21.12.2021, 2C_43/2020, *Marché du livre en français – Dargaud*. Aus der Praxis der WEKO s. die Fälle *GE Healthcare* (RPW 2016/2, 434), *Eflare* (RPW 2017/1, 96), *Rimowa* (RPW 2018/2, 363), *Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren* (RPW 2019/4, 1155) und *Pöschl Tabakprodukte* (RPW 2021/4, 837).

⁶³ Umfassend zur Einführung der relativen Marktmacht s. die Darstellungen von Peter G. Picht, Relative Marktmacht und Geoblocking: neues Wettbewerbsrecht in der Schweiz, WuW 2021, 336; Richard Stäuber/Andreas Burger, Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz, ZWeR 2021, 235; Roger Zäch/Felix Tuchschnid, Unterstellung relativ marktmächtiger Unternehmen unter die schweizerische Missbrauchsaufsicht, ZWeR 2021, 217; Beat Zirlick/Jürg Bickel, Neue Instrumente gegen die „Hochpreisinsel Schweiz“: Regeln zu relativer Marktmacht und Geoblocking, WRP 2022, 146.

⁶⁴ Merkblatt und Formular sind abrufbar unter

«www.weko.admin.ch/weko/de/home/anzeigen/relative_marktmacht.html»; s. hierzu Peter G. Picht, Erste Leitlinien zur relativen Marktmacht in der Schweiz, sic! 2022, 243.

definierte relative Marktmacht wurde in Art. 7 Abs. 1 KG integriert. Die besonderen Verhaltensanforderungen der Vorschrift werden also gleichermaßen den marktbeherrschenden und den relativ marktmächtigen Unternehmen auferlegt. Art. 7 KG erhält hierdurch eine neue Kompensationsfunktion: Die Preisunterschiede zwischen In- und Ausland sollen durch das auf Unternehmen mit relativer Marktmacht erstreckte Missbrauchsverbot vermindert, nach optimistischer Lesart sogar eingeebnet werden. Die Vorschrift soll also die Tatsache kompensieren, dass eine direkte Teilnahme am EU/EWR-Binnenmarkt nicht stattfindet, sondern lediglich, aber immerhin, eine Anbindung durch die bilateralen Verträge erfolgt. Die Vorschrift ist aber nicht auf den europäischen Kontext beschränkt, sondern ist stets anwendbar, wenn relative Marktmacht eingesetzt wird, um den Bezug irgendwo im Ausland zu den dortigen Konditionen zu beschränken. Damit entfaltet sie weltweite Wirkung.

3. Gefahr für die Integrationsfunktion

Die Integrationsfunktion des Kartellrechts wird durch die Motion *Français*⁶⁵ gefährdet. Sie ist überschrieben mit «Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» und möchte das *Gaba*-Urteil korrigieren, in dem sich das Bundesgericht für die grundsätzliche Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen ausgesprochen hat.⁶⁶ Die Motion wird damit begründet, dass die neuere Rechtsprechung die Rechtssicherheit beeinträchtigt und die Kooperation zwischen Unternehmen erschwere. Diese Argumente treffen nicht zu: Die *Gaba*-Rechtsprechung hat vielmehr eine Epoche bemerkenswerter Rechtsunsicherheit beendet und die Vorhersehbarkeit kartellrechtlicher Entscheide gestärkt. Die vielfältigen Flexibilitäten für die Unternehmenskooperation wurden nicht tangiert. Die häufig in diesem Zusammenhang erwähnten Arbeitsgemeinschaften sind in aller Regeln nicht einmal als Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen.⁶⁷

Im vorliegenden Zusammenhang ist der Widerspruch der Motion *Français* zur Integrationsfunktion des Kartellrechts und zum Anliegen der Fair-Preis-Initiative hervorzuheben. Wenn man absoluten Gebietsschutz nicht mehr grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gelten lassen möchte, könnten sich Unternehmen, die gebietsabschottende Verträge praktizieren, damit verteidigen, dass ihr Marktanteil niedrig oder die Marktabdeckung der aufgefundenen Verträge klein sei. Die Notwendigkeit einer detaillierten Einzelfallprüfung und der Bestimmung quantitativer Erheblichkeit würde den Ausgang des Verfahrens schwer kalkulierbar machen und damit die abschreckende Wirkung des Kartellrechts abschwächen. Die Regeln über relative Marktmacht sind deshalb eingefügt worden, um die Anwendung von Art. 5 KG zu ergänzen, nicht aber, um die Kontrolle von Verträgen auf absoluten Gebietsschutz zurückzuführen. Ein Widerspruch würde auch entstehen zum Anliegen der Motion *Fournier*,⁶⁸ die Kartellverwaltungsverfahren zu beschleunigen. Schliesslich würde das Ziel der Stärkung des Kartellzivilrechts sabotiert. Kartellopfer müssten nicht nur die Existenz der harten Abrede nachweisen, was bereits

⁶⁵ Motion 18.4282, eingereicht am 13.12.2018 von Ständerat *Olivier Français*.

⁶⁶ Oben Fn. 59.

⁶⁷ S. näher WEKO, 23.2.2022, Stellungnahme zur Teilrevision des Kartellgesetzes, 3 ff. <www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>.

⁶⁸ Motion 16.4094, eingereicht am 15.12.2016 von Ständerat *Jean-René Fournier*; das Parlament hat die Motion in Bezug auf Ordnungsfristen und Parteientschädigung angenommen.

schwierig genug ist, sondern auch deren quantitative Dimension belegen. *Stand alone*-Klagen wären unter dieser Voraussetzung zum Scheitern verurteilt.

4. Fazit

Seit Einfügung des Konzepts der relativen Marktmacht Anfang 2022 hat Art. 7 KG auch die Funktion, mangelnde Integration inländischer Märkte in die internationalen Wirtschaftsbeziehungen zu kompensieren. Relative Marktmacht darf nicht dazu eingesetzt werden, die Wirtschaftsteilnehmer am Bezug von Produkten im Ausland zu den dortigen Konditionen zu hindern. Auch hier hat Art. 7 KG in rechtsvergleichender Perspektive eine Aufgabe erhalten, die ausländische Rechtsordnungen ihrem Missbrauchsverbot nicht überantworten.

VI. Kompensation zuwartender Digitalregulierung

1. Wettbewerbsprobleme der digitalen Wirtschaft

Der Weg in die digitale Wirtschaft hat einerseits den Wettbewerb intensiviert, da Grenzen an Bedeutung verloren haben, die Transparenz in ungeahntem Ausmass vergrössert wurde und Transaktionskosten erheblich gesunken sind. Gleichzeitig drohen dem Wettbewerb auch Gefahren, da die Interaktion von Netzwerkeffekten, Grössen- und Verbundvorteilen sowie Datenherrschaft zu Konzentrationsprozessen und globaler Marktmacht führt. Mehrseitige Märkte haben sich zu digitalen Ökosystemen weiterentwickelt. Hieraus resultiert eine Fülle von Fragen für die Wettbewerbspolitik.⁶⁹ Die *ex post* greifende Kartellrechtsanwendung hat angesichts der rasanten Entwicklungen Mühe, das Kippen von Märkten zu verhindern. In der EU hat man auf dieses Phänomen mit dem Entwurf des *Digital Markets Act (DMA)* reagiert, der die Bestreitbarkeit digitaler Märkte durch eine neuartige *ex ante*-Regulierung stärken möchte.⁷⁰

2. Anpassung des rechtlichen Rahmens?

Es stellt sich die Frage, wie die Reaktion des schweizerischen Rechts auf die neuen Phänomene ausfallen soll. Der Aufbau neuer Regulierungsapparate zur Kontrolle von Gatekeepern sollte den grossen Jurisdiktionen vorbehalten bleiben. Erforderlich ist ein geschickter Einsatz der vorhandenen Kapazitäten. Die WEKO sollte nicht die Fälle der Europäischen Kommission kopieren, wenn die Unternehmen dazu bereit sind, die in der EU gefundene Lösung auch auf die Schweiz anzuwenden.

Im Übrigen sollte die Fallauswahl darauf abstellen, ob ein besonderer Inlandsbezug besteht oder besondere Wirkungen in der Schweiz zu verzeichnen sind. Angesichts der angedeuteten marktmachtbezogenen Probleme kommt Art. 7 KG eine besondere Rolle für die digitale Wirtschaft zu. Es stellt sich die Frage, ob es einer gesetzlichen Anpassung bedarf. Der deutsche und der österreichische Gesetzgeber haben die einschlägigen Regeln auf Besonderheiten der digitalen Wirtschaft ausgerichtet, indem sie besondere Regeln zu Marktdefinition, Marktbeherrschung und Missbrauch in digitalen Kontexten in das Gesetz

⁶⁹ Ein ausgezeichneter und flächendeckender Problemaufriss findet sich im OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age, Paris 2022 «www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age».

⁷⁰ S. hierzu beispielsweise *Andreas Heinemann/Giulia Mara Meier*, Der Digital Markets Act (DMA): Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft, EuZ 2021, 86.

aufgenommen haben.⁷¹ Es wäre denkbar, die Liste missbräuchlicher Verhaltensweisen in Art. 7 Abs. 2 KG um digitalbezogene Verhaltensweisen, beispielsweise zum *self preferencing* oder zu datenbezogenen Verhaltensweisen, zu ergänzen. Andererseits erscheint dies entbehrlich, wenn die Rechtsanwendungsinstanzen dazu bereit sind, den allgemeinen Missbrauchsbegriffs um digitalbezogene Vorgaben zu ergänzen, und nicht davor zurückscheuen, hierbei nicht nur auf das klassische Kartellfallrecht der EU, sondern auch auf die Vorgaben der kartellrechtsnahen Regulierung wie beispielsweise den DMA zurückzugreifen.

3. Fazit

Die Begeisterung des Gesetzgebers, der digitalen Wirtschaft einen systematischen Rahmen zu setzen, hält sich momentan in Grenzen. Ein Gesetz zum elektronischen Handel oder allgemein zur digitalen Wirtschaft ist in weiter Ferne. Digitalbezogene Vorstösse betreffen häufig einzelne Sektoren oder spezifische Probleme und werden dann – in Abwesenheit eines geeigneten Gesetzesgefässes – gerne dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) einverleibt.⁷² Vor diesem Hintergrund kommt Art. 7 KG eine besondere Verantwortung zu, machtbezogene Probleme im Bereich der digitalen Wirtschaft zu lösen. Bei der Auslegung von Art. 7 KG ist auf diesen Zusammenhang Rücksicht zu nehmen.

VII. Ausblick

Die Grundfunktion von Art. 7 KG besteht darin, ein Defizit an Wettbewerb durch eine besondere Missbrauchsaufsicht zu kompensieren. Hat ein Unternehmen unkontrollierte Verhaltensspielräume, darf es Wettbewerber nicht behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Zu dieser Grundfunktion treten im schweizerischen Kontext mehrere Teilfunktionen hinzu: Art. 7 KG korrigiert Defizite bei der Marktöffnung und bringt hierdurch Bewegung in ein von starken Interessen geprägtes Dickicht. Im Fall zurückhaltender Sektorregulierung dient die Vorschrift als Ausputzer für Regulierungsabstänze. Die neuen Regeln über relative Marktmacht sollen unzureichende Marktintegration kompensieren. Und schliesslich erwartet man vom Missbrauchsverbot, dass es in die Bresche springt, die durch eine abwartende Haltung bei der Digitalgesetzgebung entsteht.

Es wäre sicherlich wünschenswert, Wettbewerbsprobleme durch geeignete Regeln von vornherein zu verhindern. Hierzu wäre der Abbau von Marktzutrittsschranken erforderlich, beispielsweise die vollständige Liberalisierung ehemaliger Monopolbereiche oder technologieneutrale Regulierung, welche unsachgemässe Regulierungslücken vermeidet. Der Gesetzgeber agiert bei den Themen Marktöffnung, Sektorregulierung und Digitalgesetzgebung jedoch eher zurückhaltend und verweist regelmässig darauf, dass verbleibende Probleme durch die allgemeinen Gesetze, z.B. durch das Kartellrecht, gelöst werden können. Die WEKO ist, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, durchaus in der Lage, diesen Aufgaben nachzukommen. Von entscheidender Bedeutung ist aber, dass diese Arbeit nicht durch eine Entwertung des Kartellrechts vereitelt wird, beispielsweise durch Forderungen, auch bei Kernbeschränkungen eine Wirkungsanalyse durchzuführen, oder

⁷¹ Für Deutschland s. das GWB-Digitalisierungsgesetz vom 18.1.2021 (BGBl. I 2); für Österreich s. das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz vom 9.9.2021 (BGBl. I Nr. 176/2021).

⁷² Kritisch zur Nutzung des UWG als Auffangbecken am Beispiel des Geoblocking *Giulia Mara Meier*, Geoblocking in der Schweiz und der EU, AJP 2021, 873 (875 ff.).

Art. 7 KG, also die Vorschrift, auf der die Haupterwartungen lasten, hinter die international erarbeiteten Grundsätze zurückfallen zu lassen. Vielmehr ist das Kartellrecht im Einklang mit den benachbarten Rechtsgebieten auszulegen. Es gilt der Grundsatz der «Einheit der Wettbewerbsordnung».⁷³ Werden diese Vorgaben beherzigt, kann die Missbrauchsaufsicht das ihr übertragene Multitasking erfolgreich bewältigen.

⁷³ Vgl. *Andreas Heinemann*, in DIKE-Kommentar UWG, Zürich/St. Gallen 2018, 1. Teil § 5, N. 56.