



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Wettbewerb in der Schweiz

Kellerhals, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-61182>
Book Section

Originally published at:
Kellerhals, Andreas (2011). Wettbewerb in der Schweiz. In: Sethe, Rolf. Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag. Bern: Stämpfli, 289-307.

Wettbewerb in der Schweiz

ANDREAS KELLERHALS

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	289
II.	Wettbewerb in der Schweiz	289
III.	Kartellgesetzgebung in der Schweiz	295
	1. Kartellgesetz 1962.....	295
	2. Kartellgesetz 1985.....	296
	3. Kartellgesetz 1995.....	298
	4. Kartellgesetzrevision 2003	301
IV.	Starke WEKO – starker Wettbewerb.....	302
V.	Schlussbemerkung	307

I. Einleitung

ROLF H. WEBER befasst sich seit Jahren mit Fragen der Regulierung und des Wettbewerbs in der Schweiz. Dabei setzte er sich immer nachhaltig für einen starken Wettbewerb ein, auch in Bereichen, in denen der Staat selbst sich stark engagiert. Es erscheint daher angemessen, nachfolgend die Entwicklung des Wettbewerbs und des Wettbewerbsrecht in der Schweiz nachzuzeichnen und sich einige Gedanken über die künftige Entwicklung zu machen.¹

II. Wettbewerb in der Schweiz

Der Gedanke des wirtschaftlichen Wettbewerbs hat in der Schweiz keine wirklich lange Tradition. Wie allgemein in Europa war Wettbewerb in Schweiz zu Beginn des letzten Jahrhunderts nicht sonderlich populär. Diesbezüglich hat sich die Situation in der Zwischenzeit erheblich verändert, auch wenn zu konstatieren ist, dass der Wettbewerbsgedanke innerhalb der Schweiz auch heute noch nicht ganz und überall heimisch geworden ist.² Wollte man es scharf und überspitzt formulieren, so könnte man allenfalls sogar behaupten, der Wettbewerbsgedanke sei letztlich etwas fast gar Un-

¹ Dieser Aufsatz basiert auf der Publikation des Verfassers „Washington, Brüssel, Bern, Beijing – Zur unterschiedlichen Bedeutung des Wettbewerbs und seiner rechtlichen Regelung in den USA, der EU, der Schweiz und in China“, Zürich 2006.

² Dies zeigen die zahlreichen Verfahren, welche die WEKO jedes Jahr wegen Verstössen gegen das Kartellgesetz einleitet.

schweizerisches gewesen.³ Eine solche Behauptung könnte sich etwa auf die stark verwurzelte, letztlich eher wettbewerbsfeindliche Tradition des genossenschaftlichen Gedankens in der Schweiz stützen – der sich sogar im offiziellen Namen unseres Bundesstaates vorfindet – oder auf den Umstand, dass in unserem kleinen Land aufgrund enger persönlicher Beziehungen Wettbewerb lange eher als unkollegial und als „Schmutzkonkurrenz“ betrachtet wurde.⁴ Tatsache ist jedenfalls, dass private Wettbewerbsbeschränkungen in Form von Kartellen und Absprachen in der Schweiz eine lange, oft auch positiv gesehene Tradition haben, welche – trotz einer zunehmend wettbewerbsfreundlichen Auslegung des Kartellartikels der Bundesverfassung – teilweise bis in unsere Tage hineinreicht. Unterstützt wurde diese „wettbewerbsscheue“ Tendenz in der Schweiz nicht zuletzt auch durch staatliche Regulierungen, welche den äusseren Druck zu steter Anpassung verminderten.⁵ Erst im Rahmen der zunehmenden europäischen Integration und einer verstärkten Globalisierung konnte es sich auch die Schweiz den Luxus nicht mehr leisten, das dem Wettbewerb inhärente Effizienzprinzip einer auf freiem Wettbewerb basierten Wirtschaft länger zu vernachlässigen.

Die Ursprünge des schweizerischen Kartellrechts liegen in der Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts, welche sich vom ersten Entscheid 1896⁶ bis Erlass des ersten Kartellgesetzes 1962 erstreckte.⁷ Auf politischer Ebene kam Bewegung in das Verhältnis der Schweizer zum Wettbewerb erstmals Mitte der zwanziger Jahre des letzten Jahrhunderts, als die Rückbildung der durch den ersten Weltkrieg stark in die Höhe getriebenen Preise nicht erfolgte.⁸ Damals kam eine allgemeine Sorge auf, Kartelle würden die Preise kontrollieren.⁹ Hatte man am Anfang des 20. Jahrhunderts in der Schweiz offenbar kaum wahrgenommen, dass eine Vielzahl von Kartellen und Absprachen

³ Verschiedentlich wird festgestellt, dass die Schweiz offenbar ein Problem mit dem Prinzip Markt zu haben scheint. So wies etwa Prof. HAUSER darauf hin, dass mehr als die Hälfte der Schweizer Wertschöpfung in der geschützten Sphäre erbracht werde, allzu wenig sei dem internationalen Wettbewerb ausgesetzt, HEINZ HAUSER, Lehren aus dem „Weissbuch“, NZZ vom 19./20.3.2005, 26.

⁴ ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, 64 ff.

⁵ Die Nichtteilnahme am EWR infolge des Entscheides vom 6. Dezember 1992 ist nur einer, wenn auch ein wichtiger Grund dafür. Demgegenüber darf die Einführung etwa des Cassis de Dijon-Prinzips als Einladung zu einem stärkeren Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt verstanden werden, siehe dazu etwa ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER, Das „Cassis de Dijon“-Prinzip und die Schweiz, SJZ 2006, 321 ff.

⁶ BGE 22, 175.

⁷ Siehe dazu JENS LEHNE, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 1, Allgemeine Bestimmungen, 62 ff., N 8 ff.

⁸ Der erste Rechtseingriff gegen ein Kartell erfolgte allerdings bereits 1864 im Rahmen der Auflösung eines Zündholzkartells im Kanton Zürich, HARM G. SCHRÖTER, Kartelle, <http://www.lexhist.ch/extere/protect/textes/d/D13734.html>.

⁹ Einige Branchen führten damals eigentliche Zwangskartelle ein, so insbesondere die Milchwirtschaft, vgl. SCHRÖTER (Fn. 8), 2.

in der Wirtschaft bestanden,¹⁰ verlieh man entsprechenden Befürchtungen nun zum Teil recht drastisch Ausdruck.¹¹ Entsprechend wurden im Parlament auch erste parlamentarische Vorstösse in Sachen Kartellgesetzgebung eingereicht.¹²

Als Reaktion auf diese Bewegung, setzte das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement 1926 eine Kommission zur Prüfung der schweizerischen Preisverhältnisse (*Preisbildungskommission PBK*) ein. Obwohl die Preisbildungskommission über keinerlei Sanktionsmacht verfügte, sondern auf die freiwillige Zusammenarbeit mit jenen angewiesen war, die sie zu kontrollieren hatte, übte offenbar alleine schon die Existenz einer solchen Kommission eine gewisse kontrollierende Wirkung aus.

Insbesondere wegen der Überlegenheit der amerikanischen Wirtschaft gerieten nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges alle Formen der wirtschaftlichen Kooperation in Europa unter Druck. Die Schweiz als eines der am stärksten kartellierten Länder folgte dem damit verbundenen Trend zur Dekartellisierung allerdings nur zögerlich. Immerhin schuf der Bund 1947 – quasi prophylaktisch und vor Nachbarstaaten – mit Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV eine verfassungsmässige Grundlage für eine eigentliche Kartellgesetzgebung.¹³ Dadurch erhielt der Bund erstmals eine spezifische Kompetenz um gegen private Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen zu können.

Allerdings machte die Verfassung die Ausübung dieser Kompetenz von einer Rechtfertigung durch das Gesamtinteresse abhängig, da der Bund sie nur in Anspruch nehmen darf, wenn die entsprechenden Wettbewerbsbeschränkungen „*volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen*“ zeitigen.¹⁴ Aus den entsprechenden parlamentarischen Beratungen geht klar her-

¹⁰ Bereits nach 1880 entstanden verschiedene Kartelle, v.a. in der Baustoff-, Textil-, Uhren- und Bierindustrie. „Die Kartellierung ging, von den Zeitgenossen nahezu unbemerkt, mit der zunehmenden Verbandsbildung einher. Im Gewerbe und in der Uhrenindustrie verflochten sich gar Gewerkschaftsbewegung und Kartellierung. Auch international beteiligten sich schweizerische Unternehmen an der Kartellierung, wobei sie z.T. eine führende Rolle spielten (Seidenband, Aluminium)“, SCHRÖTER (Fn. 8), 1.

¹¹ „Vom Markt rückt die Preisbildungsfunktion in die Konferenzräume von Kartellen, Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften, in die Wandelhallen von Parlamenten, wenn nicht gar in die Vestibüle und auf die Hintertreppen der Regierung“ (Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (Hrsg.), *Kartell und Wettbewerb in der Schweiz*, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957, 27.

¹² Am 6. Juni 1924 reichte Nationalrat GRIMM eine Motion ein, in welcher er den Bundesrat einlud, eine Untersuchung über die Wirkungen der Reglementierung der Produktionspreise durchführen zu lassen und dabei die Frage zu prüfen, ob diese Reglementierung nicht im Widerspruch stehe zu der verfassungsmässig gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit, Preisbildungsbericht (Fn. 11), 39.

¹³ Am 6. Juni 1947 nahm der Souverän die Vorlage in einer Volksabstimmung an mit nur gerade 53% Ja-Stimmen gegen 47% Nein-Stimmen, <http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/19470706/det143.html>.

¹⁴ In Art. 31 bis Abs. 3 lit. D aBV wurde der Bund ermächtigt, „wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschrif-

vor, dass man die Kompetenz des Bundes auf die Bekämpfung von Missbräuchen beschränken wollte; eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich war nicht beabsichtigt und stand nicht zur Diskussion.¹⁵

Um über relevante Daten zu verfügen, hatte das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement bereits 1936 der Preisbildungskommission den formellen Auftrag erteilt, eine Untersuchung über das schweizerische Kartellwesen durchzuführen. Die Berichterstattung zog sich in die Länge, weshalb die Preisbildungskommission 1956, also sechzehn Jahre nach Erteilung des Auftrages, gebeten wurde, aufgrund ihrer bisherigen Arbeiten einen zusammenfassenden Bericht über das Kartellproblem in der Schweiz zu erstatten. Dieser Bericht („Preisbildungsbericht“) sollte den zuständigen gesetzgeberischen Instanzen die Grundlagen zur Abklärung der Frage bieten, ob der Erlass eines speziellen Kartellgesetzes notwendig sei oder nicht und – falls ja – wie ein solches Gesetz sinnvollerweise auszugestalten sei.¹⁶

Die schweizerische Bevölkerung schien damals gegenüber Kartellen zwar eine kritische, aber grundsätzlich weiterhin positive Einstellung zu haben, was durch die klare Ablehnung der 1955 eingereichten Volksinitiative „gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht“, mit der auch in der Schweiz – entsprechend etwa der Regelung im EGKS-Vertrag – eine Verbotsgesetzgebung für Kartellabsprachen hätte eingeführt werden sollen, bestätigt wurde.¹⁷ In seinem Bericht an die Bundesversammlung,¹⁸ in welcher er das Initiativbegehren ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung empfahl, hatte der Bundesrat die Auffassung vertreten, dass das Volksbegehren mit seiner Forderung nach einem grundsätzlichen Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen weit über das sinnvollerweise anzustrebende Ziel hinausschiesse und eine Annahme daher für die schweizerische Wirtschaft schwerwiegende Folgen haben würde. Unter Anführung einer beachtlichen Reihe von Beispielen machte der Bundesrat zudem geltend, dass der Initiative eine Konzeption zugrunde liege, welche nicht nur den bestehenden Marktverhältnissen, sondern auch einer mehr als ein halbes Jahrhundert geübten Rechtspraxis zuwiderlaufen würde.

Anhand einiger Hinweise versuchte der Bundesrat dann die grosse Bedeutung aufzuzeigen, welche Wettbewerbsbeschränkungen für die schweizerische Wirtschaft damals zukam. Unter den Beispielen zählte er etwa den Zentralverband schweizerischer Milchproduzenten auf, welcher mit rund 134'000 Mitgliedern das grösste aller schweizerischen Kartelle darstellte und der im Rahmen des Landwirtschaftsgesetzes und des Milchbeschlusses zur Erfüllung

ten zu erlassen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen“.

¹⁵ Vgl. ZÄCH (Fn. 4), 54 f.

¹⁶ Preisbildungsbericht (Fn. 11), 42 f.

¹⁷ Die Initiative erhielt nur 25.9% der Stimmen, dagegen stimmten 74.1% der Stimmberechtigten, <http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/19580126/det184.html>.

¹⁸ Bundesrat, Bericht an die Bundesversammlung über das Volksbegehren gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht vom 8. Februar 1957, BBl 1957 I 347.

wichtiger öffentlich-rechtlicher Aufgaben herangezogen werde.¹⁹ Unter Hinweis auf die beträchtliche Kartelldichte in der *Industrie* wies der Bericht auf teils hochorganisierte Kartelle hin, welche zur Stützung von Preisabreden die Produktion kontingentierte, die Aufträge an die einzelnen Unternehmen verteilten oder das Absatzgebiet aufteilten und nannte dabei namentlich das Zementkartell. Aus dem Gebiet der *Lebensmittelindustrie* erwähnte der Bericht die Abmachungen in der Käsefabrikation, der Fettindustrie, der Mülerei, der Teigwarenindustrie und der Schokoladenfabrikation. Aus der *Getränkeindustrie* wurde das Brauereikartell genannt. Im Weiteren erwähnte der Bericht, dass im Bereich der *Uhrenindustrie* die Konkurrenzbeschränkung sehr intensiv sei, nicht zuletzt dank staatlichem Schutz. Auch im *Handwerk* war die Kartellbildung sehr verbreitet, so etwa im Baugewerbe, im Baunebengewerbe, im graphischen Gewerbe, unter Metzgern, Bäckern, Wirten und Coiffeuren. In verschiedenen Gewerbebezügen bestanden zudem auf Grund von Abmachungen mit den Lieferanten wirkungsvolle *vertikale Bindungen*, die es ermöglichten, sogar den Zugang zum Beruf zu kontrollieren und zu beschränken (z.B. in den Installationsberufen). Zahlreiche Kartelle stellte der Bericht im Weiteren in der Hotellerie, im Verkehr, im Handel, unter Buch- und Zeitungsverlagen, bei den Banken oder Versicherungen und im Grosshandel, wo zum Teil starke vertikale Bindungen zwischen Grossisten und ihren Lieferanten oder Abnehmern festgestellt wurden (z.B. im Grosshandel der sanitären Branche, im Handel mit Baumaterialien, Kohlen, Eisenwaren, Leder, Papier, Garn und Gewebe). Im Vergleich dazu war im Detailhandel die Kartellbildung im Allgemeinen offenbar geringer, doch wurden die Preise vielfach durch Bindungen zweiter Hand festgelegt, was zu einem ähnlichen Ergebnis führte. Angesichts dieser weitverbreiteten Kartellisierung der schweizerischen Wirtschaft wies der Bundesrat in seinem Bericht warnend darauf hin, dass all diese Abmachungen und Beschlüsse, ja jede Verständigung zwischen mehreren Unternehmern über die Beachtung von Preisansätzen oder Lieferungsbedingungen, bei der Annahme der Initiative verboten würden.²⁰

Die kartellfreundliche Grundhaltung der Schweizer bestätigte auch der kurz darauf erschienene Schlussbericht zum Kartellwesen in der Schweiz („*Preisbildungsbericht*“), welchen die Preisbildungskommission nach einer Untersuchungszeit von über 20 Jahren (!) im Jahre 1957 ablieferte. In diesem Bericht, der notabene nur auf freiwilligen Auskünften der befragten Kartelle basierte, kam die Kommission zum bemerkenswerten Ergebnis, dass die schweizerische Wirtschaft im Rahmen des marktmässig möglichen weitge-

¹⁹ Bundesrat, Bericht 1957 (Fn. 18), 347.

²⁰ Bundesrat, Bericht 1957 (Fn. 18), 347.

hend „durchorganisiert“ sei und die Schweiz damit zu den „kartelldichtesten“ Ländern der Welt gezählt werden müsse.²¹

Allerdings relativierte der Preisbildungsbericht auch die Gefahren, welche von Kartellen ausgehen. So vertrat die Preisbildungskommission die Ansicht, dass Kartelle nicht nur schädlich seien, sondern in den meisten Fällen als Mittel der Selbsthilfe gegen wirtschaftliche Not und ruinöse Konkurrenz entstanden und insbesondere unter KMU's durchaus auch nützliche Funktionen ausübten.²² Sie sprach sich daher in ihren Empfehlungen (nur) – aber immerhin – für ein „schwaches“ Kartellgesetz aus, mit dem nur die besonders einschneidenden „Auswüchse“ privater Wettbewerbsbeschränkungen bekämpft werden sollten.²³

Diese Empfehlung ist im Licht der ursprünglichen Bedeutung der Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) zu sehen, wie sie die Verfassung von 1874 gewährleistete. Diese wurde ursprünglich nur als Recht des Einzelnen gegen staatliche Beschränkungen der freien wirtschaftlichen Betätigung verstanden und beinhaltete keine verfassungsmässige Verankerung der Wettbewerbsfreiheit.²⁴ Ohne entsprechende Drittwirkung gegenüber Privaten zu entfalten, beinhaltete die HGF nach damaliger Auffassung u.a. auch das Recht, sich sein Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung vertraglich selbst einzuschränken.²⁵

Gegen eine derart restriktive Auffassung, mit der der Bund in Bezug auf die Regulierung von Kartellen noch zurückhaltender war als manche Kantone im 19. Jahrhundert, welche nach der Abschaffung der Zünfte aus Angst vor neuen zunftähnlichen Zwangsmassnahmen Kartellverbote und Verbote gegen

²¹ Die Kommission stellte Kartelle in allen Wirtschaftszweigen fest, wobei Gegenstand der öffentlichen Diskussion insbesondere Grosskartelle wie das Zementkartell, die Müllerkartelle, die Zieglerkartelle, das Bierbrauerkartell, das Schokoladenkartell und ähnliche waren. In Bezug auf die Rechtsform der Kartelle ergab die Untersuchung u.a., dass 45% der Kartelle in Form eines Vereins, 35% in Form einer Genossenschaft und 10% als Einfache Gesellschaften gegründet wurden, vgl. Preisbildungsbericht (Fn. 11), 51 f., 62.

²² Aus entsprechender Not heraus entstanden etwa 1884 die ostschweizerische Stickereigenossenschaft, 1891 der Verein der schweizerischen Seidenbeutelwebereien, 1904 der Verband zürcherischer Seidenfärbereien, 1895 das Zementkartell, 1902 der Verband bernischer und solothurnischer Backsteinfabrikanten etc., Preisbildungsbericht (Fn. 11), 111.

²³ Die Preisbildungskommission begründete ihre Empfehlung damit, dass kein Kartell „wie ein Ei dem andern gleich“, sondern dass alle Kartelle sich voneinander unterschieden, so dass sich Kartellbehörden bei einem Verbot laufend einem Mosaik von Genehmigungsanträgen gegenüberstehen würden, dessen objektive, das heisst dem individuellen Fall gerecht werdende, Bewältigung eine Riesenaufgabe darstellen würde. Dafür wäre eine riesige Behörde erforderlich, welche kaum Rechtssicherheit gewährleisten könnte, Preisbildungsbericht (Fn. 11), 150.

²⁴ Bis zum Erlass des ersten Kartellgesetzes von 1962 wurde es dem Privatrecht überlassen, Wettbewerbsbeschränkungen der Marktteilnehmer untereinander zu beurteilen, WALTER R. SCHLUEP, Wettbewerbsfreiheit – staatliche Wirtschaftspolitik: Gegensatz oder Ergänzung, ZSR 1991 I, 58. Die Diskussion über die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen erschöpfte sich damals in der Diskussion über die Zulässigkeit des Boykotts, WALTER R. SCHLUEP, Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 798.

²⁵ ZÄCH (Fn. 4), 54.

den Koalitionszwang eingeführt hatten,²⁶ wurden in den dreissiger und vierziger Jahren des letzten Jahrhunderts zunehmend Stimmen laut. Diese verlangten, dass die Handels- und Gewerbefreiheit nicht nur ein Freiheitsrecht des Einzelnen gegen den Staat beinhalte, sondern dass sie in Form einer eigentlichen Institutsgarantie grundsätzlich das System der freien Konkurrenz auch gegenüber Privaten zu gewährleisten habe.

Durch die Einfügung des Kartellartikels in die Bundesverfassung im Jahre 1947 wurde die Frage, ob staatliche Vorschriften gegen private Wettbewerbsbeschränkungen mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar seien oder nicht, grundsätzlich bejaht. Seither geht die Frage dahin, gegen welche privaten Wettbewerbsbeschränkungen staatliche Vorschriften gestützt auf Art. 31 septies aBV resp. Art. 96 Abs. 1 BV erlassen werden können und wie weit solche Vorschriften gehen dürfen.

III. Kartellgesetzgebung in der Schweiz

1. Kartellgesetz 1962

Unter Bezugnahme auf die Empfehlungen der Preisbildungskommission und basierend auf der Verfassungskompetenz des Art. 31bis aBV erliess der Bund im Jahre 1962 das *erste schweizerische Kartellgesetz*. Zweck dieses (schwachen) Wettbewerbsgesetzes war nur die gesetzliche Verhinderung von besonders einschneidenden Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen (Bekämpfung von „Auswüchsen“).²⁷ Entsprechend kam dem Wettbewerb im neuen Gesetz zwar eine wichtige, aber – etwa im Gegensatz zur Regelung in den USA – nicht die ausschlaggebende Relevanz zu. Fragliche Verhaltensweisen der Marktteilnehmer waren daher nicht nur anhand ihrer Wettbewerbswirkungen, sondern generell anhand des Gesamtinteresses des Landes zu beurteilen. Im Rahmen der damals praktizierten „Saldomethode“ waren wettbewerbsbeschränkende Abmachungen dann zulässig, wenn die Kartellkommission in ihrer Untersuchung zum Ergebnis gelangte, dass gesamthaft gesehen die negativen Auswirkungen eines Kartells durch wichtige öffentliche Interessen überwogen würden.

Die von HUGO SIEBER entwickelte Saldomethode, gemäss der im Rahmen eines sogenannten „bilan économique et social“ die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen den durch sie verursachten positiven Wirkungen gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen wurden, wurde in Art. 29 Abs. 2 KG 85 wie folgt festgeschrieben: „Prü-

²⁶ So verfügte etwa der Kanton Zürich noch 1864 in § 17 seines Gewerbegesetzes die Aufhebung des Kartells der Zündholzfabrikanten, welches „zur Verhütung ungünstiger Konkurrenzverhältnisse“ 1862 gegründet worden war, Preisbildungsbericht (Fn. 11), 110 f.

²⁷ ZÄCH (Fn. 4), 58.

fung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit würdigt die Kommission nützliche und schädliche Auswirkungen. Stellt sie erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen oder Wettbewerbsverfälschungen fest, wägt sie die nützlichen und schädlichen Auswirkungen gegeneinander ab. Sie berücksichtigt dabei die Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit und das Wettbewerbsausmass. Ferner berücksichtigt sie alle übrigen bedeutsamen Auswirkungen wie jene auf die Herstellungs- und Vertriebskosten, die Preise, die Qualität, die Versorgung, die Struktur des Wirtschaftszweiges, die Landesteile, die Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Unternehmen im In- und Ausland und die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Konsumenten“. Nur wenn die sozial oder volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen überwogen, versties ein Kartell gegen das Gesetz.²⁸

Mit seinem spezifisch schweizerischen *Konzept des „möglichen Wettbewerbs“*, demgemäss Wettbewerb (nur) für diejenigen ermöglicht werden sollte, welche ihn auch tatsächlich aufnehmen wollten,²⁹ schützte das Kartellgesetz von 1962 nicht den Wettbewerb als Institution, sondern (nur) die wirtschaftliche Persönlichkeit, das Recht des Einzelnen auf freie wirtschaftliche Betätigung. Indem die Verhaltensweisen der Marktteilnehmer nicht nur anhand ihrer Wettbewerbswirkungen zu beurteilen waren, sondern generell anhand des Gesamtinteresses, erlaubte es dieses Konzept dem Wirtschaftenden also erstens, „sich in Selbstverzicht auf bestimmte Wettbewerbsmöglichkeiten zu binden, er also nicht durch Zwang zum Wettbewerb verhalten wird, und zweitens, [dass] grundsätzlich dafür gesorgt wird, dass es allen Wettbewerbswilligen möglich ist, sich auf Grund ihrer Leistung um die Wette zu bewerben, das heisst, echten Wettbewerb zu betreiben“.³⁰

2. Kartellgesetz 1985

Bedenken gegen diesen fehlenden institutionellen Schutz des Wettbewerbs kam der Gesetzgeber rund zwanzig Jahre später, anlässlich der *ersten Revision des Kartellgesetzes* 1985, ein Stück weit entgegen. Er ging damals in Bezug auf den Stellenwert des Wettbewerbs einen Schritt weiter und versuchte

²⁸ Offensichtlich ist, dass in der Praxis Methode und Ergebnis notwendigerweise stark von subjektiven Gewichtungen durch die Kartellkommission beeinflusst wurden. Ein Addieren und Subtrahieren von Äpfeln und Birnen war offensichtlich schwierig, wenn schon politisch und nicht rechtlich zu begründen. Aufgrund der zu berücksichtigenden Interessen waren zudem die Verfahren langwierig, vgl. dazu etwa ZÄCH (Fn. 4), 74 f.; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, 29; SCHRÖTER (Fn. 8), 2.

²⁹ Nach dieser Konzeption hatte die Wettbewerbspolitik nur dafür zu sorgen, dass es allen Wettbewerbswilligen „im Rahmen von Recht und Sitte möglich ist, echten Wettbewerb auszuüben, das heisst auf Grund der eigenen Leistung sich um die Wette zu bewerben“, Preisbildungsbericht (Fn. 11), 161; vgl. BORER (Fn. 28), 27 f.; ZÄCH (Fn. 4), 64 ff.; EUGEN MARBACH, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey (Hrsg.), Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, 133 ff.

³⁰ Preisbildungsbericht (Fn. 11), 205; ZÄCH (Fn. 4), 70 f.

durch einen Wechsel vom System des „möglichen Wettbewerbs“ zum System des „wirksamen Wettbewerbs“ nicht nur den Einzelnen, sondern auch den Wettbewerb als Institution vermehrt zu schützen.³¹ Durch die Neuregelung von Art. 29 Abs. 3 KG (in der Fassung von 1985), wonach die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (immer) gegen das Gesamtinteresse versties, die volkswirtschaftliche und soziale Schädlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung somit ohne Weiteres immer dann anzunehmen sei, wenn dadurch wirksamer Wettbewerb verhindert werde, wurde beinahe eine per-se-Regelung eingeführt.³² Diese gesetzliche „Vermutung“ volkswirtschaftlicher oder sozialer Schädlichkeit entfiel allerdings, wenn die „Verhinderung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen des Gesamtinteresses“ als unerlässlich beurteilt wurde.³³ Diese weiterhin umfassenden Rechtfertigungsmöglichkeiten sowie die gesetzliche Institutionalisierung der schwerfälligen Saldomethode verhinderten aber eine wirkliche Verschärfung des Wettbewerbsregimes in der Schweiz.³⁴ Der „wettbewerbsfeindlichen Tradition“ und dem immer noch verbreiteten „Glaube an den Segen solidarischer Wirtschaftsabsprachen“ gelang es somit – trotz des im Revisionsverfahren geäußerten Willens, dem Wettbewerb „mehr Gewicht“ zu geben³⁵ – das Prinzip des „möglichen Wettbewerbs“ ein Stück weit in sein Gegenteil zu kehren.³⁶

Angesichts des weiterhin vergleichsweise „schwachen“ Kartellrechts in der Schweiz konnte die Verwerfung der Einführung des dritten Pfeilers eines modernen Wettbewerbsrechtssystems, nämlich einer Fusionskontrolle, nicht überraschen. Entgegen dem Antrag des Bundesrates, im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes gleichzeitig eine präventive Zusammenschlusskontrolle einzuführen, lehnte das Parlament diesen Vorschlag aus verfassungsrechtlichen Überlegungen ab.³⁷

Der gerade auch gegenüber dem Ausland fehlende Wettbewerb belastete in der Folge die schweizerische Wirtschaft. So errechnete eine Studie der OECD aus dem Jahre 1992, dass infolge der Kartellierung die Preise für Kon-

³¹ Der Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ weist auf ausländische Vorbilder hin, wurde dieser doch in der wettbewerbsrechtlichen Diskussion in den USA („workable competition“) und in Deutschland geprägt, vgl. ERIC HOMBURGER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1990, 4; WALTER R. SCHLUEP, „Wirksamer Wettbewerb“ – Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 1987.

³² ZÄCH (Fn. 4), 74 f.

³³ Art. 7 KG 85, vgl. dazu HOMBURGER (Fn. 31), 153 ff.

³⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 37 f.

³⁵ HOMBURGER (Fn. 31), 10.

³⁶ „Das KG 1962 hat das Prinzip des ‚Möglichen Wettbewerbs‘ in ein Leitbild der ‚Möglichen Wettbewerbsbeschränkung‘ umfunktioniert“, SCHLUEP (Fn. 24, Entwicklungslinien), 800; vgl. auch ZÄCH (Fn. 4), 70 f.

³⁷ Erst nach 1985 setzte sich in der Lehre die Auffassung mehr und mehr durch, dass eine präventive Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ebenfalls verfassungskonform sei, ZÄCH (Fn. 4), 59 f.; HUBERT BÜHLMANN, Die Tragweite des Kartellartikels der Bundesverfassung im Hinblick auf eine Konzentrationskontrolle, St. Gallen 1979, 195.

sumgüter in der Schweiz um 40% und die für Investitionsgüter um 30% höher waren als in den umliegenden EG-Mitgliedstaaten.³⁸

3. Kartellgesetz 1995

Eine wirkliche Verbesserung in Bezug auf die Stärkung der Institution Wettbewerb in der Schweiz brachte erst die im Rahmen des Swisslex-Programms von 1995 erfolgte *zweite, grundlegende Revision des Kartellgesetzes*.³⁹ In den seit der letzten Revision verstrichenen zehn Jahren hatte sich u.a. aufgrund des Einflusses der OECD,⁴⁰ aber auch aufgrund eines veränderten politischen und wirtschaftlichen Umfeldes,⁴¹ zunehmend die Einsicht durchgesetzt, dass zumindest bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen erfahrungsgemäss immer volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben. Unter dem Eindruck der Vorarbeiten für den EWR-Beitritt und in wesentlicher Anlehnung an das Wettbewerbsrecht der damaligen Europäischen Gemeinschaft⁴² erfolgte eine weitgehende Europakompatibilisierung des schweizerischen Kartellrechts. Dabei entschloss sich der Gesetzgeber Vermutungstatbestände einzuführen, womit in der Schweiz seither bei gewissen Abreden – insb. Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen⁴³ – vermutet wird, dass diese wirksamen Wettbewerb beseitigen. Dies stellt somit kein absolutes Kartellverbot (sog. „Per-se-Verbot“) dar. Vielmehr kann die Vermutung durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden, indem aufgezeigt wird, dass trotz der Abrede auf dem relevanten Markt noch genügend Innen- und/oder Aussenwettbewerb besteht.⁴⁴

³⁸ SCHRÖTER (Fn. 8), 2.

³⁹ In der Literatur wird mit dem Inkrafttreten des Gesetzes auf den 1. Juli 1996 vom Beginn einer neuen wettbewerbspolitischen Epoche, resp. einem eigentlichen Richtungswechsel gesprochen, welchen Marino Baldi als Vater des Gesetzes konzipiert hatte. Diese Revision von 1995 wird zu Recht als Paradigmawechsel bezeichnet. Denn seither ist nun wirksamer Wettbewerb gegebenfalls auch gegen die Interessen privater Unternehmer von Amtes wegen durchzusetzen, siehe dazu BORER (Fn. 28), 21; ZÄCH (Fn. 4), 2.

⁴⁰ Auch andere Länder rückten in dieser Zeit vom Missbrauchsprinzip ab und gingen zum Verbotsprinzip über, siehe dazu etwa ZÄCH (Fn. 4), 55 f.

⁴¹ Vgl. dazu etwa CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Das neue schweizerische Kartellgesetz im Überblick – Erste Erfahrungen, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern 1998, 12 ff.

⁴² Botschaft (Fn. 34), 63 f.; JÜRIG BORER, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Rechtsordnung, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 220.

⁴³ „Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: (a) Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; (b) Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; (c) Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern“ (Art. 5 Ziff. 3 KG).

⁴⁴ PATRIK DUCREY, Kartellrecht, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey (Hrsg.), Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, 304 f.

Mit dieser Regelung ging man soweit, wie man damals glaubte, unter der gegebenen Verfassungskompetenz noch gehen zu können,⁴⁵ erlaubt die schweizerische Bundesverfassung⁴⁶ doch – im Gegensatz etwa zu den USA oder der Europäischen Union – kein generelles Per-se-Verbot von Kartellen.⁴⁷ Gemäss Art. 96 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Hieraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen als solche sanktionieren darf, sondern nur gegen ihre volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen vorgehen kann.⁴⁸

Als Gegenargument zu Zweifeln, welche im Vorfeld der Gesetzesrevision an der Verfassungsmässigkeit des Entwurfs aufgekommen waren,⁴⁹ hielt die Botschaft zur Volksabstimmung unter ausführlichen Verweisen auf die Literatur und weitere Überlegungen fest, dass die Bundesverfassung das Koordinationsprinzip Wettbewerb demjenigen der Gruppenvereinbarungen vorziehe.⁵⁰ Daraus folgerte sie – und mit ihr der Gesetzgeber –, dass das Kartellgesetz über das damals praktizierte Konzept des „möglichen Wettbewerbs“ hinausgehen darf und ein Gesetz, das den Ausschluss des wirksamen Wettbewerbs – unter dem Vorbehalt der Rechtfertigung durch das Gesamtinteresse – für volkswirtschaftlich und sozial schädlich erkläre, durchaus verfassungskonform sei.⁵¹ Diese Rechtsauffassung – welche rasch eine breite Akzeptanz fand – geht zutreffend davon aus, dass die verfassungsrechtliche Grundlage

⁴⁵ „Soweit die Verfassungsvorgaben dies zulassen, hat das neue materielle schweizerische Kartellgesetz grosse Ähnlichkeiten mit dem EG-Kartellrecht“, BORER (Fn. 42), 220; für eine diesbezügliche Kurzübersicht siehe MARINO BALDI/JÜRIG BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1998, 434 ff.

⁴⁶ „Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen“ (Art. 96 Abs. 1 BV).

⁴⁷ „Ein generelles Kartellverbot würde Art. 96 Abs. 1 GV widersprechen“, ZÄCH (Fn. 4), 60 f.

⁴⁸ ANDREAS HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, in: Strukturberichterstattung Nr. 44/4, Evaluation Kartellgesetz, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern 2009.

⁴⁹ Konkret ging es um die Frage, ob der damals geltende Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV ein Gesetz zulasse, das die Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs – unter Vorbehalt der Rechtfertigung durch das Gesamtinteresse – als volkswirtschaftlich und sozial schädlich bewerte, ZÄCH (Fn. 4), 59 f.

⁵⁰ Siehe dazu etwa FRITZ GYGI/PAUL RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., Bern 1997, 34 ff.; KLAUS A. VALLENDER, Grundzüge der „neuen“ Wirtschaftsverfassung, AJP 1999, 677 ff.; RENÉ RHINOW, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, in: Daniel Thürer/Jean-Francois Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht in der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, 565 ff.; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000, 115.

⁵¹ Entsprechend lautet Art. 29 Abs. 3 Satz 2 des revidierten Kartellgesetzes 85: „Die Schädlichkeit ist indess in jedem Fall gegeben, wenn wirksamer Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen verhindert wird, es sei denn, die Prüfung ergebe, dass die Verhinderung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen des Gesamtinteresses unerlässlich ist“, vgl. SCHLUEP (Fn. 31), 1 ff.

des Kartellgesetzes keine Aussage hinsichtlich der einzusetzenden Mittel macht, und der Gesetzgeber daher nach heute herrschender Lehre in Art. 5 KG durchaus ein selektives Kartellverbot statuieren kann.⁵²

Aufgrund dieser Entwicklung steht heute die einstmals in der Schweiz zentrale Frage der Verbots- oder Missbrauchsgesetzgebung nicht mehr im Vordergrund der Diskussion. Zu entscheiden ist vielmehr zwischen einer *Verbotsgesetzgebung mit Erlaubnisvorbehalt*, wie dies bis Ende April 2004 im Recht der europäischen Gemeinschaft vorgesehen war, und einer *Verbotsgesetzgebung mit Legalausnahme*, wie dies zur Zeit im Wettbewerbsrecht der Schweiz und der USA sowie seit dem 1. Mai 2004 auch in der Europäischen Union Gültigkeit hat. Allerdings unterscheiden sich im Ergebnis beide Arten der Verbotsgesetzgebung kaum mehr voneinander.⁵³

Seit der Gesetzesrevision von 1995 geht auch das schweizerische Kartellrecht – wie etwa das Wettbewerbsrecht der EU – von einem *Dreisäulenansatz* als systematische Zugriffsbasis aus, in welchem (ausdrücklich sowohl horizontale wie auch vertikale) wettbewerbsbeschränkende Abreden,⁵⁴ marktbeherrschende Unternehmen⁵⁵ und Unternehmenszusammenschlüsse⁵⁶ ins Recht gefasst werden. Im Gegensatz zur Gesetzesrevision von 1985, in deren Rahmen einer Fusionskontrolle heftig und erfolgreich opponiert wurde, erfolgte die 1995 vom Gesetzgeber vorgenommene Einführung einer *präventiven Zusammenschlusskontrolle* problemlos, erstaunlicherweise ohne dass deren (angeblich fehlende) Vereinbarkeit mit der Verfassung diesmal überhaupt diskutiert wurde.⁵⁷

⁵² Vgl. etwa BÜHLMANN (Fn. 37), 195; ZÄCH (Fn. 4), 60.

⁵³ ZÄCH (Fn. 4), 55 f.

⁵⁴ Gemäss Art. 5 Ziff. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, grundsätzlich unzulässig, es sei denn, sie könnten durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Ziff. 2 gerechtfertigt werden.

⁵⁵ Gemäss Art. 7 Ziff. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, „wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen“. Ziff. 2 liefert eine nicht abschliessende Liste solcher Verhaltensweisen.

⁵⁶ Gemäss Art. 9 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen, welche gewisse Grenzwerte überschreiten, vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden. Entsprechende Zusammenschlüsse unterliegen gemäss Art. 10 KG der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen.

⁵⁷ Nach dem Wortlaut der Verfassungsnorm von Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV war zweifelhaft, ob der Bundesgesetzgeber ermächtigt war, eine Marktstrukturkontrolle im Sinne einer Zusammenschlusskontrolle einzuführen. An sich durfte er bloss deren schädliche Auswirkungen bekämpfen. Der Bundesrat – und mit ihm das Parlament – ging gleichwohl davon aus, dass der Bundesgesetzgeber befugt sei, Zusammenschlüsse von Unternehmen mit mehr als 1000 Beschäftigten oder einem gesamthaften Marktanteil von über 30% einer präventiven Kontrolle im Hinblick auf allfällige volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen

4. Kartellgesetzrevision 2003

Die bisher letzte Revision des Kartellgesetzes wurde 2003 vorgenommen. Mit ihr konnten einige für die Rechtsanwendung wichtige Postulate – insbesondere die Einführung direkter Sanktionen für unzulässige harte Wettbewerbsabreden (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) und missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG)⁵⁸ – realisiert werden (Art. 49a KG).⁵⁹ Bis damals war eine Sanktionierung nur möglich gewesen, wenn ein Unternehmen gegen eine vorgängig erlassene Verfügung der Wettbewerbskommission verstossen hatte.

Zudem nahm der Gesetzgeber 2003 eine Reihe weiterer Gesetzesänderungen vor, so insbesondere die Ausdehnung der Unzulässigkeitsvermutung von horizontalen auf vertikale Abreden (Art. 5 Abs. 4 KG), die Einführung einer Bonusregelung (Art. 49a KG), die Unterstellung von Unternehmen mit übertragender Marktstellung bzw. relativer Marktmacht unter die Missbrauchskontrolle (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG) und die ausdrückliche Vorschrift, wonach Einfuhrbeschränkungen gestützt auf Rechte des geistigen Eigentums der kartellgesetzlichen Beurteilung unterliegen (Art. 3 Abs. 2 KG).⁶⁰

Insgesamt ergibt diese Entwicklung ein Bild der zunehmenden Verfestigung des Wettbewerbsgedankens auch in der Schweiz. Charakteristisch für diese Rechtslage ist die im Kartellgesetz (Art. 8 und 11 KG) vorgesehene Regelung, wonach sich die Wettbewerbskommission im Rahmen ihrer Entscheide ausschliesslich auf den Schutz des Wettbewerbs konzentrieren soll und darf. Nicht sie, sondern der Bundesrat kann ausnahmsweise, falls überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen dennoch zulassen. Der Bundesrat beurteilt den Einzelfall dann nicht anhand wettbewerblicher, sondern *ausserwettbewerblicher Kriterien*. Tatbestandsmässige Voraussetzung für einen positiven Entscheid ist, dass die Verhaltensweisen ausnahmsweise notwendig sind, um öffentliche Interessen zu verwirklichen, welche das öffentliche Interesse an einer marktwirtschaftlichen Ordnung unter Wettbe-

gen zu beurteilen und sah daher für entsprechende Unternehmenszusammenschlüsse eine Meldepflicht vor, ZÄCH (Fn. 4), 59 f.; siehe dazu weiter HOMBURGER (Fn. 31), 348 ff.

⁵⁸ Darauf musste anlässlich der Revision von 1995 wegen Referendumsdrohungen noch verzichtet werden. Auslöser für die Einführung dieser Regelung im Jahre 2004 war der Fall des Vitaminkartells von Roche, BASF und elf weiteren Firmen, welche 1999 in den USA wie auch in der Gemeinschaft mit hohen Strafen belegt wurden, in der Schweiz aber aufgrund der damals geltenden gesetzlichen Möglichkeiten nicht gebüsst werden konnten.

⁵⁹ Vgl. ZÄCH (Fn. 4), 2 f.

⁶⁰ Siehe dazu JENS LEHNE, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 1, Allgemeine Bestimmungen, 59 ff., N 16.

werbsbedingungen überwiegen.⁶¹ Bis heute hat der Bundesrat diese Bestimmung indes noch nie angewendet.⁶²

IV. Starke WEKO – starker Wettbewerb

Obwohl im Kartellgesetz sowohl die Möglichkeit der privatrechtlichen Durchsetzung mittels Klage vor Gericht wie auch jene der öffentlichrechtlichen Durchsetzung durch die Wettbewerbskommission vorgesehen sind,⁶³ spielen private Klagen in der Schweiz nur eine sehr unbedeutende Rolle. Diese Schweizer Entwicklung steht ganz im Gegensatz etwa zur Situation in den USA, aber durchaus im Einklang mit den kontinentaleuropäischen Verhältnissen.⁶⁴ Gründe für diese Dominanz des verwaltungsrechtlichen Verfahrens gibt es viele. So hat aus Sicht der Betroffenen das Einschreiten der Wettbewerbskommission die unbestreitbaren Vorteile, dass der Sachverhalt nach dem Untersuchungsprinzip durch die Behörden aufgeklärt wird, welchen dazu hoheitliche Ermittlungsbefugnisse zur Verfügung stehen. Zudem entstehen den Betroffenen weder Mühen noch Kosten und sie tragen kein Prozessrisiko. Diese Vorteile wiegen in der Regel die Nachteile des Verwaltungsverfahrens (keine Prozessherrschaft, kein Schadenersatz und Genugtuung etc.) auf.⁶⁵

Auch wenn immer wieder Überlegungen für eine Stärkung der zivilrechtlichen Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen postuliert werden, so dürfte auf absehbare Zeit die Hauptlast der Durchsetzung des Kartellgesetzes wie bisher⁶⁶ weiterhin auf den Wettbewerbsbehörden, d.h. der Wettbewerbskommission und ihrem Sekretariat, liegen. Für die „Bewährung“ des Kartellgesetzes und der Durchsetzung der wettbewerblichen Anliegen in der Schweiz kommt damit der Stellung, der Organisation und der Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden eine zentrale Bedeutung zu.

Die entsprechenden Parameter stehen zur Zeit in Diskussion. Im Rahmen der bereits nach fünf Jahren (!) gesetzlich vorgeschriebenen *Evaluation* der letzten Revision des Kartellgesetzes⁶⁷ kam die dazu eingesetzte Experten-

⁶¹ „Dazu können etwa Interessen versorgungs-, gesundheits-, struktur-, regional-, arbeitsmarkt-, kultur- oder umweltschutzpolitischer Art gehören“, ZÄCH (Fn. 4), 252 f.

⁶² Der Bundesrat hatte bisher in zwei Fällen über ein Gesuch auf ausnahmsweise Zulassung gemäss Art. 8 zu entscheiden, RPW 2007/2, 341 f. – Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband und Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.; RPW 1998/3, 478 f. – Schweizer Verband der Musikalienhändler und -verleger; siehe dazu Marcel MEINHARDT/FELIX PRÜMMER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 8, 833 ff.

⁶³ Art. 12 ff. resp. Art. 18 ff. KG.

⁶⁴ Siehe dazu HEINEMANN (Fn. 48), 9 ff.

⁶⁵ Siehe dazu HEINEMANN (Fn. 48), 50 ff.

⁶⁶ Siehe dazu die Jahresberichte der Wettbewerbskommission, <http://www.weko.admin.ch/org/00143/index.html?lang=de>.

⁶⁷ Art. 59a Abs. 2 KG.

gruppe zwar zum Schluss, dass sich das bisherige Konzept des Kartellgesetzes insgesamt bewährt habe. Trotzdem empfahl sie eine Revision insbesondere im Bereich der institutionellen Ausgestaltung.⁶⁸ Gestützt auf diesen Expertenbericht gab der Bundesrat in der Folge die Ausarbeitung einer Revisionsvorlage in Auftrag, die er am 30. Juni 2010 in *Vernehmlassung* gab.⁶⁹ Im begleitenden Bericht stellte der Bundesrat dann in Bezug auf den Aufbau der Wettbewerbsinstitutionen einen „erheblichen“ Reformbedarf⁷⁰ fest und überraschte mit Vorschlägen, denen eine gewisse Radikalität nicht abzusprechen ist.

Im Kern sieht die bundesrätliche Vorlage die Schaffung einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde vor, welche die Untersuchungen führen und Antrag an ein neu zu schaffendes, erstinstanzliches Bundeswettbewerbsgericht stellen soll. Damit schlägt der Bundesrat unter Hinweisen auf mögliche rechtsstaatliche Defizite – organisatorisch-funktionelle Verflechtung von Sekretariat und WEKO – und unter Berufung auf Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht nur einen Verzicht auf den Weiterbau der bisherigen Institutionen (Wettbewerbskommission und Sekretariat), sondern einen eigentlichen Systemwechsel (*Paradigmenwechsel*) vor, den man in diesem Umfang nicht unbedingt hätte erwarten können.⁷¹

In Bezug auf das Grundanliegen der Revisionsvorlage, nämlich der Stärkung des Wettbewerbs in der Schweiz und der zentralen Rolle, welcher den Wettbewerbsbehörden dabei bisher zugekommen ist, stellt sich die Frage, ob die Einschätzung des Bundesrates bezüglich des Reformbedarfs der Wettbewerbsbehörden zutrifft resp. ob die damit vorgeschlagene „Amerikanisierung“ der schweizerischen Wettbewerbsinstitutionen nicht übers Ziel hinaus-schiesst und ein Abweichen von den bisherigen, gewachsenen Strukturen in der Tat sinnvoll ist?

In ihrer Untersuchung der Frage eines institutionellen Reformbedarfs stützte sich die Expertengruppe schwergewichtig auf eine von Prof. CARL BAUDENBACHER verfasste Untersuchung zum bisherigen „institutionellen Setting“ der schweizerischen Wettbewerbsbehörden.⁷² Während BAUDENBACHER in seiner Studie zwar auch Handlungsbedarf ortete, gingen seine Empfehlungen weniger weit als die nun vom Bundesrat vorgeschlagene Reform.

⁶⁸ Siehe Synthesebericht der Evaluationsgruppe Evaluationsbericht vom 5. Dezember 2008, <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de>.

⁶⁹ Siehe <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=34047>.

⁷⁰ Erläuternder Bericht zu Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 8.

⁷¹ SIMON HIRSBRUNNER/JENS WERNER, Überholt das schweizerische Kartellrecht das EU-Vorbild?, Jusletter vom 21.9.2010.

⁷² CARL BAUDENBACHER, Institutionelles Setting, vertikale Abreden, Sanktionierung von Einzelpersonen, zivilrechtliches Verfahren, Strukturberichterstattung Nr. 44/3, Staatssekretariat für Wirtschaft, Bern 2009, http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de#sprungmarke0_41.

So empfahl der Experte namentlich (1) eine Verkleinerung der WEKO, (2) die Anstellung des Präsidenten resp. aller WEKO-Mitglieder im Vollamt, (3) die Abschaffung der Interessenvertreter, (4) ausreichende pekuniäre und karrieremässige Anreize, (5) die Zuwahl von Ausländern zu Mitgliedern der WEKO, (6) die öffentliche Ausschreibung der Stellen des Präsidenten und der Mitglieder der WEKO, (7) einen verstärkten Schutz der Unabhängigkeit der WEKO gegenüber der Politik im Allgemeinen und dem EVD im Besonderen und letztlich (8) die Schaffung einer einstufigen Wettbewerbsbehörde statt eines zweistufigen Systems.⁷³

Gerade die letzte dieser Empfehlungen wurde nun vom Bundesrat nicht übernommen, obwohl er selbst konstatierte, dass das bisherige System „im Rahmen des Möglichen“ gut funktioniert.⁷⁴ Ob sein darüber hinausgehender, „radikaler“ Vorschlag im Vernehmlassungsverfahren wie auch allenfalls später im Gesetzgebungsverfahren auf Zustimmung stossen wird, bleibt abzuwarten. Dennoch scheint die Frage zulässig, ob der zumindest teilweise berechtigten Kritik an der heutigen Regelung nicht auch (und allenfalls besser) durch einen Umbau der bisherigen Wettbewerbsbehörden begegnet werden könnte?

Soweit ersichtlich, wurden am geltenden Aufbau insbesondere folgende vier Punkte kritisiert, nämlich (a) eine ungenügende Unabhängigkeit der Kommission durch die Einsitznahme von Verbandsvertretern, (b) ein nicht EMRK-konformes Setting des institutionellen Gefüges der Wettbewerbsinstanzen, (c) eine zu lange Dauer der Verfahren vor der Wettbewerbskommission und den Gerichtsinstanzen und (d) der Wunsch nach einer grösseren Professionalisierung der Arbeit der WEKO.

Die schon oft kritisierte und primär historisch zu erklärende Einsitznahme von Verbandsvertretern in die Wettbewerbsbehörde scheint in der Tat überholt zu sein. Zwar setzen sich diese Mitglieder in den Beratungen der WEKO in keiner Art nur für ihre Verbandsinteressen ein und bringen im Gegenteil wichtiges, oft branchenspezifisches Fachwissen ein, doch ist einzugestehen, dass die früher erwünschte politische Abstützung seit der Umformung der Wettbewerbskommission in eine gerichtsähnliche Behörde nicht nur überholt wirkt, sondern unnötig geworden ist. Eine Neubestellung der Mitglieder der Wettbewerbskommission ohne Verbandsvertreter wäre unter dem heutigen System durchaus machbar.

In seinem Vernehmlassungsentwurf legt der Bundesrat grosses Gewicht auf die *EMRK-Kompatibilität* des neuen institutionellen Gefüges. Er greift hier insbesondere von Seiten der Anwaltschaft geäusserte Kritik auf, wonach die WEKO in ihrer heutigen Zusammensetzung als Spruchkörper mit einer nur mangelhaften Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungs-

⁷³ BAUDENBACHER (Fn. 72), 43 ff.

⁷⁴ Erläuternder Bericht (Fn. 70), 11.

phase den hohen Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht mehr genüge. Diesbezüglich wird eine unklare Kompetenzaufteilung zwischen dem Sekretariat als Untersuchungsbehörde und der WEKO als Entscheidbehörde kritisiert und auf vielfache Überschneidungen und gegenseitige Beeinflussungsmöglichkeiten in der Praxis hingewiesen.

Auch wenn diese Kritikpunkte unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten durchaus verständlich und nachvollziehbar sind, so fallen am Entwurf doch zwei Aspekte auf: Zum Einen geht der Forderung nach einer verstärkten EMRK-Kompatibilität des wettbewerbsrechtlichen Verfahrens seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Swisscom* vom 9. März 2010, in dem dieses die heutige Regelung ausdrücklich als EMRK-kompatibel anerkannt hat, eine gewisse Dringlichkeit ab, auch wenn der diesbezügliche letztinstanzliche Entscheid des Bundesgerichts noch aussteht. Zum Anderen scheint der Vernehmlassungsentwurf alternative Modelle zu dem nun vorgeschlagenen Gerichtsmodell „à l’Americaine“ nur rudimentär und ungenügend zu prüfen, dies obschon im europäischen Ausland und in der EU gerade diese anderen Modelle vorherrschen und erfolgreich betrieben werden.⁷⁵

Eine gegen aussen sichtbare Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsphase, welche durchaus zu begrüssen wäre, könnte auch erreicht werden, ohne den in der Vernehmlassungsvorlage vorgesehenen umfassenden (und unschweizerischen!) Systemwechsel. „Möglich wäre dies auch unter Beibehaltung der bisherigen, gewachsenen Struktur durch die Schaffung eines ausschliesslich mit der Entscheidungsphase betrauten Teils des Sekretariats, der keine Untersuchungsaufgaben wahrnimmt. Mit einer solchen Lösung, wie sie z.B. bei der neuen französischen Wettbewerbsbehörde realisiert wurde, könnte gleichzeitig die Untersuchungsfunktion des Sekretariats aufgewertet werden, welches damit in der Rolle eines Generalanwalts tätig würde“.⁷⁶

Zwingt uns die EMRK aber nicht dazu, das bisher erfolgreiche System grundlegend zu ändern, so erscheint es doch sinnvoll zu prüfen, ob die übrigen Anliegen der Revision nicht auch durch eine Verbesserung des bisherigen institutionellen Settings erreicht werden könnten. Auch hier scheinen die Empfehlungen von Prof. BAUDENBACHER in die richtige Richtung zu gehen: Geprüft werden sollte demnach eine (allenfalls erhebliche) Verkleinerung der bisherigen WEKO unter gleichzeitiger Professionalisierung zumindest der Stellung des Präsidenten.

Damit einhergehen sollte eine Festigung der Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde. Gerade dieses letzte Anliegen scheint im Entwurf des Bundesrates eher zu kurz gekommen zu sein. Die WEKO ist nur zum Teil eine gerichtsähnliche Instanz. Die Wettbewerbskommission entscheidet zwar über

⁷⁵ In seinem Gutachten untersuchte Prof. BAUDENBACHER insbesondere die Verhältnisse in den Niederlanden, in Frankreich und Schweden, BAUDENBACHER (Fn. 72), 21 ff.

⁷⁶ PIERRE TERCIER/ROLAND VON BÜREN/WALTER STOFFEL, Für eine ernsthafte Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, NZZ vom 16.11.2010, 31.

mögliche Verstösse gegen das Kartellgesetz. Sie hat aber zugleich auch eine Reihe von weiteren Aufgaben. Sie kann Empfehlungen zur Förderung des wirksamen Wettbewerbs und Gutachten zu Wettbewerbsfragen an Behörden sowie Stellungnahmen zu wirtschaftsrechtlichen Erlassen abgeben. Zudem vertritt sie die Anliegen des Wettbewerbs in der Öffentlichkeit, insbesondere dem Präsident der WEKO kommt in der öffentlichen Debatte die Funktion eines „Mr. Wettbewerb“ zu. Es erscheint fraglich, ob die gemäss dem Vorschlag des Bundesrates vorgesehene neue (verwaltungsnahe) Wettbewerbsbehörde, welche am „Driver Seat“ der Durchsetzung des Kartellgesetzes sitzen soll, dies leisten könnte.

Dem ebenfalls neu zu errichtenden Wettbewerbsgericht könnte diese Aufgabe kaum übertragen werden. Denn dieses könnte selbst keine Untersuchungen anordnen und die Prioritäten der Untersuchungstätigkeit nicht selbst festlegen. Der Entscheid über zu verfolgende Wettbewerbsverletzungen würde somit ausschliesslich bei der neuen (verwaltungsnahe) Wettbewerbsbehörde liegen, welche allein über die Agenda der Wettbewerbspolitik befinden könnte. Da diese neue Wettbewerbsbehörde als Verwaltungseinheit in das Volkswirtschaftsdepartement zurückgeführt werden soll, besteht die Gefahr, dass die für eine Wettbewerbsbehörde so zentrale Unabhängigkeit der schweizerischen Wettbewerbspolitik nicht mehr gewährleistet wäre. Zu gross wäre die Nähe zu den Geschäften des Departements.⁷⁷ Demgegenüber erscheint die vorgeschlagene grössere Unabhängigkeit einer neu gestalteten Wettbewerbskommission eine interessante Alternative darzustellen, welche zumindest prüfungswert, wenn nicht vorzuziehen wäre.

Nicht entscheidend für die künftige Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden dürften dagegen finanzielle Überlegungen sein. Daher wäre es unklug, wenn die anvisierte Revision des Kartellgesetzes unter der Prämisse der Kostenneutralität segeln müsste. Seitdem der Schutz einer auf Wettbewerb ausgerichteten Wirtschaft mit der Revision des Kartellgesetzes von 1995 quasi zur „Staatsaufgabe“ geworden ist,⁷⁸ wäre es falsch, eine Neukonzeption resp. Verbesserung des bisherigen Durchsetzungssystems zwingend ohne Kostenfolge durchführen zu wollen. Schon heute leidet das Sekretariat unter Personalknappheit, ein Ausbau wäre bereits heute wichtig und dringlich. Dass eine Aufspaltung der bisherigen Behörde (WEKO und Sekretariat) in zwei von-

⁷⁷ „Zu gross die Versuchung, die Wettbewerbspolitik in die wirtschaftliche Tagespolitik einzuspannen; zu stark die karrieremässige Abhängigkeit der alle vier Jahre neu zu bestätigenden Direktion der neuen Behörde. Die Gefahr besteht, dass gewisse Problembereiche oder Wirtschaftszweige de facto bei der Durchsetzung des Kartellgesetzes geschont werden“, TERCIER/VON BÜREN/STOFFEL (Fn. 76), 31.

⁷⁸ Siehe dazu ANDREAS KELLERHALS, Marktwirtschaft – Vom Individualanspruch zur Staatsaufgabe, in: Roger Zäch u.a. (Hrsg.), Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 277 ff.

einander strikt getrennte Einheiten ohne zusätzliches Personal auskommen müsste, erscheint unrealistisch.⁷⁹

Die vorstehend geäußerten Bedenken bedeuten aber nicht, dass kein Verbesserungspotential in der institutionellen Organisation der schweizerischen Wettbewerbsbehörde bestünde. Aber, es erscheint allenfalls sinnvoller, diese Reformen innerhalb des bestehenden Systems anzugehen, anstatt einen umfassenden Systemwechsel vorzusehen.

V. Schlussbemerkung

Das schweizerische Wettbewerbsrecht hat in den letzten fünfzehn Jahren einen wahren Quantensprung gemacht. Vieles wurde zur Stärkung des Wettbewerbs in der Schweiz erreicht, aber einiges bleibt noch zu tun. Es ist sicherzustellen, dass künftige Revisionen des Kartellgesetzes entsprechende Verbesserungen bewirken ohne Bewährtes über Bord zu werfen. Dazu gehört insbesondere die Vermeidung einer Schwächung der Wettbewerbsbehörde.

⁷⁹ So wären z.B. sicherlich neu an beiden Orten ökonomische Kompetenzzentren aufzubauen, was bereits zu einer Erhöhung der entsprechenden Infrastrukturkosten führen würde.