

Henrique Schneider
Andreas Kellerhals
(Hrsg.)

25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick

Henrique Schneider
Andreas Kellerhals

25 Jahre
Kartellgesetz –
ein kritischer
Ausblick



25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick von Henrique Schneider und Andreas Kellerhals wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2022 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

Cover: tbd

ISBN:

978-3-03805-418-4 (Print – Softcover)

978-3-03805-419-1 (Print – Hardcover)

978-3-03805-463-4 (PDF)

978-3-03805-464-1 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-419>

Version: 1.01 – 20220125

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL:

<https://eizpublishing.ch/publikationen/25-jahre-kartellgesetz-ein-kritischer-ausblick/>.

Inhaltsverzeichnis

<u>Inhaltsverzeichnis</u>	5
<u>Kritische Einleitung: Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des Kartellgesetzes</u>	7
HENRIQUE SCHNEIDER	
<u>Teil I:</u>	
<u>Problemanzeige aus der Praxis</u>	25
<u>Quis custodiet ipsos custodes?</u>	27
JEAN-PIERRE BRINGHEN	
<u>«Fair ist anders»</u>	51
NINA ZOSSO	
<u>Gemeinsam sensibilisieren und weiterentwickeln</u>	61
CRISTINA SCHAFFNER	
<u>Teil II:</u>	
<u>Analyse Bestehender Unzulänglichkeiten</u>	65
<u>Überlegungen zur institutionellen Reform der Wettbewerbsbehörden</u>	67
ANDREAS KELLERHALS	
<u>Verschärfung der Wettbewerbsregulierung durch Gerichts- und Behördenpraxis</u>	79
DANIEL EMCH UND LAURA MÜLLER	
<u>L'évolution de la loi suisse sur les cartels : entre intégration au marché européen et réglementation des marchés</u>	93
PRANVERA KËLLEZI	

<u>Teil III:</u>	
<u>Erwägungen für die Zukunft</u>	111
<u>Ein Kartellgesetz der Wirtschaft</u>	<u>113</u>
ANNE-CATHRINE TANNER	
<u>Vertikalisierung – ein Phantomproblem in der allgemeinen und in der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung</u>	<u>135</u>
MARKUS SAURER	
<u>Digital Markets Act: Regulating Competition Regardless of Effects</u>	<u>157</u>
HENRIQUE SCHNEIDER	

Kritische Einleitung: Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des Kartellgesetzes

Henrique Schneider

Inhaltsübersicht

I. Vergangenheit: Kartellgesetz als Nachvollzug	7
II. Gegenwart: Praxisänderungen und Herausforderungen	11
1. Wettbewerbskommission und Sekretariat	11
2. Von der Untersuchungs- zur Klagelogik	12
3. Per-se-Erheblichkeit	14
4. Bruttopreise	15
5. Gesamtabrede	18
6. Staatsunternehmen	19
III. Zukunft: Der Inhalt dieses Sammelbandes	20
Literaturverzeichnis	23

I. Vergangenheit: Kartellgesetz als Nachvollzug

Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG 95) wurde im Jahr 1995 verabschiedet. Trotz Erwägungen aus Kreisen innerhalb der FDP kam kein Referendum dagegen zustande; also trat es im Jahr 1996 in Kraft. Somit wurde das KG 95 im Jahr 2021 25 Jahre alt.

Es wäre allerdings falsch, die Inkraftsetzung des KG 95 mit der Schaffung einer Wettbewerbsordnung in der Schweiz gleichzusetzen. Der Wettbewerb war nämlich schon vorher da. Nachdem die Schweiz bis nach dem Zweiten Weltkrieg und wohl bis in die 1960er Jahre eher korporatistisch organisiert gewesen war, begann sich der Wettbewerb in den 1960er Jahre als Ordnungsprinzip durchzusetzen. Es ist dabei weniger wichtig, ob diese Durchsetzung aufgrund der Einsicht erfolgte, er sei ein Wert an sich oder ein Mittel zu einem wirtschaftspolitischen Zweck. Auf jeden Fall etablierte sich der Wettbewerb in verschiedenen Sektoren als Prinzip Jahrzehnte vor den Beratungen zum KG 95 in der Schweiz.¹

¹ Halbeisen/Müller/Veyrassat, 61 ff. und 540 ff.

Wirtschafts- und rechtshistorisch könnte man sogar behaupten, dass das Wettbewerbsrecht in der Schweiz erst dann kodifiziert wurde, als die Schweizer Wirtschaft den Wettbewerb zu ihrem Paradigma machte. Erst mit der Wende zum Wettbewerb in der Wirtschaft erliess das Land das erste Kartellgesetz im Jahr 1962. Nach der Erstarkung des Wettbewerbsprinzips wurde das Kartellgesetz von 1985 beschlossen. Mit der definitiven Etablierung des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip wurde auch die gesetzliche Grundlage mit dem KG 95 entsprechend angepasst. In dieser Auslegung nimmt das Kartellgesetz einen Nachvollzug der sich bereits gewandelten wirtschaftlichen Realität vor. Damit ist das KG 95 nicht für den Wettbewerb konstitutiv, sondern bestenfalls explikativ.²

Auch aus ökonomischen Gründen wäre es falsch, zu meinen, die Schaffung einer Wettbewerbsordnung gehe auf ein Kartellgesetz zurück (vielleicht im Gegensatz zu deren Erhaltung). Denn ein solches Gesetz kann auch antikompetitive Auswirkungen haben. Als Nachvollzug einer Wirtschaftsrealität schützt es die jeweils bestehenden Wettbewerbsstrukturen gegenüber Neuerungen. Schon im Jahr 1985 erklärten Baumol und Ordovery³, wie bestehende Wettbewerbsregelungen von bestehenden Wirtschaftsakteuren eingesetzt werden können, um Innovationen und neue Geschäftsmodelle zu verhindern. Der Mechanismus ist dabei einfach. Bestehende Kartellgesetze orientieren sich als Nachvollzug der Realität an bestehenden Geschäftsmodellen und tragen so eine implizite Ablehnung neuer Geschäftsmodelle in sich. Bestehende Akteure können diese implizite Gegenwartspräferenz in explizite Aktionen der Wettbewerbsbehörden ummünzen.⁴ Sehr deutlich wird dieses Ausspielen des nachvollziehenden Kartellgesetzes gegen den in die Zukunft gerichteten Wettbewerb in den vielen Untersuchungen und Rechtsprechungen gegen digitale Plattformen in der Europäischen Union – zum Beispiel gegen Kreditkarten, Google oder Uber.⁵ Auch gemäss Kirzner wirken sich Wettbewerbsgesetze antikompetitiv aus, wenn sie die unternehmerische Aktion und die Innovation untergraben.^{6,7} Diese antikompetitive Anwendung der Kartellgesetze ist auch in der Schweiz festzustellen, wenn die Wettbewerbsbehörde und die Gerichte

² Vgl. DePury/Schmid/Hauser, 49 ff.

³ Baumol/Ordovery, 250 ff.

⁴ Posner, 925 ff.

⁵ Für Beispiele und eine vertiefte Diskussion siehe Witt und Schneider, European Union Antitrust Policy in the Digital Era.

⁶ Kirzner, 62 f.

⁷ Eine weitere Diskussion der aktuellen Beziehung zwischen Wettbewerbsordnung und Innovation generell-abstrakt und in der EU findet sich in Körber/Immenga, 13 ff.

bestehende Geschäftsmodelle als Ansatzpunkt für ihre Entscheide nehmen. Beispiele dafür sind die verschiedenen Fälle im Zusammenhang mit Telekommunikation, Fernsehausstrahlungsrechten und Staatsunternehmen.

Unabhängig von diesen Überlegungen ist das KG 95 seit 25 Jahren in Kraft. Und seit 25 Jahren befindet es sich in einem steten Wandel: sei es durch die punktuelle Weiterentwicklung des Gesetzes an sich oder durch Anpassungen anderer Erlasse im Zusammenhang mit dem Wettbewerb; sei es durch die Behördenpraxis und Rechtsprechung oder in der Entwicklung der Doktrin zum KG 95. Gerade diese dynamische Qualität macht aus dem Kartellgesetz in der Schweiz ein Politikum. Das bestätigt eine Übersicht über politische Vorstösse in den vergangenen Jahren.

Während die Exekutive die Einführung von sogenannten Teilkartellverboten in der Revision des Kartellgesetzes aus dem Jahr 2014 vorschlug, lehnte die Legislative die gesamte Revision gerade wegen dieses Vorschlags ab. Als die Judikative die Teilkartellverbote u. a. trotzdem faktisch einführte, machte die Legislative im Jahr 2021 noch einmal deutlich, dass sie ebendiese nicht will. Das Parlament hat die Motion 18.4282 überwiesen. Sie heisst «Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen.» Diese bringt den wiederholt geäusserten Willen des Gesetzgebers klar auf den Punkt: Im Wettbewerbsrecht müssen Fälle anhand ihrer jeweiligen Ökonomik im Einzelfall und nicht aufgrund bloss formaler Kriterien behandelt werden.

Zusätzlich und teilweise parallel zur Diskussion der Motion 18.4282 wollte der Gesetzgeber – gegen den Willen der Exekutive und zumindest der Wettbewerbskommission – den Begriff der Marktmacht präzisieren. Das Kartellgesetz wurde zu diesem Zweck um eine neue Definition (Art. 4 Abs. 2^{bis} KG) und um einen neuen Missbrauchstatbestand (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG) ergänzt. In diesen Bestimmungen geht es um die Rechtsfigur der relativen Marktmacht und ihres Missbrauchs.⁸

Auch im Zusammenhang mit dem Missbrauch der Marktmacht hat der Gesetzgeber seinen Willen geäussert, die Autonomie einzelner Wirtschaftsakteure gegenüber grossen Plattformen zu stärken. Die Umsetzung dieses Willens wird wohl im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und auf die Tourismusbranche fokussiert erfolgen. Den Vermittlungsplattformen soll untersagt wer-

⁸ Stäuber/Burger, 235 ff.

den, «Most Favored Nations»-Klauseln zu ihren Gunsten einzufordern.⁹ Die konkrete Umsetzung beider Anliegen im Zusammenhang mit der Marktmacht oder deren Missbrauch steht aber erst an.

Diese jüngsten Beschlüsse des Gesetzgebers, einerseits an der Flexibilität in der Umsetzung von Art. 5 KG festzuhalten und andererseits eine besondere Strenge im Zusammenhang mit Art. 7 KG zu zeigen, sind ökonomisch begründbar – entlang der folgenden phänotypischen Überlegung: Absprachen stellen antikompetitives Verhalten dar. Doch sie sind die «mildeste» Form dieses Verhaltenstypus. Der Missbrauch von Marktmacht ist eine im Vergleich dazu weiter gehende Einschränkung des Wettbewerbs. Fusionen stellen dann die stärkste Form der Ausschaltung des Wettbewerbs dar. Während eine Absprache nicht automatisch Marktmacht begründet, sagt der Missbrauch der Marktmacht definitorisch aus, dass der einzelne Akteur seine Vorstellungen von Preisen und Leistungen im Markt umsetzen kann. Damit ist der Wettbewerb an sich stark angegriffen. Bei der Fusion wird der Wettbewerb zumindest teilweise ausgeschaltet, da sich die Anzahl der Akteure auf einer Seite des Marktes reduziert und die Marktmacht auf den übrigbleibenden konzentriert wird.¹⁰ Die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörde steht jedoch in umgekehrter Beziehung zur Intensität des antikompetitiven Verhaltens. Sie zeigt besondere Strenge bei Absprachen, Milde beim Missbrauch von Marktmacht und geradezu Grosszügigkeit bezüglich Fusionen. Die jüngsten Beschlüsse des Gesetzgebers wollen diese Praxis korrigieren.

Zusätzlich zu diesen politischen Beschlüssen zum KG 95 steht auch noch seine Revision an. Sie soll zum Beispiel die Prozessdauer, die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellgesetzes und die ökonomischen Tests zur Feststellung von Marktmacht umfassen. Die intendierte Revision wird zwar «kleine Revision» genannt, doch schon die Nennung dieser drei Inhalte zeigt, dass sie mitnichten nur unwichtige Elemente umfasst.¹¹ «Klein» wird die Revision genannt, weil sie sich eher auf jene Elemente des KG 95 bezieht, die bisher politisch marginalisiert blieben.

Politische Entscheide sind allerdings nicht der einzige Treiber des Wandels. Vor allem die Rechtsentwicklung durch die Praxis der Wettbewerbsbehörde und der Gerichte spielt eine Rolle. Dabei hat gerade diese Praxis in den letzten

⁹ Stäuber/Burger, 238 f.

¹⁰ Dewey, 157 ff.

¹¹ Siehe die Medienmitteilung des Bundesrates vom Jahr 2020, abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78074.html>.

Jahren mehrere Kehrtwenden gemacht und sich von der ursprünglichen Ökonomie des KG 95 entfernt. Diese Entwicklung ist *die* Herausforderung der Gegenwart des KG 95.

II. Gegenwart: Praxisänderungen und Herausforderungen

Hier sollen fünf Praxisänderungen seitens der Wettbewerbskommission und Gerichte skizziert werden. Diese Änderungen stellen sowohl für Unternehmen als auch für die Anwaltschaft grosse Herausforderungen dar; nicht überraschend sind sie auch juristisch und ökonomisch umstritten. Es sind: die Etablierung des Sekretariats der Wettbewerbskommission als eine von der Kommission unabhängigen Behörde, der Wandel von einer Untersuchungs- hin zu einer Klagelogik im Umgang mit vermuteten Verstössen gegen das Gesetz, die Fiktion der Per-se-Erheblichkeit, der Umgang mit Bruttopreisen und die Einführung der Rechtsfigur der Gesamtabrede. Dieser Abschnitt setzt noch eine sechste Herausforderung dazu, auch wenn sie nicht zu den Praxisänderungen gehört. Sie betrifft den Umgang mit Staatsunternehmen.

i. Wettbewerbskommission und Sekretariat

Heinemann hält fest: «Das Sekretariat ist eine von der Wettbewerbskommission getrennte Wettbewerbsbehörde. Die Bezeichnung <Sekretariat> täuscht: Es handelt sich um eine eigenständige Behörde, welche über zahlreiche Kompetenzen verfügt.»¹² Diese Auslegung entspricht der derzeitigen Praxis und namentlich dem Selbstverständnis des Sekretariats der Wettbewerbskommission, das sich de facto als Wettbewerbsbehörde aufführt. Vom Gesetz wird diese Auslegung indes nicht gestützt. Zwar verwendet das KG 95 den Ausdruck «Wettbewerbsbehörden», doch sind diese mitnichten voneinander unabhängig, und das Sekretariat ist weit entfernt davon, eigenständig zu sein.

Im Gegenteil sieht das KG 95 ein klares Unterordnungsverhältnis vor, indem es ausdrücklich ausführt, das Sekretariat gehöre zur Kommission und bereite deren Geschäfte vor. Art. 23 Abs.1 KG macht dies deutlich: «Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es stellt der Wettbewerbskommission Antrag und vollzieht ihre Entscheide. Es verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden direkt.»

¹² Heinemann, 50.

Gemäss Art. 23 Abs. 2 KG hat das Sekretariat nur eine selbständige Befugnis, nämlich die Einreichung von Stellungnahmen gemäss Art. 46 Abs. 1 sowie die Beratung von Amtsstellen und Unternehmen. Alle anderen Aufgaben nimmt das Sekretariat also von der Kommission abhängig wahr und entsprechend unselbständig. Sein direkter Verkehr mit Beteiligten, Dritten und Behörden ist verfahrensökonomisch zu sehen. Diese beinahe absolute Unselbständigkeit des Sekretariats gegenüber der Kommission wird noch deutlicher in Art. 24 Abs. 1 KG, wo die Wahl aller Sekretariatsmitarbeitenden ausser der Direktion durch die Kommission verankert ist.

Es ist also eine Praxisänderung, wenn im Vergleich oder gar im Gegensatz zum KG 95 dem Sekretariat eine eigenständige Behördenrolle zugestanden wird. Diese Änderung führt erstens zu einer Unabhängigkeit des Sekretariats von der Kommission, was wiederum die Abhängigkeit der Kommission vom Sekretariat zur Folge hat – eine Folge, die nie vom Gesetzgeber intendiert wurde. Diese Abhängigkeit ergibt sich aus der grossen Informations- und Arbeitsasymmetrie in der Abwicklung der Fälle: Die Kommission hat keinerlei Ressourcen ausser dem Sekretariat und ist auf das Sekretariat angewiesen, um Fälle zu bearbeiten und Entscheide zu fällen. Zweitens führt diese Praxisänderung dazu, dass das Sekretariat vermehrt de facto rechtsverbindliche Auskünfte gibt. Während diese Auskünfte nicht rechtsumsetzend sind, da sie ja nicht Verfügungen sind, haben sie dennoch einen normativen Charakter. Die Frage ist dann, inwiefern die Kommission diesen Auskünften widersprechen kann und ob sie, wenn sie widerspricht, Rechte anderer Akteure, zum Beispiel der ursprünglichen Adressaten der Auskünfte, verletzt.

2. Von der Untersuchungs- zur Klagelogik

Heinemann stellt im Anschluss an die oben zitierte Passage ebenso fest: «Die Arbeitsteilung zwischen Sekretariat und Kommission funktioniert im Wesentlichen wie folgt: Das Sekretariat leitet selbständig die Untersuchungen und stellt nach deren Abschluss Antrag bei der Wettbewerbskommission. Auf der Grundlage dieses Antrags, der Stellungnahmen der Parteien und einer mündlichen Anhörung befindet dann die Kommission. Sie macht sich ein eigenes Bild der Tatsachen und der Rechtsfragen und kommt auf dieser Grundlage zu einer Entscheidung, die vom Antrag des Sekretariats abweichen kann.»¹³

Diese Beschreibung ist weitgehend korrekt. Aber es lohnt sich, sich die Rollenvielfalt des Sekretariats in der Fallbearbeitung vor Augen zu führen: Es bereitet den Fall zuhanden der Kommission auf und vor, es stellt den Antrag,

¹³ Heinemann, 51.

es ist an der Anhörung der am Fall Beteiligten anwesend, es verbleibt nach der Anhörung bei der Kommission, es wohnt während der Entscheidungsfindung durch die Kommission ihren Beratungen bei. Es wäre nicht verwegen, anzunehmen, dass es während dieser Beratungen das Wort ergreift und damit auf die Schlussabstimmung Einfluss ausüben kann. Wäre eine empirische Untersuchung der von den Anträgen des Sekretariats abweichenden Kommissionsentscheide möglich, könnte erstellt werden, wie oft die Kommission tatsächlich von den Anträgen des Sekretariats abweicht. Man könnte vermuten, dass dies nicht oft der Fall ist.

Diese Zusammenarbeit ist vom Gesetzgeber so gewollt, genau weil das Sekretariat von der Kommission abhängig ist und keine andere nennenswerte Funktion hat, als ihr zuzudienen. Der Gesetzgeber war sich dieser Machtfülle des Sekretariats bewusst und verpflichtete deshalb die Kommission und ihr Sekretariat zu einer Untersuchungslogik. An verschiedenen Stellen verwendet das KG 95 den Begriff der Untersuchung; die Klage wird indes lediglich im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Durchsetzung in Art. 13 KG angesprochen. Im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren müssen die Wettbewerbsbehörden den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen; es gilt somit der Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG). Dieser wird ergänzt durch die umfassende Auskunftspflicht der an einem Verfahren beteiligten Unternehmen und betroffener Dritter. Gemäss dem Untersuchungsgrundsatz muss sowohl Belastendes als auch Entlastendes überprüft werden.

Gerade vonseiten der Unternehmerschaft, aber auch von Teilen der Anwaltschaft wird zunehmend der Wandel des Untersuchungsgrundsatzes in eine «Klagelogik» bedauert. Die Wettbewerbsbehörde verhalte sich immer mehr wie ein Kläger oder eine Staatsanwaltschaft. Den «Angeklagten» bliebe nichts anderes als eine Verteidigung übrig. Die Untersuchungsadressaten könnten sich nicht mehr darauf verlassen, dass die Behörde Entlastendes ermittle, geschweige denn würdige. Diese Praxisänderung wäre deshalb problematisch, weil, wie oben dargestellt, die klagende und die entscheidende Instanz personell und materiell die gleiche ist. Diese Praxisänderung soll insbesondere nach dem Gaba/Elmex-Urteil des Bundesgerichts¹⁴ festzustellen sein. Die Motion 21.4189 «Untersuchungsgrundsatz wahren – keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz» wurde eingereicht, um das zu korrigieren.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016.

3. Per-se-Erheblichkeit

Das Bundesgerichtsurteil Gaba/Elmex hat zu einer anderen, sehr weitgehenden Praxisänderung geführt. Mit einer 3-zu-2-Mehrheit hat das Gericht entschieden, dass Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG allein aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind. Mit dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts werden Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG grundsätzlich verboten. Über den Gerichtsweg ist also das vom Gesetzgeber abgelehnte Teilkartellverbot eingeführt worden. Die Wettbewerbskommission beruft sich auf dieses und darauf aufbauende Gerichtsentscheide, wenn sie ihre Verbotspraxis umsetzt. Dabei spricht positives Recht gegen diese Praxis, nämlich das KG 95.

Es wird teilweise argumentiert, es würde trotz grundsätzlicher Erheblichkeit kein Verbot eingeführt, weil Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG nur «grundsätzlich» erheblich seien und eine Einzelfallprüfung möglich bleibe.¹⁵ Birkhäuser und Stanchieri halten dagegen: «Diese Argumentation ist falsch. Wenngleich es stimmen mag, dass die Untersagung einer bestimmten Verhaltensweise durch den Nachweis wirtschaftlicher Effizienz abgewendet werden kann, so führt das Urteil – nach bisheriger Praxis – im Ergebnis de facto trotzdem zu einem Verbot, insbesondere weil an den Nachweis wirtschaftlicher Effizienz bei Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG in der Praxis hohe Anforderungen gestellt werden. Zudem ist es nach der hier vertretenen Ansicht keine Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Verhaltensweise, dass diese effizient ist. Auch ineffiziente Verhaltensweisen müssen zulässig sein, solange sie den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen.»¹⁶

Ferner behaupten sie: «Das neue Urteil des Bundesgerichts i. S. Gaba steht auch im Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung, wonach eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung <(zumindest) dann zu bejahen [ist], wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten>. Neuerdings vertritt das Bundesgericht jedoch die Ansicht, dass <gewisse Abreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich> sind und <dass es auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung nicht ankommt, sondern ein Potential zur Beschränkung des Wettbewerbs ausreicht [...]> Es kommt daher zum Schluss, es genüge, <dass Abreden den Wettbewerb

¹⁵ Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 6.

¹⁶ Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 6.

potentiell beeinträchtigen können». Bemerkenswerterweise wird die alte Praxis im hier besprochenen Urteil nicht diskutiert. Es fällt zudem auf, dass im Urteil bedauerlicherweise kaum Gegenmeinungen aus der Literatur zitiert werden.»¹⁷

Das Gaba/Elmex-Urteil des Bundesgerichts widerspricht dem wiederholt geäußerten Willen des Gesetzgebers, der konform mit der Bundesverfassung an einer Missbrauchsgesetzgebung festhalten will. Das Urteil gründet in einer Verbotsvorstellung und begründet eine Verbotspraxis. Die Wettbewerbskommission führt diese Verbotspraxis fort und dehnt sie aus. Das Resultat ist ein faktisches Verbotsmass, das viel weiter geht als die «by object»-Regelungen in der Europäischen Union. Denn während die EU über eine solide Praxis betreffend Rechtsfertigungsgründen wie beispielsweise die Effizienz verfügt, gibt es in der Schweiz keine solche Praxis. Die Schweizer Wettbewerbskommission hat nicht nur unterlassen, eine solche zu entwickeln, sondern überprüft diese Gründe nur, wenn am Verfahren Beteiligte die sogenannte «efficiency defense» versuchen.¹⁸ Im Übrigen besteht in der EU eine eingespielte Kultur der gerichtlichen Korrektur von «by object»-Entscheidungen der Europäischen Kommission. In der Schweiz wiederum werden Entscheide der Wettbewerbskommission von den Gerichten weitgehend bestätigt.¹⁹

Die oben erwähnte Motion 18.4282 steht in diesem Zusammenhang. Sie stellt die Missbrauchsgesetzgebung gemäss KG 95 und Bundesverfassung in den Mittelpunkt und will die Praxis der Wettbewerbsbehörde und der Gerichte korrigieren. Denn: Wie sich eine Absprache auswirkt, kann nur erstellt werden, wenn ihre individuelle Ökonomik in quantitativer und qualitativer Weise untersucht wird. Nicht umsonst sieht das KG 95 ein Vorgehen gegen erhebliche Absprachen vor.²⁰

4. **Bruttopreise**

Im Nachgang zum Gaba/Elmex-Urteil des Bundesgerichts hat die Wettbewerbsbehörde ihre Entscheide vermehrt nach rein formalen Kriterien ausgerichtet; die eigentümliche Ökonomik der Fälle ist zusammen mit den ökonomischen Erwägungen verloren gegangen. Das hat weitreichende Konsequenzen für die Praxis. Ein Beispiel dafür ist der neue Umgang der Behörde mit Materialkatalogen und Branchenpreislisten.

¹⁷ Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 7.

¹⁸ Vgl. Kellezi, 122 ff.

¹⁹ Eine noch wenig studierte Ausnahme ist der Fall «Altimum», Urteil des Bundesgerichts 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018.

²⁰ Vgl. Schneider, Ein Lob auf die Erheblichkeit, 356 ff.

In einem Entscheid im Jahr 2015 stufte die Wettbewerbskommission die Herausgabe von Preislisten mit Bruttopreisen im Sanitär-grosshandel als einen Kartellfall ein.²¹ Gemäss den Beteiligten hatte das Sekretariat der Wettbewerbskommission in einem Schreiben an den Sanitär-grosshändlerverband zehn Jahre zuvor festgehalten, dass es die Herausgabe eines Katalogs mit einheitlichen Bruttopreisen nicht als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG betrachte. Die Auffassung, Bruttopreise seien eher unproblematisch, war bis zu diesem Fall Teil der Entscheidpraxis der Kommission. Wenige Jahre zuvor noch bestätigte die Wettbewerbskommission in einem anderen Entscheid bezüglich Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen, dass eine Vereinbarung, die nicht einen konkreten Verkaufspreis betreffe, nicht unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG falle.²²

Im Jahr 2015 kam es dann zur Kehrtwende. Mit jenem Entscheid befand die Wettbewerbskommission, Bruttopreislisten seien an sich bereits eine Preisabrede. Genauer gesagt seien gemäss Behörde alle Absprachen bezüglich Preiskomponenten Preisabsprachen. Das ist eine Praxisänderung, welche aus ökonomischer Perspektive zwei Elemente beinhaltet. Das erste Element ist: Die Wettbewerbsbehörde stuft Bruttopreise fortan als Preiskomponenten ein. Das zweite: Die Herausgabe gemeinsamer Bruttopreise soll gemäss Wettbewerbsbehörde den Wettbewerb verletzen. Beide Elemente dieser Praxisänderung sind falsch.

Die Qualifikation als Preiskomponente setzt begriffsnotwendig voraus, dass die Komponente in irgendeiner Form im Endpreis enthalten ist. Bruttopreise sind jedoch nur die Ausgangslage einer Verhandlung, deren Ergebnis der Verkaufspreis ist. Dieser hat erstens wenig mit den Bruttopreisen zu tun, und fällt zweitens ganz anders aus als sie. Da Brutto- und Verkaufspreise ganz unterschiedlich ausfallen, folgt, dass sie nicht Komponenten voneinander sein können. Die Botschaft zum KG 95 hält nämlich fest: «Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend.»²³ Auch Krauskopf und Schaller präzisieren, dass als Preise Verkaufspreise verstanden werden. Entsprechend umfasst der Abredobegriff von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG lediglich Verkaufs- und keine Bruttopreise, da sie nicht Teile eines grösseren Ganzen sind.²⁴

²¹ Fall Badezimmer; RPW 2019/3a, 606 ff.

²² RPW 2012/3, 642, Rz. 263; siehe auch RPW 2011/4 586, Rz. 409 und 588 Rz. 426.

²³ Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994, Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468–657.

²⁴ BSK KG-Krauskopf/Schaller, Art. 5, N 378 und N 409.

Die Funktionen von Bruttopreisen sind die Vereinfachung der Kommunikation gegenüber der Kundschaft und die Positionierung der Produkte im Markt. Die Kommunikation von Hersteller- und Bruttopreisen kann beispielsweise mit der Bekanntgabe von Eigenschaften, Produktmerkmalen, Qualitäten, Marke usw. verglichen werden. Das sind alles Informationen, welche Akteure im Markt brauchen, um sich eine Meinung zu bilden. Je mehr dieser Informationen zur Verfügung stehen, desto leichter kann sich der Wettbewerb etablieren. Bruttopreise sind, wenn sie schon Komponenten von irgendetwas sein sollen, eher eine Komponente der Werbung.

Bruttopreise verschaffen Transparenz über die Angebotsseite – dort, wo gemeinsame Preislisten zum Tragen kommen, führt die Angebotsseite Tausende von Artikeln im Angebot. Diese Transparenz ermöglicht auch kleineren Akteuren, welche solche Informationen nicht alleine hätten bewältigen oder zur Verfügung stellen können, eine Beteiligung in der marktlichen Auseinandersetzung. Damit erhöhen solche Listen mit Bruttopreisen den potenziellen und tatsächlichen Wettbewerb. Aufgrund dieser durch die Preisliste für alle zugänglichen Basis entsteht der Preiswettbewerb über die Rabatte und Servicelevels.

Eine Vereinbarung von Bruttopreisen führt also noch zu keiner unzulässigen Vereinbarung bezüglich der Verkaufspreise, solange die dazwischen geschalteten Akteure in einer Wertschöpfungskette weiterhin frei bleiben, die tatsächlichen Endverkaufspreise gegenüber der Kundschaft durch Rabatte und andere Preisgestaltungen frei festzulegen. Es besteht also kein kausaler Zusammenhang zwischen Brutto- und Endpreis, vor allem wenn eine zweite Marktstufe dazwischengeschaltet ist. Auch das Bundesverwaltungsgericht ist der Meinung, Rabatte seien ein wichtiges Element im Wettbewerb, etwa wenn es festhält: «Durch die individuell ausgehandelte Rabattgewährung kann deshalb nach wie vor auch Preiswettbewerb entstehen.»²⁵

Entsprechend ist der Bruttopreis nicht eine Komponente des Verkaufspreises, und so ist die Herausgabe von Bruttopreislisten nicht in jedem Fall eine Verletzung des Wettbewerbs. Sie kann zu einer Verbesserung und einer Synchronisierung des Informationsstands der Marktteilnehmenden führen, was wiederum prokompetitiv ist. Die Praxisänderung der Wettbewerbsbehörde zeigt hier auf eindrückliche Weise, wie die Hinwendung zu formalen Kriterien die Einzelfallökonomik ausser Betracht lässt und wie sich dadurch das Kartellgesetz antikompetitiv auswirken kann.

²⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 von 23. September 2014, E5.3.1.137.

5. Gesamtabrede

Auch die Gesamtabrede ist eine vergleichsweise neue Erfindung der Wettbewerbskommission. Eine Gesamtabrede liegt gemäss Definition dann vor, wenn zwei Kriterien kumulativ erfüllt sind: Es liegen zahlreiche Einzelabreden und ein einheitlicher, fortdauernder Zweck dieser Abreden vor. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, können grundsätzlich alle an der Gesamtabrede teilnehmenden Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden. Die Schweiz orientiert sich an der europäischen Praxis und Rechtsprechung, in welcher von «einheitlicher und fortgesetzter Zuwiderhandlungen» («single and continuous infringement») gesprochen wird. Allerdings geht auch hier die Schweiz viel weiter als die EU.

Die Wettbewerbskommission hat im Fall Luftfrachtspediteure eine Gesamtabrede zwischen fünf internationalen Luftfrachtspediteuren angenommen. Diese hätten sich über längere Zeit hinsichtlich der Belastung von Gebühren und Zuschlägen gegenüber den Kunden koordiniert. Nach Ansicht der Behörde wäre es «gekünstelt», ein kontinuierliches Verhalten zu zerlegen und bezüglich jeder einzelnen Gebühr und jedes einzelnen Zuschlages zu klären, ob diese jeweils für sich allein Gegenstand einer unzulässigen Wettbewerbsabrede sei. Trotzdem untersuchte sie in diesem Fall jedes einzelne Verhältnis zwischen den individuellen teilnehmenden und dem Gesamtkartell.²⁶

Die Rechtsfigur wurde fortentwickelt, und so kam die Wettbewerbskommission darauf, dass nicht einmal ein vollständiger Konsens über sämtliche Teilaspekte des Kartells unter den Teilnehmern vorliegen muss. Ausserdem können die einzelnen Kartellmitglieder Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetzen oder die Umsetzung zeitweise ganz aussetzen – sie bleiben dennoch Teilnehmer der Gesamtabrede und können unter gegebenen Umständen zur Verantwortung gezogen werden.²⁷

Auch hier stellt sich gestützt auf den Untersuchungsgrundsatz die Frage, wie weit die Abklärungen der Wettbewerbskommission gehen und inwiefern die vermutlich an der Gesamtabrede Teilnehmenden «automatisch» unter diese neue Rechtsfiktion fallen. Es ist nämlich noch nicht erstellt, welche Aktionen der Unternehmen genügend begründen, dass sie an einer solchen Abrede gar nicht teilgenommen haben oder aus ihr ausgeschieden sind. Aus beweisrechtlicher Sicht stellt sich bei der Gesamtabrede-Fiktion deshalb die Frage, ob sie zu einer Beweislastumkehr führt. Denn es scheint so, dass Unternehmen neu ihre Nicht-Mitwirkung und damit ihre «Unschuld» beweisen

²⁶ RPW 2013/2, 154 Rz. 74.

²⁷ RPW 2013/2, 155 Rz. 75.

müssten. Mit Bezug auf die Rechtssicherheit und die Unschuldsvermutung könnte dies neue, bisher nicht geklärte Rechtsfragen aufwerfen. Gerade aus der Seite der Unternehmerschaft wird hier eine grundrechtsverletzende Logik «Mitgegangen – Mitgefangen» vorgeworfen.²⁸

6. Staatsunternehmen

Staatsunternehmen sind keine Rechtsentwicklung oder Praxisänderung im Kartellgesetz. Staatsunternehmen sind Organisationsformen, in denen die Erbringung der staatlichen Leistungen nach marktwirtschaftlichen Prinzipien erfolgt. Staatsunternehmen ist dabei ein sehr weiter Begriff und umfasst Unternehmen, deren alleiniger Inhaber der Staat – Bund, Kantone, Gemeinden – ist, Firmen im mehrheitlichen Besitz des Staates oder auch private Unternehmen, die hauptsächlich oder allein für die Erbringung von staatlichen Leistungen operieren. Zur Aufstellung der Staatsunternehmen führte die im New Public Management fundierte Überlegung, die staatliche Leistungserstellung lasse sich effizienter gestalten, wenn sie mit marktwirtschaftlichen Mitteln erfolge, etwa in Form von gewinnorientierten Unternehmen.²⁹

Es liegt in der Natur des marktwirtschaftlichen Akteurs, unter anderem die Maximierung seiner Gewinne zu suchen. So drängen Staatsunternehmen als Unternehmen immer weiter in Märkte ein, in denen Privatunternehmen tätig sind. An sich würde sich das prokompetitiv auswirken. Problematisch wird es, wenn Staatsunternehmen ihre staatlichen Vorteile zulasten der Privaten einsetzen oder um die Privaten aus dem Markt zu drängen. Zu diesen Vorteilen gehören die direkte und indirekte Quersubventionierung ihrer Tätigkeiten, die implizite oder explizite Staatsgarantie, der einfachere und günstigere Zugang zu Kapital und vor allem der politische Einfluss.

Neben diesen wettbewerblichen Bedenken, die mit der eigentümlichen Natur der Staatsunternehmen zusammenhängen, bestehen weitere Vorbehalte institutioneller Natur zum Umgang der Wettbewerbsbehörde mit Staatsunternehmen. Schon intuitiv ist nicht davon auszugehen, dass die staatliche Wettbewerbskommission und die staatlichen Gerichte besonders strikt gegen Staatsunternehmen vorgehen. Es ist unwahrscheinlich, dass sich die verschiedenen Abteilungen des gleichen Staates strikte kontrollieren, zumal es zwischen ihnen kein «checks and balances» gibt. Diese Intuition wird dann auch empirisch bestätigt: Die Wettbewerbskommission pflegt eine sehr wohlwollende Praxis gegenüber Staatsunternehmen – mit Ausnahme der Swisscom.

²⁸ Schneider, Gesamtabrede im Wettbewerbsrecht, 689 ff.

²⁹ Eine Grundlegung des Problems erfolgt beispielsweise in Kühling/Reinhold/Weck, 472 ff.

Ein besonders beeindruckendes Beispiel für dieses Wohlwollen ist der Fall «Basel Gateway Nord», ein Zusammenschlussvorhaben von der staatlichen SBB mit den Unternehmen Hupac und Rethmann zur Erstellung eines trimodalen Terminals für den Verkehr in Basel. Mit den massiven Überkapazitäten, die dort geschaffen werden, werden Private aus dem Markt verdrängt. Die Wettbewerbskommission gibt zwar zu, dass damit der wirksame Wettbewerb teilweise beseitigt wird.³⁰ Sie lässt den Zusammenschluss trotzdem zu. Als dagegen Beschwerde beim Bundesrat eingelegt wurde, befand dieser als Exekutive des Staates und Eigentümer der staatlichen SBB, die staatliche Wettbewerbskommission hätte bezüglich des staatlichen Projekts richtig gehandelt.

Auch im Kleinen zeigt die Wettbewerbsbehörde Souplesse gegenüber Staatsunternehmen. Zum Beispiel: Als das Elektrizitätswerk des Kantons Schaffhausen AG (EKS) Kundendaten aus dem Monopolbereich widerrechtlich einsetzte, um Solaranlagen zu verkaufen, vermochte es bis zu ein Drittel des relevanten Marktes für sich zu gewinnen. Das Bundesamt für Energie büsste sogar EKS-Kadermitarbeitende wegen Missbrauchs von Kundenadressen aus dem Monopolbereich. Doch in der wettbewerblich relevanten Sache wollte die Wettbewerbskommission nicht einmal ein Verfahren eröffnen.³¹

Entscheide zum weiteren Umgang mit Staatsunternehmen können deshalb nur von der Exekutive und der Legislative erwartet werden. Die freie Arbitrage der Staatsunternehmen zwischen Markt und Staat wirkt sich problematisch auf die Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz aus. Die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung OECD stellt in ihrem Bericht zur Schweiz 2021 eine besonders problematische Lage fest. Die Schweiz gehört zur Klasse der schlechtesten Governance dieser Unternehmen.³² Seit Jahren werden parlamentarische Vorstösse zu Staatsunternehmen eingereicht. Sie scheitern jedoch häufig an der unterschiedlich gelegenen und bezüglich Staatsunternehmen fragmentierten Interessenlagen im Parlament.

III. Zukunft: Der Inhalt dieses Sammelbandes

Die hier vorgenommene, kursorische Übersicht über Entwicklungen der Vergangenheit und Gegenwart geben den notwendigen Hintergrund für die Einordnung dieses Sammelbandes. Er heisst «25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick». Damit geht es hier einerseits um die Würdigung des nunmehr

³⁰ RPW 2020/2, 658 ff.

³¹ Eine Publikation des Entscheids in RPW ist noch pendent; allein Presseberichte dazu stehen der Öffentlichkeit zur Verfügung.

³² OECD, 2021 Economic Review of Switzerland, Paris 2021, 1 ff.

25-jährigen KG 95 im Lichte neuester Entwicklungen. Andererseits ist dieser Sammelband auch oder vor allem Blick in die Zukunft. Denn das geltende KG 95 wird nicht weitere 25 Jahre bestehen. Es wird revidiert – und zwar bald und mehrfach. Kurzfristige Pendenzen sind etwa die Wiederherstellung der Einzelfallgerechtigkeit sowie die Inhalte der «kleinen Revision». Aber auch mittelfristig wird man nicht umhinkommen, sich mit der Institution der Wettbewerbskommission auseinanderzusetzen. Auch Fragen zur Digitalisierung und zu Staatsunternehmen werden mittelfristig einen Weg ins Wettbewerbsrecht finden. Damit lohnt es sich, das 25-jährige Bestehen des KG 95 zum Anlass zu nehmen, über seine Zukunft nachzudenken.

Der Blick in die Zukunft, der in diesem Sammelband zum Ausdruck kommt, ist bewusst kritisch. Denn es geht primär darum, Wege für den weiteren Umgang mit dem KG und mit seiner Praxis zu finden. Dieser Sammelband setzt also auf die Identifikation von Problemen und das Skizzieren von Lösungen.

Dabei ist dieser Sammelband gleich doppelt «heterodox». Inhaltlich entfernen sich viele Beiträge vom aktuellen «Mainstream», indem sie viel kritischer und marktnäher ausfallen. Auch die Zusammensetzung dieses Sammelbandes geht einen wenig beschrittenen Weg. Die hier gesammelten Beiträge verbinden mehr als das Juristische und das Ökonomische, sie bringen auch Praxis und Theorie zusammen. Dabei werden den eher akademisch ausgerichteten Beiträgen drei Texte von Personen vorangestellt, welche mit den Auswirkungen der Probleme in der heutigen KG-Praxis konfrontiert sind. Damit kommen neue Stimmen aus bisher wenig einbezogenen Gruppen zum Ausdruck.

Dieser Sammelband besteht neben dieser Einleitung aus drei Teilen:

- Im ersten Teil geht es um eine Problemanzeige aus der Praxis. Praxis heisst hier: aus der Sicht jener, die mit den Konsequenzen des KG umgehen müssen. Der Unternehmer Jean-Pierre Bringham berichtet aus seiner Sicht über das kartellrechtliche Verfahren. Nina Zosso ist im Verband «Berner KMU» tätig und leitet dort die Kampagne «Fair ist anders» gegen die Wettbewerbsverzerrung durch Staatsunternehmen. Sie macht eine Bestandsaufnahme zu diesen Verzerrungen. Cristina Schaffner, Direktorin von Bauenschweiz, diskutiert die Auswirkungen einer übermässig strikten Praxis im Zusammenhang mit Art. 5 KG aus der Sicht der Bauwirtschaft.
- Der zweite Teil gruppiert drei wissenschaftliche Beiträge, welche bestehende Probleme analysieren. Andreas Kellerhals, ehemaliges Mitglied der Wettbewerbskommission und Professor für Recht an der Universität Zürich, macht sich Gedanken zum institutionellen Design der Wettbewerbsbehörde. Aus der Anwaltschaft setzen sich Daniel Emch und Laura

Müller mit der aktuellen Verschärfung des Wettbewerbsrechts durch die Praxis der Behörden und Gerichte auseinander. Ebenfalls eine Anwältin und Mitglied der Wettbewerbskommission, stellt Pranvera Këllezi Überlegungen an zum Spannungsverhältnis zwischen der Schweizer Integration in den europäischen Binnenmarkt und der zunehmenden Tendenz der Marktregulierung in der Schweiz (dieser Beitrag ist bewusst auf Französisch gehalten).

- Der dritte Teil befasst sich mit den künftigen Anpassungen des Kartellgesetzes aus einer wissenschaftlichen Perspektive. Anne-Cathrine Tanner arbeitet im Ressort Wettbewerbsrecht beim Wirtschaftsdachverband Economiesuisse und schreibt über deren Erwartungen an die Revision des Gesetzes. Markus Saurer, Ökonom und ehemaliger Mitarbeiter im Sekretariat der Wettbewerbskommission, setzt sich mit der Vertikalisierung, insbesondere in der Telekommunikationsbranche, auseinander. Henrique Schneider, Ökonom und Mitglied der Wettbewerbskommission, untersucht anhand des «Digital Markets Act» der Europäischen Union die Tendenz, das Wettbewerbsrecht in eine Regulierung umzuwandeln und welche Konsequenzen das für die Schweiz hat (dieser Beitrag ist bewusst auf Englisch gehalten).

Mit diesen zehn Beiträgen (exklusive dieser Einleitung) wird eine Tour d'Horizon gemacht. Nicht alle Aspekte der künftigen Entwicklung oder des Anpassungsbedarfs des KG 95 sind damit erschöpft. Noch weniger sind damit alle heterodoxen Ansichten zur Sprache gekommen. Trotzdem gelingt es diesem Sammelband, neue Stimmen und kritische Aussichten zu vereinigen. Diese sind umso wichtiger, als sich die politischen und praktischen Diskussionen rund um das KG 95 derzeit intensivieren.

Zum Schluss dieser Einleitung stehen Formalia und Danksagungen an:

- Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Inhalte dieses Bandes allen Interessierten zur Verfügung stehen. Neben den gedruckten Exemplaren gilt in digitaler Form «open access» für alle Beiträge, was nur dank grosszügiger Förderung möglich ist.
- Die Autorinnen und Autoren können die hier publizierten Aufsätze wiederverwenden, denn sie stehen unter «creative commons»-Lizenz.
- Die Autorinnen und Autoren geben ihre jeweils persönliche Ansicht wieder. Diese ist unabhängig von der Meinung der mit ihnen verbundenen Institutionen. Wenn Autorinnen und Autoren auch institutionelle Positionen wiedergeben, haben sie dies in ihren jeweiligen Texten gekennzeichnet.

- Alle Aufsätze des zweiten und dritten Teils sind von einer externen, unabhängigen Person auf akademische Qualität überprüft worden («peer review»).
- Im Sinne zeitgenössischer Deklaration insbesondere unwichtiger Details gilt der Hinweis, dass kein Akteur im Zusammenhang mit der Erstellung dieser Inhalte und deren Qualitätsüberprüfung entschädigt wurde.

Selbstverständlich gilt der Dank des Herausgebers den Autorinnen und Autoren, die einen eng konzipierten Terminplan erfüllen mussten. Der Dank gilt auch dem Verlag, der als Puffer für die eng konzipierte Terminierung dienen musste sowie sehr hilfreich in der Gestaltung, Produktion und Finanzierung dieses Bandes war. Vor allem dankt der Herausgeber allen für die Flexibilität und Einfachheit im Umgang – Tugenden, mit denen man alle Probleme lösen kann.

Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum Kartellgesetz, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basel 2010 (zit. BSK KG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Baumol William/Ordoover Janusz, Use of antitrust to subvert competition, *The Journal of Law and Economics* 28.2 (1985), 247 ff.
- Birkhäuser Nicolas/Stanchieri Alessandro, Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba, *Jusletter* 11. September 2017.
- DePury David/Hauser Heinz/Schmid Beat. *Mut zum Aufbruch (Weissbuch): Eine wirtschaftspolitische Agenda für die Schweiz*, Zürich 1995.
- Dewey Donald, Information, Entry, and Welfare: the Case for Collusion. *The American Economic Review* 69.4 (1979), 587 ff.
- Halbeisen Patrick/Müller Margrit/Veyrassat Béatrice (Hrsg.), *Wirtschaftsgeschichte der Schweiz im 20. Jahrhundert*, Basel 2017.
- Heinemann Andreas, Die Wettbewerbskommission: Zeiterscheinung oder Notwendigkeit?, *Infra-Tagung* 2019, Luzern, 14 Januar 2019, 46 ff.
- Kellezi Pranvera, Switzerland: Prohibition of parallel imports and market integration – The role of the «effects doctrine» and the development of the substantive laws, *Concurrentes* 2017, 122 ff.
- Kirzner Israel M. Entrepreneurial discovery and the competitive market process: An Austrian approach. *Journal of Economic Literature* 35.1 (1997), 60–85.
- Körber Torsten/Immenga Ulrich, (Hrsg.), *Innovation im Kartellrecht: Innovation des Kartellrechts*, Baden-Baden 2020.
- Kühling Jürgen/Reinhold Philipp/Weck Thomas, Staatskapitalismus und Chancengleichheit, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 18.4 (2020), 472–492.

- Posner Richard, Antitrust in the New Economy, John M. Ohlin Law & Economics Working Paper No. 106 (2000), 925 ff.
- Schneider Henrike, Ein Lob auf die Erheblichkeit, sic! (2016), 319 ff. (zit. Schneider, Ein Lob auf die Erheblichkeit)
- Schneider Henrike, Gesamtabrede im Wettbewerbsrecht: eine Würdigung im Spannungsverhältnis zwischen der Schweiz und der EU, sic! (2018), 689 ff. (zit. Schneider, Gesamtabrede im Wettbewerbsrecht)
- Schneider Henrike, European Union Antitrust Policy in the Digital Era, Competitive Enterprise Institute Issue Analysis No. 8 (2020). (zit. Schneider European Union Antitrust Policy in the Digital Era)
- Stäuber Richard/Burger Andreas, Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz. Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 19.2 (2021), 235–272.
- Witt Mariah, Don't Google It: The European Union's Antitrust Parade (Enforcement) against America's Tech Giants, San Diego International Law Journal 21 (2019), 365 ff.

Teil I:

Problemanzeige aus der Praxis

Quis custodiet ipsos custodes?*

Jean-Pierre Bringham

Inhaltsübersicht

I.	Chronologie eines WEKO-Verfahrens	27
II.	Wer nicht mit der Zeit geht, geht mit der Zeit	29
III.	Prolog zu einer Fiktion	30
IV.	Reformvorschläge aus unternehmerischer Sicht	36
	1. Externe Kontrolle: Wer wacht über die Wächter?	38
	2. Risikosymmetrie und Sanktionierung der WEKO	39
	3. Gewaltentrennung	40
	4. Transparenz und Nachverfolgbarkeit aller internen Prozesse	41
	5. Befristung der Verfahrensabschnitte und der Verfahren im Allgemeinen	42
	6. Prävention anstatt Repression	44
	7. Tragbare Sanktionen	45
	8. Überwindung der eigenen Betriebsblindheit durch strikte Anwendung des schweizerischen Normengefüges	46
V.	Epilog zu einer «realen» Fiktion	47

I. Chronologie eines WEKO-Verfahrens

Am 22. November 2011, morgens um 08.30 Uhr, ruft mich die Rezeptionistin in meinem Büro an und sagt mir, ich solle dorthin kommen, die Polizei sei im Haus. Ich war überzeugt, dass es sich um einen Höflichkeitsbesuch handeln würde. Doch weit gefehlt. Eine Armada von Leuten, unter ihnen zwei bewaffnete Polizisten, denen es sichtlich unwohl war, verlangen von mir, mich in mein Büro, das maximal Platz für drei bis vier Personen bietet, begleiten zu dürfen. Von jener Sekunde an war ich eine Geisel der Behörde, musste alles abgeben, was man einem Kriminellen gemeinhin abnimmt. Dann wurde ich bis in die Nacht hinein verhört und immer wieder angehalten, ein Dokument zu unterzeichnen, ein Geständnis, wonach ich zugeben sollte, dass ich bzw. das von mir geleitete Unternehmen einem Preiskartell angehöre. Würde ich diese Bonusmeldung (Selbstanzeige) unterschreiben, würde mir mit Beendigung des

* Nach Juvenal, 55 n. Chr.: Wer wird die Wachen selbst bewachen? Frei: Wer wacht über die Wächter?

Verfahrens 80 Prozent der zu erwartenden Busse erlassen. Franz Kafka (gest. 1924) hätte sich aufgrund dieses polizeilichen Vorgehens zu einem weiteren Roman inspirieren lassen können, hätte er diese Epoche erlebt.

Das verlangte Geständnis, ein an sich verführerisches Angebot, unterzeichnete ich nicht, denn wer sich unschuldig fühlt, braucht auch keine Konsequenzen zu fürchten. Offensichtlich lag ich mit meiner wohl naiven Weltanschauung, in der Schweiz würden sich Recht und Gerechtigkeit immer durchsetzen, ziemlich daneben. Seit diesem 22. November 2011 bin ich Realist geworden, und seither hat sich meine Meinung, die Schweiz sei durch und durch ein Rechtsstaat, gründlich geändert. Seit bald zehn Jahren bin ich durch Höhen und Tiefen einer Staatsmaschinerie gejagt worden, angetrieben durch eine anonyme Ballung von Staatsgewalt, in der die einzelnen Behördenmitglieder, Beamten und Richter Räderwerke eines Systems bilden, das zum Selbstläufer geworden und jeglicher Kontrolle entglitten ist. Im Juni 2016 wird in meinem Fall das Verfahrensdispositiv kommuniziert; seither beschäftigt sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Angelegenheit. Danach wird wohl auch noch das Bundesgericht angerufen werden müssen – hoffentlich nicht mehr von meiner Seite.

Als Sohn einer Familie, die in der ersten und zweiten Generation die Grundsteine eines traditionsreichen Familienbetriebs gelegt hat, darf ich dieses Unternehmen bis heute leiten und auch massgeblich prägen. Der Markt, auf dem unsere Unternehmung agiert, wird von zwei Weltkonzernen, die um die Jahrtausendwende alle möglichen mittelständischen Unternehmen aufgekauft haben, als Oligopolisten beherrscht. Um auf diesem Markt unternehmerisch überleben zu können, ist es notwendig, sich möglichst ähnlich zu verhalten wie die beiden «Grossen» dieses Marktsegmentes. Als kleiner Mitkonkurrent ist es nicht leicht, den Marktführern mit den eigenen Dienstleistungen die Stirn zu bieten. So hatten sich auf diesem Markt die gemeinsamen Bruttopreise als effiziente Ausgangspunkte des Rabattwettbewerbes seit dem Beginn der Marktaktivitäten nach dem 2. Weltkrieg etabliert. Ähnlich den Tarifen in anderen Berufsverbänden sollte dies einen fairen und harten Wettbewerb erlauben.

Seit dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 und den zwischenzeitlich vorgenommenen Gesetzesänderungen und -anpassungen war die Branche, zu der unsere Unternehmung gehört, wiederholt Gegenstand von Untersuchungen, ohne dass es zu formellen Verfahren gekommen wäre. Unser Berufsverband konnte den zuständigen Behörden jeweils mehr als glaubhaft darlegen, dass das transparent gelebte System der Marktpreisfindung über eine jeweilige «Rabattschlacht» effizient ist und gerade den kleinen und mittleren Marktteilnehmern die Chance bietet, sich dem Wettbewerb zu stel-

len. Die Kartellbehörde akzeptierte dies noch im Jahre 2006, und nach diversen Wechseln in Schlüsselpositionen gelangten neue Kräfte, wohl durch wirtschaftspolitische Erwägungen mit entsprechenden ideologischen Impakten beeinflusst, urplötzlich zu anderen Schlüssen; es sei auf den oben geschilderten Anfang meiner Geschichte verwiesen. Für mich war dieser Anfang auch der Beginn einer intensiven Introspektion, er führte ebenfalls zur Aufarbeitung einer Familiengeschichte, zur Auseinandersetzung einer Innensicht mit einer Aussensicht (Experten), um zum Schluss zu kommen, dass ich die Strategie unseres Familienunternehmens auch mit meinem heutigen Wissen in der Vergangenheit nicht anders hätte vorgeben können. Weshalb ich zu diesem Schluss komme, soll in den folgenden Ausführungen verständlich gemacht werden. Eines sei vorweggenommen. Die Behörden hinken der Realität hinterher, deshalb dysfunktionieren sie, doch die Situation in der Schweiz ist nicht hoffnungslos wie anderswo etwa in Europa. Es besteht auch die Hoffnung, dass sich die Gesamtsituation zum Besseren wird mutieren können. Meine Geschichte soll deshalb nicht nur eine Auseinandersetzung mit dem Ist-Zustand sein. Sie ist verbunden mit der Hoffnung, dass sich im Bereich der Märkte und mit Blick auf den Schutz derselben neue Ansatzpunkte finden sollten. Nur deshalb, und gleichzeitig mit einer konstruktiven Absicht, habe ich mich bereit erklärt, diesen Beitrag an dieser Stelle veröffentlichen zu lassen.

II. Wer nicht mit der Zeit geht, geht mit der Zeit

Unternehmen sind Leistungseinheiten, die von grosser volkswirtschaftlicher Bedeutung sind und letztlich zum Wohlstand einer Gesellschaft beitragen. Sie stehen untereinander in Konkurrenz. Dabei unterliegen sie mit ihren Strategien und Produkten einem Lebenszyklus, ähnlich wie die Märkte, im Rahmen deren sie agieren. Somit ist auch die Führung eines Unternehmens von Höhen und Tiefen geprägt. In den Unternehmen werden täglich weitreichende Entscheidungen getroffen; es gilt, auf dem Markt bestehen zu können, sich weiterzuentwickeln, den Anspruchsgruppen gerecht zu werden und Arbeitsplätze sicherzustellen und wenn möglich neue zu schaffen. Dabei gilt es, die vorgegebenen Rahmenbedingungen zu beachten und einzuhalten und insbesondere alle Normierungen, die das Wirken der Akteure untereinander regeln, zu befolgen. Die Unternehmen sind naturgemäss den ökonomischen Prinzipien unterworfen, immer mit dem Ziel vor Augen, mit minimalen Kosten den Gewinn zu maximieren. Dies kann nur gelingen, wenn sie agil sind, also schlank und effizient agieren, denn der Erfolg hängt letztlich von der schnellstmöglichen Anpassung an die sich ständig verändernden Marktbedingungen ab. Wer dynamisch und effizient handelt, hat die grössten Lebens- und Überlebenschancen. Seine hochgesteckten Ziele erreicht das Unternehmen, wenn es konse-

quent seine Ziele verfolgt, indem es sich den Marktentwicklungen stellt, sich gegenüber der Konkurrenz zu behaupten weiss und die staatlichen Rahmenbedingungen, die oft einengend wirken, primär als Herausforderung und nicht als Fesseln betrachtet. Letztgenanntes ist nicht immer einfach, wie die Auswirkungen des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen zeigen. Es ist nicht immer nachvollziehbar, wenn etwa die auf dem Markt eingesetzten Mittel, wie beispielsweise ein paralleles Verhalten zu den Marktleadern, von den staatlichen Behörden als unzulässiges, kartellistisches Verhalten qualifiziert werden und Interessenverbände, welche die Unternehmen in ihren Bestrebungen unterstützen, als angeblich unzulässige Kartelle in Verfahren wegen angeblicher Verstösse gegen das Kartellgesetz involviert werden. Genau dies ist dem Schreibenden als Unternehmer widerfahren.

Nachfolgend ist aufzuzeigen, was solche Vorgehensweisen in einem Unternehmen auszulösen vermögen und welche nicht absehbaren Langzeitschäden ihm und der Volkswirtschaft als Ganzes zugefügt werden. Der oft subjektiven Subsumption eines Kartellrechtsverstosses mangels stringenter Beweise soll hier die Sicht des betroffenen Unternehmens gegenübergestellt werden.

Der angesprochene, konkrete Rechtsfall macht deutlich, wie die Sichtweise der gemäss Kartellgesetz agierenden Behörde und diejenige des Unternehmens aufeinanderprallen, obwohl beide im Grundsatz dasselbe Ziel verfolgen sollten, nämlich den Wettbewerb in einem Markt zu schützen.

Die beiden Sichtweisen liegen dermassen diametral auseinander, dass sie eher einer Fiktion gleichen, die weitab von dem liegt, was vom vielgepriesenen Schweizer Rechtsstaat erwartet werden dürfte und müsste. Eine grosse Rolle bei der aufgezeigten Thematik liegt in der Dynamik des Zeitgeistes. Dieser Umstand ist ins Kalkül zu ziehen. Simplifiziert könnte dieses Axiom auf einen kurzen Nenner gebracht werden: Wer nicht mit der Zeit geht, geht mit der Zeit.

III. Prolog zu einer Fiktion

Im Tagebuch des im Rahmen dieser Betrachtung betroffenen Unternehmers, der zudem noch denselben Namen trägt wie die von ihm geführte Unternehmung, können folgende, durchaus auch emotional gefärbte Konklusionen nachgelesen werden:

- Es vergeht keine Stunde, an der ich nicht an die Ungerechtigkeit und die Pauschalverurteilung denke, die im November 2011 ihren Anfang nahm. Sie dauert nun über zehn Jahre, und ein Ende des behördlichen Impakts ist nicht in Sicht. Gerechtigkeit fühlt sich anders an.
- Als mittelständischer Unternehmer werde ich durch die Mitgliedschaft in einem Berufsverband in ein kollektives Kartellverfahren hineingezogen. Wer schützt die kleinen und mittleren Unternehmen in Zukunft und bildet den betrieblichen Nachwuchs aus, wenn wir nicht rehabilitiert werden?
- Ich habe den Eindruck, dass das Verfahren gegen unseren Berufsverband und u. a. unser Unternehmen inszeniert wurde. Vier Bürgeranfragen haben bewirkt, dass Ende November 2011 ein Verfahren mit allen Facetten, so mit Hausdurchsuchung und weiteren Zwangsmassnahmen, ausgelöst wurde. Pikant ist, dass eine Bürgeranfrage sechs Monate vor der Eröffnung dieses Verfahrens bei der Behörde einging, eine zwei Monate und eine einen Monat vor der Verfahrenseröffnung; zwei gingen im selben Monat ein, in dem das Verfahren eröffnet wurde. Alle Anfragen betrafen ein und denselben Tatbestand, nämlich, dass die Unternehmen im Markt an gleichen oder ähnlichen Bruttopreisen festhalten – ein Sachverhalt, der seit über 70 Jahren in der Branche bekannt ist, da diese Preise den Ausgangspunkt harter «Rabattschlachten» bilden. Wer dahinterstecken könnte, bleibt ein Rätsel. Doch davon können diejenigen am meisten Nutzen ziehen, die sich auf dem bereits ausgedünnten Markt mit noch weniger Konkurrenz ausbreiten wollen.
- Mit der pauschalen Vorverurteilung bin ich stigmatisiert. So wurde ich zwei Tage vor einer «Arena»-Sendung des Schweizer Staatsfernsehens, zu der ich eingeladen worden war, wieder ausgeladen. Als Grund gab man mir an, dass das Schweizer Fernsehen negative Kommentare zu meiner Person und meinem Auftritt nicht riskieren wolle. Ich durfte eine Ersatzperson vorschlagen, die an meiner Stelle auftrat.
- Eine Anfrage eines börsenkotierten Konzerns bezüglich eines Verwaltungsratsmandats ist zurückgezogen worden. Die Compliance stufte mich als «Reputationsrisiko» ein. Meine Offenlegung, dass ein Kartellverfahren gegen das von mir geführte Unternehmen im Gange sei, war der Grund.
- Sollte die von der Wettbewerbskommission (WEKO) geforderte Busse von den Gerichten bestätigt werden, würde sich die Nachfolgeregelung in

meinem Familienunternehmen sehr schwierig gestalten. Wie würde es weitergehen, wenn ich jetzt plötzlich aus gesundheitlichen oder anderen Gründen ausfallen würde?

- Die WEKO bezichtigt mich an einer Stelle der Unwahrheit. Tatsache ist, dass sie im Dispositiv (Entscheid) meine Aussage durch das Weglassen dreier Wörter in einem Satz von mir zur Unwahrheit mutierte. Der Originalsatz lautete, ohne Namensnennung der Firma: «Die X AG erlebte es nie, dass ein *von ihr gewünschtes* Produkt nicht in den Katalog aufgenommen wurde.» Die WEKO formuliert diesen Satz in ihrem Entscheid in Randziffer 2073 (Seite 488) um in: «Soweit X behauptet, nie erlebt zu haben, dass ein Produkt nicht in die Stammdaten aufgenommen worden sei, ist dies unwahr.» Eine Intervention meinerseits mit der Forderung, diese von der WEKO umformulierte Textstelle nicht zu publizieren, da falsch und diskreditierend, wurde letztlich vom Schweizerischen Bundesgericht abgelehnt. Ein Verfahren gegen die WEKO, in dem die Darstellung der Wahrheit und die Elimination der Unwahrheit verlangt wurden, veranlasste das Bundesstrafgericht zur Feststellung, dass Beamte (der WEKO) in jedem Fall zu schützen seien. Heiligt der Zweck also die Mittel? So sei aus dem Entscheid des Bundesstrafgerichtes zitiert: «Das Ermächtungsverfahren wurde gerade geschaffen, um den rechtmässigen Verwaltungs- und Rechtsmittelgang vor Beeinträchtigungen durch (parallele) Strafanzeigen gegen Funktionäre persönlich zu schützen. Fehlt so vorliegend ein Anfangstatverdacht, wäre auch keine Ermächtigung möglich.» Daraus folgt für mich: Die Behörde darf die Aussagen des Beklagten umformulieren und wird von den Strafbehörden per se geschützt. Ist das ein Rechtsstaat, in dem man leben möchte?
- Die WEKO ist ein kleiner Staat im Staat mit Zügen einer Diktatur und offenkundiger, ideologischer Ausrichtung geworden. Sie ist insofern nicht verlässlich, als dass sie ihre Meinung innerhalb von Jahren wechselt, indem sie die Strategie im laufenden Verfahren gegen unseren Berufsverband mit seinen Mitgliedern und gegen unser Familienunternehmen ändert. Dieselbe Behörde hat noch im Jahre 2006 schriftlich bestätigt, dass unser Marktverhalten in Ordnung sei, und nun kommt sie völlig willkürlich darauf zurück.
- Nach der Zerschlagung der damaligen Kartelle (Zement, Bier, Banken usw.) sind Oligopole entstanden. In meiner Branche sind wir auch so weit. Wie lange wird es unser Unternehmen unter solchen Umständen noch geben?

- Bisher hat das Verfahren einige hunderttausend Franken gekostet. Der Imageschaden ist enorm hoch, und ein Ende der Agitation gegen uns ist nicht absehbar. Äusserst pikant ist, dass die WEKO in ihrer Verfügung gegen unseren Berufsverband und seine Mitglieder in der Randziffer 2609 feststellt, dass «weder ein besonders hoher Gewinn bewiesen werden kann, noch die Zusammenarbeit der Parteien mit der Behörde beanstandet wird ...». Daraus folgt: Berufsverbände in der Schweiz werden als Kartelle betrachtet, weil sich ihre Mitglieder untereinander austauschen und von ihrem Verband unterstützt werden. Die verhängte, völlig ungerechte Busse bedeutet eine dramatische Schwächung aller Betroffenen und ist unhaltbar angesichts dessen, dass sich, im vorliegenden Fall, niemand durch seine Verbandsmitgliedschaft bereichert hat. Wer ist der lachende Dritte?
- Der Wettbewerb wird von der WEKO nicht wirklich geschützt. Die WEKO braucht nur Trophäen, um weiter wachsen zu können. Was nach abgeschlossenen Verfahren übrig bleibt, interessiert sie nicht mehr. Der Fall ist dann für sie abgeschlossen! Für mich als Betroffenen und Unternehmer wird er nie abgeschlossen sein.

Diese Tagebucheinträge, die auf Tatsachen gründen, sind zweifelsfrei nicht unemotional gehalten. Jedoch hat das Geschehene und das, was immer noch anhält, meine berufliche Karriere wie ein ständiger Schatten begleitet. Eines ist mir jedoch in diesen schweren Stunden und Jahren klar geworden: Die WEKO dysfunktioniert in manchen Bereichen, das Malaise ist gross, und eher wenige Akteure aus der Politik oder aus dem Gerichtswesen haben ein ursächliches Interesse daran, all diesen markt- und unternehmensschädigenden Auswüchsen ein Ende zu setzen.

Als von Gesinnung und Verhalten eingefleischter Schweizer, der sich nicht nur in der Armee auf einer höheren Stufe für die Werte des Landes einsetzte, sondern auch stetig für die Erhaltung der Stärken unserer Volkswirtschaft kämpfte und sich auch in der universitären Lehre engagiert hat, sehe ich mich nun als Unternehmer mit einer Gegenmacht konfrontiert, die genau diese Werte dem Globalisierungsgedanken und dem «Nivellieren nach unten» opfern will.

Genau dort, wo die Wettbewerbshüter diese Werte durch eine loyale Einhaltung des gesetzgeberischen Willens schützen sollten, wird Versagen an den Tag gelegt. Die Frage, warum das so ist, ist einfach und zugleich schwierig zu beantworten, denn Recht und Gerechtigkeit gehen oft getrennte Wege. Schliesslich brüsten sich die Gerichte bekanntlich mit dem Bonmot, dass man von ihnen nicht Gerechtigkeit erhalte, sondern ein Urteil ...

Diese Ausführungen sollen den Finger in die Wunde legen; und zwar genau dorthin, wo es schmerzt. Es sei schon mal vorweggenommen, dass die Schweiz heute mehr denn je zum Spielball der Grossmächte und globalen Interessen geworden ist, sich immer wieder vor ihnen duckt und ihnen Gefälligkeiten und Goodwill, meist ungeschickt und ohne Selbstbewusstsein, abzutrotzen versucht und so etwa diesen Mächten unsere eigenen Institutionen, wie z. B. die Banken, die Versicherungen und Unternehmen aller Art, schutzlos aussetzt. Durch Verfahren gegen solche Unternehmen, ausgelöst durch omnipotente Behörden und Ämter wie die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finma) und die WEKO gibt die Schweiz nach aussen das Bild eines Musterschülers ab. Wenn Sanktionen gegen Unternehmen dem politischen Ruf der Schweiz nützen, dann sollten diese die Wirtschaft auch stärken. Tun sie das wirklich? Ich sage in vielen Fällen klar: Nein!

In einer globalisierten Welt geht es in erster Linie darum, die politische sowie wirtschaftliche und damit gesellschaftliche Oberhand über die Märkte anderer Staaten zu gewinnen. Politische Systeme und Volkswirtschaften unterschiedlichster Prägungen treten zueinander in Widerspruch.

Die Beschaffung von Informationen über jegliche Kanäle und aufgrund verschiedenster Quellen hat sowohl in Friedens- als auch in Krisenzeiten oberste Priorität. Informationen und deren Effizienz in der Beschaffung und in der Verbreitung sind die Trümpfe, die stark machen, wenn sie richtig ausgespielt werden. Der globale Kampf um Informationen hat sich in den letzten Jahren zu einem regelrechten Informationsbeschaffungskrieg rund um den Globus entwickelt. Informationen sind der neue Rohstoff, nach dem geschürft wird. Wer diese Rohstoffquellen besitzt, beherrscht die Konsumenten, die Wähler, die Märkte, die Konkurrenz, die Medien und nicht zuletzt die Politik. Donald Trump ist nach seinem Abgang als US-Präsident ohne den (gesperrten) Facebook-Account nicht einmal mehr ein Schatten seiner selbst. Der rasante Fortschritt in der Informationstechnologie ist heute so weit gediehen, dass mittels Algorithmen die Verhaltensweisen einzelner Akteure vorhersagbar und die Konsequenzen dieses Verhaltens vor Eintreffen des Ereignisses kalkulierbar sind.

Die Instrumente hierfür wurden seit dem Golfkrieg 1990/91 durch die Streitkräfte der Grossmächte entwickelt und auf ein von aussen nicht mehr nachvollziehbares und unkontrollierbar gewordenes Niveau gehoben. Diese Möglichkeiten stehen heute auch der Wirtschaft zur Verfügung und beschleunigten innert weniger Jahre die Gründung von Unternehmen, welche global aktiv sind und oft unter Mitwirkung ihrer eigenen Regierungen manchmal sogar als deren verlängerte Arme agieren. Der Informationsfluss bezüglich der Marktakteure prävaliert heute umfassend und steht vor dem Waren- und Dienstleis-

tungsfluss. Dank den Mitteln der Datenverknüpfung werden Märkte so beeinflusst, dass mögliche (kartellistische) Absprachen vorweggenommen werden und IT-Systeme den Menschen ausschalten und sich selber über Blockchains abschotten können. Mit anderen Worten: Systeme kooperieren und agieren miteinander oder auch gegeneinander; und dies unter Ausschluss der Öffentlichkeit, des Staates, der Behörden und der schwächeren Marktteilnehmer.

Absprachen unter Marktteilnehmern sind überflüssig geworden, denn wenn solche überhaupt noch eine Selbstschutzwirkung entfalten könnten, wird die Marktbeherrschung letztlich auf der Ebene der Informations-Share-Holder ausgeübt. Auf dieser Ebene ist das Wissen vorhanden, wer was wann und wie umzusetzen gedenkt. Aggregierte Datenströme, meist in der Hand weniger, manchmal völlig in der Hand eines Staatsapparates, werden demjenigen Akteur entscheidende Marktvorteile beschere, der sich den Zugang zu diesen Daten sichert oder unter gewissen Voraussetzungen regelmässig mit solchen versorgt wird.

Big Player werden über Big Data unter dem Schutz ihrer jeweiligen Schirmherren den globalen Wettbewerb kontrollieren, ohne dabei das Normengefüge zu verletzen. Gesetze werden nicht verletzt – höchstens umgangen. Diese Umgehungen bilden Teil einer Strategie.

Was früher durch Werkspionage und Personaltransfer an Wissen beschafft wurde, lässt sich heute bequem über das Internet erreichen und auswerten. Der Rest obliegt der künstlichen Intelligenz.

Die zentrale Frage, die sich der Gesetzgeber eines kleinen Landes, wie es die Schweiz ist, stellen sollte, lautet: Wie soll sich das überblickbare Land organisieren, um seine eigene Volkswirtschaft und damit den über Jahrzehnte erarbeiteten Wohlstand zu erhalten? Diese Frage ist ebenso zentral wie diejenige nach unserer eigenen Landesverteidigung und der Landesversorgung. Wollen wir uns, selbstverständlich ausgeprägt autonom bleibend, selber schützen, uns mit anderen verbünden, oder schafft es die internationale Gemeinschaft über ein gemeinsames Vorgehen, den Wettbewerb so zu schützen, dass kleinere und mittlere Unternehmen gegen global tätige Unternehmen bestehen können? Normen, Patente, Marktzulassungsbedingungen, Regulierungen und Armeen von Advokaten treten auf, um die Dynamik und damit den Widerstand des kleinen Gegners zu brechen.

In einem Wirtschaftskrieg, den Entwicklungsländer gegen industrialisierte Länder zu führen haben, stehen die benachteiligten Nationen, die meist unter der Last der Korruption leiden, keinen Arbeitnehmerschutz kennen, instabile Verhältnisse aufweisen usw. überreglementierten und -kontrollierten Volks-

wirtschaften wie der unsrigen gegenüber. Wer in diesen beiden Welten gleichzeitig Akteur ist, kann uneingeschränkt seine Macht ausüben. Was er hier nicht tun darf, das tut er dort – und umgekehrt. Und wer nicht reüssiert, holt er sich über Verbündete in der Politik den notwendigen Support.

Eine Analyse der Matrix aller Kombinationsmöglichkeiten von Staatsform, Korruptionsniveau, Reglementierung, Betriebsgrösse usw. führt zum folgerichtigen Schluss, dass die kleineren und mittleren Unternehmungen diejenigen Wirtschaftseinheiten sind, die den Widerwärtigkeiten und Benachteiligungen der Globalisierung am meisten ausgesetzt sind. Es sind exakt die Unternehmen, deren Existenz am meisten gefährdet ist. Aus diesem Grunde wird vonseiten des Staates legifert. Die Normierungen sollten den Schutz aller Marktteilnehmer gewährleisten. Sie können jedoch gleichsam auch als «Waffe» gegen diejenigen eingesetzt werden, die kein Arsenal an Mitteln zur Verfügung haben und so in aller Legalität ausgeschaltet werden können.

Die WEKO wird heute als eine Behörde wahrgenommen, die mit allen Mitteln, in völliger Unabhängigkeit, d. h. ohne jegliche Kontrolle von aussen, nach ähnlichen Prinzipien eines totalitären Staates, der nur die Repression als Führungsprinzip kennt, funktioniert. Alles befindet sich in der Hand derselben Institution: die Gesetzesanwendung – besser: die Interpretation des Gesetzes –, die Auslösung und Durchführung von Ermittlungen, die Verfahrensmöglichkeiten wie Hausdurchsuchungen, die Anklage und die Sanktionierung (alles vereint in einer Hand also: Dieselbe Behörde ermittelt, klagt an, spricht Recht und vollstreckt gleich noch).

IV. Reformvorschläge aus unternehmerischer Sicht

Wie sollten sich Wettbewerbshüter aufstellen, um dem Wandel der Zeit gerecht zu werden? Welche Instrumente auf technischer, wirtschaftlicher und administrativer Ebene müssten entwickelt und angepasst werden? Welche Techniken wären zu verfeinern, um Fehleinschätzungen und danach Fehlentscheide zu vermeiden? Diese Fragen müssten nicht nur auf juristischer und technischer, sondern auch auf volks- und betriebswirtschaftlicher Ebene thematisiert und beantwortet werden. Dazu könnte die Praxis wesentlich beitragen.

Als Unternehmer und kritischer Bürger seien folgende Feststellungen erlaubt:

1. Jedes Land schafft sich seinen Wohlstand selber – oder auch nicht. Die Volkswirtschaft weist seine eigenen Gesetzmässigkeiten auf, welche diese Zielsetzungen fokussieren.

2. Neuerdings agieren Datenoligopolisten bzw. Datenmonopolisten, die das Wettbewerbsgefüge aus den Angeln zu heben vermögen und es auch weidlich tun.
3. Wettbewerb ist nur möglich, wenn bei allen Marktteilnehmern die gleichen Massstäbe angewendet werden. Dies gilt insbesondere auch für den Zugang zu Informationen.
4. Im Ausland erzielte Wettbewerbsvorteile verzerren den inländischen Markt.
5. Im Inland entsteht eine Wettbewerbsverzerrung immer dann, wenn Oligopolisten Instrumentarien anwenden, auf die ein rein inländisches Unternehmen nicht zurückgreifen kann.
6. Das aktuelle Kartellgesetz berücksichtigt diese neuen Tatbestände zu wenig. Es ist daher überholt und vermag diesen neuen Entwicklungen auf den globalen Märkten nicht mehr zu genügen.
7. Das aktuelle Kartellgesetz kann derzeit als Mittel eingesetzt werden, um unliebsame Konkurrenten zu schwächen, ja sogar, um diese auszuschalten.
8. Das aktuelle Kartellgesetz hinkt den dynamischen Marktgegebenheiten hinterher. Die Marktbestimmenden dominieren – Gesetz hin oder her.
9. Die Wettbewerbshüter, und damit die WEKO, sind zu reinen Sanktionskörpern verkommen.

Ohne Anpassungen an die heutige Zeit, ohne selbstkritische Analyse der realen Wirksamkeit der WEKO, wird Letztere der Schweizer Wirtschaft mehr Schaden zufügen, als sie ihr Nutzen bringt.

Folgende Massnahmen sollten daher aus meiner Sicht getroffen werden:

1. Externe Kontrolle
2. Risikosymmetrie und Sanktionierung der WEKO
3. Gewaltentrennung
4. Transparenz und Offenlegung aller interner Prozesse
5. Befristung der Verfahrensabschnitte und der Verfahren im Allgemeinen
6. Prävention statt Repression
7. Tragbare, adäquate und kohärente Sanktionen
8. Überwindung der eigenen Betriebsblindheit durch strikte Anwendung des schweizerischen Normengefüges

Im Folgenden sollen die angedeuteten Themenbereiche noch etwas detaillierter beleuchtet werden.

1. Externe Kontrolle: Wer wacht über die Wächter?

An die Gesetze eines Landes sind auch die Behörden gebunden; die Rechtsstaatlichkeit gebietet es, dass das Recht Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns ist. Das staatliche Handeln hat im öffentlichen Interesse zu liegen und muss verhältnismässig sein. Dies gibt Art. 5 der schweizerischen Bundesverfassung (BV) unmissverständlich unter dem Titel «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns» vor. Oft werden in unserem Land Grundsätze des EU- und des US-Rechts herangezogen, oft autoritativ, manchmal auch (lediglich) argumentativ. Meistens ist dieses Verhalten nicht zwingend, gegenüber der eigenen Rechtsordnung ist es illoyal und letztlich rein opportunistisch.

Wettbewerbsbehörden verschiedenster Länder stehen miteinander in Kontakt, manchmal wird international kooperiert. Nicht selten gesellt sich ein Konkurrenzdenken hinzu. Ideen und Vorgehensweisen werden ausgetauscht, und es herrscht, wie mancherorts, auch ein Wettbewerb unter diesen Institutionen, Stellen und Behörden. Es wird in ähnlichen Marktsegmenten untersucht und geforscht, gleiche und ähnliche Wirtschaftszweige werden an den Pranger gestellt, die Auslegung anderer Gesetze erfolgt oft international harmonisiert, vor allem in denjenigen Konstellationen, in denen sich die Anwendung der eigenen nationalen Normierungen als problematisch erweisen könnte. Es ist auch nicht zu verschweigen, dass in dieser Sparte ideologische, politische Anschauungen immer wieder im Vordergrund stehen. Es ist wohl auch kein Zufall, dass etwa die schweizerische Wettbewerbskommission (WEKO), auch in der jeweiligen Zusammensetzung, seit je links geprägt ist. Dennoch wäre sicherzustellen, dass wertungsfrei schweizerisches Recht angewendet wird, wenn die Rechtslage beispielsweise die Anwendung ausländischer Norm- und Regelwerke nicht (zwingend) verlangt. Die ausschliessliche Anwendung der Schweizer Gesetzgebung sollte über einen Kontrollmechanismus sichergestellt werden. Bei Nichteinhaltung wären gegenüber fehlbaren Personen und Behörden Sanktionen ins Auge zu fassen. Mit dem Blick auf Schweizer Unternehmen mit Sitz in der Schweiz soll sich keine Behörde auf fremdes Recht berufen können, um die hiesige, unternehmerische Tätigkeit zu begründen und zu rechtfertigen. In dem meine Unternehmung betreffenden Fall wurde seitens der WEKO über 30 Mal das EU-Recht argumentativ thematisiert und herangezogen!

Mit Blick auf die Gebaren der WEKO sind die unendlich langen Verfahren, die meist beim Bundesgericht enden, für die von wettbewerbsrechtlich relevanten Vorgängen betroffenen Unternehmen ein anzuprangernder Negativpunkt. Die angebliche Nichteinhaltung wettbewerbsrechtlicher Normen eröffnet der Behörde ein juristisches Tummelfeld, das endlos bewirtschaftet

werden kann. Über das Bundesgericht versucht die Wettbewerbsbehörde oft, dass Gesetze im Sinne der Behörde uminterpretiert und in eine ideologisch bestimmte Richtung gelenkt werden. Nicht selten wird man in Verfahren das Gefühl nicht los, dass hier ein «Klassenkampf» in anderer Form geführt wird.

Verlierer in diesem Kampf sind insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen, die nicht über derart immense pekuniäre Mittel verfügen, um diese jahrelangen Kämpfe mit den Behörden und Gerichten auszutragen, wie etwa Grossunternehmen. Jahrelange Verfahren und entsprechende Unsicherheiten führen auch dazu, dass zwingende Nachfolgeregelungen in den Unternehmen nicht realisiert werden können. Es kommt hinzu, dass von Aktivitäten der Behörden betroffene Unternehmen regelrecht und während Jahren mit dem Stigma des Missetäters und Wettbewerbsprofiteurs belastet sind.

Deshalb muss die WEKO extern auditiert und kontrolliert werden.

Eine Risikosymmetrie zwischen Wirtschaft und der Wettbewerbsbehörde wäre demnach zwingend notwendig.

2. Risikosymmetrie und Sanktionierung der WEKO

Unbeschadet übersteht kein Unternehmen ein Kartellverfahren, ungeachtet dessen, ob dieses mit einer Verurteilung beendet wird oder nicht. Nebst exorbitant hohen Verfahrenskosten ist der Imageschaden für das Unternehmen gewaltig. Die Belastung eines Unternehmens während eines jahrelangen Verfahrens ist die eine Seite, die andere Seite führt zu einer Stigmatisierung des Unternehmens – egal, wie dieses ausgeht bzw. abgeschlossen wird. Aufgrund der überaus langen Verfahrensdauer bleibt am Unternehmen stets etwas hängen. Eine lange Verfahrensdauer impliziert die Tendenz seitens der Behörden, das Verfahren mit einer Verurteilung abzuschliessen; niemand, auch Behördenvertreter nicht, will sich schliesslich eingestehen, dass jahrelang grundlos untersucht worden ist.

Ein Unternehmen, das Kartellabsprachen tätigt, ein Enttarnungsrisiko vielleicht bewusst trägt und deshalb sanktioniert wird, hat die entsprechenden Folgen zu gewärtigen, so auch etwa die bekannt hohen Bussen, welche für Kartellverstösse ausgefällt werden.

Die WEKO, die bei Fehlentscheiden die wirtschaftliche Existenz von Unternehmen oft mehr als nur tangiert (sondern Schädigungen in Kauf nimmt), müsste im Gegenzug bei einem Unterliegen für den entstandenen Schaden vollumfänglich aufkommen. Die WEKO hätte zu gewärtigen, dass sie bei Fehlentscheiden zur Rechenschaft gezogen werden kann. Die Beweislage hätte sich im Rahmen von Verfahren grundsätzlich so zu präsentieren, dass Wett-

bewerbsverstösse mit einer Wahrscheinlichkeit von über 80 Prozent erstellt sein müssten. Die Wahrscheinlichkeit ist von zentraler Bedeutung, weil sich Wahrscheinlichkeiten nicht gegenseitig addieren, sondern multiplikativ miteinander verbunden sind. Eine Auflistung vieler möglicher Kartellverstösse zwecks Begründung einer Sanktion belegt höchstens, dass ein Kartellverstoss unwahrscheinlich ist.

Die WEKO müsste sich diesem Risiko der Kostenfolge bei Fehlentscheiden aussetzen. Denn ohne Inkaufnahme von Risiken ist jeder «Wächter» geneigt, zu tun und lassen, wie es ihm beliebt; dadurch sind auch Tür und Tor der Willkür geöffnet. Nur ein Bonus-Malus-System bewirkt, dass sich eine WEKO mit Blick in die Zukunft optimierter verhält. Um dieses Ziel zu erreichen, ist eine Gewaltentrennung auch innerhalb der Behörde selber notwendig.

3. Gewaltentrennung

Organisationen, die keiner internen und externen Kontrolle unterliegen, dysfunktionieren früher oder später. Aber auch bezüglich der WEKO sind Reorganisationen unumgänglich. Hierzu seien einige Grundsätze aus der Betriebswirtschaftslehre thematisiert. Es scheint evident zu sein, dass das Sekretariat von der Kommission völlig getrennt sein muss. Das Sekretariat setzt operativ um, was die Kommission vorgibt. Die Kommission agiert wie ein Verwaltungsrat einer Kapitalgesellschaft. Ein CEO führt die Geschäfte im Rahmen der Sekretariatsaktivitäten. Letztlich hat sich auch die Tätigkeit der Behörde zu rechnen.

Eine Gewalttrennung im Rahmen der WEKO führt zu einer Qualitätsoptimierung mit Blick auf die zu fällenden Entscheide der Kommission. Durch eine Trennung von Aufgaben, Verantwortung und Kompetenzen werden Fehlleistungen reduziert. Bei der Personalrekrutierung lässt sich bezüglich Fach-, Sach- und Führungskompetenzen besser gewichten. Die Verfahren sind in unserer heutigen Zeit nicht einfacher geworden – eine Organisation wie die WEKO kann nicht nur auf juristischer Fachkompetenz aufbauen und die Aktivitäten mit wissenschaftlichen Elementen ergänzen, juristische Argumentationen und Behauptungen sollen über statistische Analysen untermauert werden. In jedem untersuchten Bereich ist Sachverstand vordergründig; gelebte Realität muss erkannt werden. Kenntnisse bezüglich der Märkte sind fundamental: Falls notwendig, ist auf externes Know-how abzustellen. Führungskompetenzen und gesunder Menschenverstand sind unabdingbar. Leader, die zu führen imstande sind, braucht es hier ebenso wie anderswo. Heute präva-

liert das Personalunionssystem. Dieses wird den aktuellen Gegebenheiten keineswegs mehr gerecht. Der Schritt vom Funktionsmanagement hin zum Prozessmanagement muss dringend vollzogen werden.

Eine Behörde wie die WEKO benötigt eine parlamentarische Oberaufsicht mit entsprechenden Kontrollmöglichkeiten, die u. a. dafür sorgt, dass sich die Wettbewerbskommission aus Mitgliedern zusammensetzt, die Kompetenzen aus verschiedensten Bereichen einbringen, ähnlich den Miet- oder Arbeitsgerichten. Universitätsprofessoren bürgen in der Regel zwar für wissenschaftliche Qualität, was nicht mit Professionalität verwechselt werden darf, und der «gesunde Menschenverstand» ist ihnen deswegen selbstverständlich nicht a priori abzusprechen. Notwendig ist jedoch ein adäquater Mix aus Fach-, Sach- und Führungskompetenzen. Wichtig ist in einer solchen Behörde eine Amtszeitbeschränkung der Mitwirkenden, vor allem auch deshalb, weil die Verfahren durchwegs sehr lange dauern. Die Mitglieder der Kommission sollten mehrheitlich aus der Praxis stammen und in regelmässigen Abständen ersetzt werden.

Im Rahmen einer parlamentarischen Kontrolle wäre das Augenmerk darauf zu richten, dass zwischen der WEKO und den Gerichten keine informellen Kontakte hergestellt und gepflegt werden. Die WEKO kann versucht sein (dieser Versuchung erliegen bekanntlich etwa auch Staatsanwälte), Richter und Kanzleipersonal direkt oder indirekt zu beeinflussen. Gerade in komplexen Fällen ist die Versuchung von Absprachen gross, letztlich auch, um die Verfahren zu beschleunigen. Deshalb sind alle Kontakte zwischen Betroffenen und Beteiligten transparent zu halten. Direkte oder indirekte, informelle Kontakte unter den Beteiligten sind unter Sanktionsandrohungen zu verbieten. Als unzulässig sind Auftritte von WEKO-Mitgliedern oder Vertretern der Gerichte vor den Medien zu qualifizieren; dieses Wirken in der Öffentlichkeit hat durchwegs das Ziel, die Meinungsbildung z. B. der Gerichte zu beeinflussen. Solche Aktivitäten dürften höchstens im Rahmen von kontradiktorischen Debatten stattfinden, jedoch nicht unilateral realisiert werden. Die Urteilsfindung, also die Anwendung der geltenden Rechtsnormen auf einen erstellten Sachverhalt, ist eine reine Angelegenheit der Gerichte und nicht einer Behörde.

4. **Transparenz und Nachverfolgbarkeit aller internen Prozesse**

Die Glaubwürdigkeit einer Institution, die mit veritabler Macht ausgestattet ist, hängt davon ab, wie transparent sie sich verhält und operiert. Unter Transparenz wird gemeinhin verstanden, dass nicht nur der jeweilige Entscheidungsprozess als solcher offengelegt wird (dispositiv), sondern auch die Nachvollziehbarkeit des Beschlussfassungsprozederes, d. h. z. B., es wird of-

fengelegt, in welchem Stimmenverhältnis Entscheide gefällt wurden. Die relevanten Überlegungen und Gedanken sowie der zeitliche Ablauf, der zum definitiven Entscheid der WEKO geführt hat, sollten in jeder Phase nachvollziehbar dargelegt und von einem übergeordneten Organ kontrolliert werden. Bei derartiger Transparenz lässt sich besser verstehen, wie die Behörde das Marktgeschehen beobachtet und einschätzt und ob sich Änderungen in der Doktrin erkennen lassen. Mit Blick auf Verbesserungen de lege ferenda soll ein konstruktiver Dialog ermöglicht werden. Im Rahmen eines gerichtlichen Instanzenzuges und bei der Beurteilung, ob im konkreten Fall allenfalls ein solcher ins Auge gefasst werden soll, sind Angaben wie z. B., ob in der Kommission Einstimmigkeit bei der Beschlussfassung herrschte oder diese knapp ausgefallen ist, äusserst wichtig. «Geheimniskrämerei» zeugt von unprofessionellem Verhalten. Wichtig ist zudem, dass die Öffentlichkeit in die Lage versetzt wird, die Verfahren auch inhaltlich nachzuverfolgen. Transparenz ergibt auch nur dann Sinn, wenn sich Verfahren nicht jahrelang hinziehen. In einer immer schnelllebigeren Welt müssen Vorgänge auch schnell und schnörkellos sowie innert angemessener Frist erledigt werden können. Damit ist natürlich unter anderem explizit auch die Verfahrensdauer angesprochen.

5. Befristung der Verfahrensabschnitte und der Verfahren im Allgemeinen

Grundsätzlich gilt, dass ein Verfahren, bei dem die Ermittlungen über Jahre dauern, zumindest nicht ideal initiiert wurde. Die Gründe hierzu liegen meist in tatsachenwidrigen oder mangelhaften Vorabklärungen, die zu einem Fehlverhaltensverdacht führen. Verdachtsmomente können ihren Anfang auch aufgrund von Druck im Rahmen der öffentlichen Meinung nehmen oder sogar durch im Hintergrund bleibende Dritte initiiert sein, die aus dem eingeleiteten Verfahren Profit schlagen wollen und können. In allen diesen Fällen investiert die WEKO Ressourcen, die letztlich zum Ziel haben, Fälle für sich zu entscheiden, um nicht als Verlierer dazustehen.

Die Regeln, die zur Auslösung einer Untersuchung führen, müssen klarer definiert werden. Dies bedingt einwandfreie Abklärungsarbeit oder, wie man es militärisch nennen würde: Es muss eine entsprechende Lagebeurteilung vorgenommen werden. Hierzu bedarf es des Einbezugs der Wahrscheinlichkeiten. Es wird einfache, sog. «klare» Fälle geben, bei denen Kartellabsprachen eindeutig gegeben sind. Beweise belegen das Tatsächliche, denn zwischen dem Täter, der Tat und dem Tatmotiv besteht ein nachvollziehbarer Zusammenhang. Der Täter hat vorsätzlich gehandelt. Ein solcher Fall ist schnell gelöst, denn der Betroffene sieht sich mit einer klaren Beweislage konfrontiert. Die Obsiegens-Wahrscheinlichkeit für die WEKO liegt approximativ bei 100 Pro-

zent, wenn der Täter geständig ist. Dann lassen sich zudem Gerichtskosten minimieren, oder es geht nur noch um das Quantitative einer verhängten Busse.

Bei Verfahren, bei denen mit Blick auf einen Anfangsverdacht keine eindeutigen Beweise für einen vorsätzlichen Kartellverstoss vorliegen, wird eine Voruntersuchung notwendig. Eine solche Voruntersuchung muss in Kooperation mit dem oder den Betroffenen geführt werden, und zwar mit dem Ziel, allenfalls gemeinsam Remedur zu schaffen, und falls dies nicht möglich ist, ein ordentliches Verfahren einzuleiten. Gerade kleinere und mittlere Unternehmen sind im Gegensatz zu grossen Unternehmen eher nicht davor gefeit, aus Fahrlässigkeit oder Unwissenheit unbeabsichtigt einen Kartellverstoss zu begehen. Den Berufsverbänden in der Schweiz kommt bei der Ausbildung und Unterstützung ihrer Mitglieder ein sehr hoher Verdienst zu; sie sind massgeblich für die Prosperität unseres Landes mitverantwortlich. Die kleinen und mittleren Unternehmen benötigen ihre Unterstützung. Die Kartellbehörde täte gut daran, mit diesen Organisationen zu kooperieren. Zurzeit besteht sogar die grosse Gefahr, dass die WEKO die Berufsverbände als kartellistische Organisationen einstuft. Auf längere Sicht werden somit die kleinen und mittleren Unternehmen eines der wichtigsten Instrumente beraubt, um sich auf den Märkten orientieren und behaupten zu können. Eine Kooperation zwischen der WEKO und den Berufsverbänden würde zu fruchtbarem Austausch im Sinne der Sache führen. Kürzere Verfahren und Rechtssicherheit könnten so als Nebeneffekte realisiert werden.

Dies führt zum Themenbereich der Prävention.

Der Gesetzgeber sollte zu diesem Zweck klare Fristenvorgaben bestimmen, so beispielsweise, dass zwei Jahre für den Abschluss einer Untersuchung bzw. bis zur Entscheidungsfindung durch die Wettbewerbskommission vorzusehen sind. Sollte sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht innerhalb von zwei weiteren Jahren erledigen lassen, müsste das Verfahren eingestellt werden, und zwar nicht auf Kosten der ins Kreuzfeuer geratenen Unternehmung. Auch im Wettbewerbsrecht sollten Verjährungsfristen gelten wie in anderen Rechtsgebieten.

Es sei überdies angemerkt, dass sich der Markt bei lange andauernden Verfahren wiederum verändern kann und sich somit auch die Ausgangslage bezüglich der Verfahren durch Zeitverlauf auch wieder anders präsentiert. Märkte unterliegen einer ständigen Entwicklung, die sich Öffnung und Anpassung nennt.

6. Prävention anstatt Repression

Eine Wettbewerbsbehörde sollte nicht die Rolle einer reinen Strafverfolgungsbehörde übernehmen. Zu Sanktionen sollte es nur in eindeutig klaren Fällen und bei einwandfrei bewiesenen Sachverhalten kommen. Prävention zu betreiben und dafür zu sorgen, dass die Marktmächtigen ihre Marktdominanz nicht missbrauchen, sollte im Vordergrund stehen. Dies setzt voraus, dass die WEKO, ähnlich der FINMA, die Märkte beobachtet und Expertenbeurteilungen vornimmt, um die Marktentwicklung zu erfassen und somit Gefahrenmomente präventiv zu erkennen. Auf diese Weise können die Akteure auf dem Markt auf die Gefahr aufkommender Kartellverstösse aufmerksam gemacht werden. Sie sollte nicht nur Polizeigewalt ausüben, sondern auch Hilfestellungen anbieten. Prävention schafft Vertrauen und trägt zur Transparenz bei. In politischer Hinsicht wäre anzustreben, dass zwischen der WEKO und dem Preisüberwacher ebenfalls ein engerer Austausch stattfindet. Beide Behörden verfolgen ähnliche Ziele und verfügen über Mittel, die sich ergänzen könnten. So sollte im Organisationsreglement der WEKO verankert werden, dass die Konzepte, Strukturen und Prozesse kontinuierlich überarbeitet und den herrschenden Bedingungen auf den Märkten angepasst und schliesslich transparent kommuniziert werden.

Eine solche Öffnung, die Reibungsflächen mitberücksichtigt, lässt die WEKO nahbarer erscheinen. Die WEKO sollte mehr sein als ein «heiliger Stuhl», von dem ein etwas anderes «Credo» verkündet wird. Sich auch als Behörde zu öffnen, ist gerade in der Schweiz ein Ansatz, der international Schule machen könnte. Ohne die Reformation wäre die heutige Schweiz in der gegenwärtigen Form inexistent. Die Berufsverbände waren massgeblich an dieser Entwicklung beteiligt, indem sie dazu beitrugen, Eliten in allen Berufssparten zu Höchstleistungen anzutreiben. Prävention hiesse auch hier, mit den Berufsverbänden einen konstruktiven Dialog zu suchen und zu führen. Die Auseinandersetzung mit der realen Welt, das Sich-Reiben an ihr, erzeugt den Kontrast, der aus einem Gesetz ein Instrument mit Inhalt bildet. Viele Nachbarländer oder Staaten in Übersee, die über Kartellgesetzgebungen verfügen, beziehen sich auf Märkte, die mit Märkten, wie sie unsere kleinen und mittleren Unternehmen in der Schweiz bilden, nichts gemeinsam haben. Das Gefälle zwischen Grossbetrieben und Kleinbetrieben ist im Ausland immens. In der Schweiz gibt es eine Mittelschicht an Unternehmen, die dank einer hervorragenden Qualität in den eigenen Reihen den Marktbeherrschern die Stirn bieten können. Doch diese Unternehmen sind auf eine wohlwollende Begleitung angewiesen, denn sie sind zu klein, um sich vor einer geballten Macht von Kartellrechtsspezialisten zu schützen, und zu gross, um sich unter dem Radar der Wettbewerbsbehörde zu bewegen. Repression ist schon historisch meist nur dann

ein Thema, wenn der Staatsapparat die Kontrolle über die Gesellschaft verloren hat und letztlich ein Systemwandel, oder sogar ein Umsturz, befürchtet werden muss. Die Schweiz ist noch meilenweit von einer solchen Konstellation entfernt.

Die Schweiz sollte hier mit Pioniergeist vorausschauend denken und Schritte in Richtung einer Prävention als Handlungsmaxime wagen, um auf diese Weise unnötigen Sanktionen zu begegnen. Wären aber Sanktionen trotzdem notwendig, müssten diese tragbar sein. Auch diesem Aspekt wird in der Gesetzgebung zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Das System wirkt undifferenziert und wird von ein und derselben Behörde getragen.

7. Tragbare Sanktionen

Sanktionen sollten eine «Ultima Ratio»-Variante bilden. Bei einem vorsätzlich erfolgten Kartellverstoss ist eine Sanktion folgerichtig. Bei einem Kartellverstoss, der auf ein fahrlässiges Verhalten zurückzuführen ist, ist eine differenziertere Betrachtung notwendig: Lag die Absicht des Kartellverstosses in einer Bereicherung oder diene der Verstoss einem anderen Zweck (z. B. einer Harmonisierung eines Vorgehens, um eine Softwarekompatibilität für eine Branche zu erreichen).

Fest steht, dass die Bussenbemessung de lege ferenda zu überarbeiten ist. 10 Prozent von drei Jahresumsätzen bewirken je nach Branche und Wertschöpfung sehr unterschiedliche Auswirkungen. Der Umsatz als alleiniges Kriterium ist unbefriedigend. Ein Handelsbetrieb ist gegenüber einem Produktionsbetrieb klar benachteiligt. Sanktioniert werden darf nur die Wertschöpfung, der EBIT (betriebswirtschaftliche Kennzahl bezüglich des operativen Gewinns eines Unternehmens).

Die Festsetzung der Sanktionen hat von einer unabhängigen Instanz zu erfolgen. Diese Instanz muss unbelastet dafür sorgen, dass die Sanktion, in quantitativer Hinsicht den Umständen angepasst, ausfällt. Ein Industrieunternehmen, das einen EBIT von 30 Prozent erwirtschaftet, oder ein Handelsbetrieb mit einem EBIT von 3 Prozent werden nach geltendem Recht nach den gleichen Vorgaben sanktioniert. Ein Kleinbetrieb, der eine Busse nur auf 10 Mitarbeitende verteilen kann, ist mit Blick auf einen Konzern, der diese Busse auf 10 000 Mitarbeitende umlegen kann, krass benachteiligt.

Wie eingangs erwähnt, sollte die Bussenhöhe nicht von der WEKO festgelegt werden, sondern von einer unabhängigen Instanz, die nebst dem EBIT als Grundlage auch noch die Tragbarkeit der Sanktion beurteilt. In jedem Fall

sollte die Sanktion keine Arbeitsplätze gefährden. Ebenso sind börsenkotierte Unternehmen und kleine und mittlere Betriebe nicht gleich zu behandeln. An dieser Stelle sei auf die Motion von Ständerat Olivier François hingewiesen.

Sollte bei einem letztinstanzlichen Entscheid eine Busse resultieren, sollte diese über die gleich lange Zeit, wie das Verfahren gedauert hat, bezahlt werden können. Sollte das Unternehmen für das Verfahren Rückstellungen gebildet haben, dann sollten diese Rückstellungen in der zeitlichen Kadenz, in der sie gebildet worden sind, wieder aufgelöst werden können.

Schliesslich wird bei einem lang andauernden Verfahren die Wirksamkeit einer Bestrafung vermindert; oder sie wird gar nutzlos, da sie den aktuellen Gegebenheiten nicht mehr gerecht wird. Eine Busse zeigt nur Wirkung, wenn sie eine hohe Kontiguität aufweist. Dies muss bei der Festsetzung der Busse mitberücksichtigt werden.

8. Überwindung der eigenen Betriebsblindheit durch strikte Anwendung des schweizerischen Normengefüges

Diese sicherlich etwas harte Formulierung wird dem Empfinden einer Vielzahl von Unternehmern und Unternehmerinnen, die täglich mit der Behörde zu tun haben und immer mehr Zeit damit verbringen, möglichst nirgends aus Fahrlässigkeit ein Gesetz zu missachten, gerecht. Sie verzweifeln durchwegs daran, dass ihre Anliegen kaum gehört bzw. ernst genommen werden. Ein Gleichgewicht kann nur unter der Voraussetzung hergestellt werden, dass sich die Behörde derselben Kur unterzieht, die sie den Unternehmern und Unternehmerinnen zu verordnen pflegt. Ein Lernprozess, bei dem omnipotente Organisationen wieder zur Bodenhaftung finden, ist hier angesagt und absolut notwendig. Der Unternehmer ist von Haus aus kein Delinquent oder Kartellist. Er sieht sich allerdings vermehrt mit einer zunehmenden Konkurrenz aus dem Ausland konfrontiert, die straflos schweizerische Gesetze umgeht. Wie kann ein Schweizer Unternehmen überleben ohne den Schutz der Wettbewerbshüter? Die Steuerbehörden haben dies schon lange erkannt. Eine aus meiner bescheidenen Sicht moderne Wettbewerbskommission sollte sich zu einer *Wettbewerbsaufsicht* entwickeln. Ein «Aufseher» in diesem Sinne ist ein Hüter, der sichtbar ist und unbefangene Nähe zeigt. In seiner Haupteigenschaft ist er ein ergebener «Diener», der dafür Sorge trägt, dass alle Marktakteure im Wettbewerb mit den gleich langen Spiessen antreten. Die Spielregeln müssen für alle Marktteilnehmer klar und verständlich sein. Dies setzt voraus, dass der «Wächter» seine Macht so zum Ausdruck bringt und auch ausspielt, um seine Glaubwürdigkeit nicht aufs Spiel zu setzen. Dies ist nur möglich, wenn er sich stetig entwickelt, indem er den Horizont seiner Mitarbeiter und Mitarbeite-

rinnen erweitert. Ein erweiterter Horizont bedeutet nicht, noch mehr über relevante Normen in Erfahrung zu bringen. Er bedeutet vielmehr, wirtschaftliche Zusammenhänge erfassen und verstehen zu können, den Lebenszyklus eines Marktes kennenzulernen und diesen in die richtige Richtung zu lenken, wie dies Aufgabenbereiche von Treuhändern oder Unternehmensberatern sind.

Bedauerlich wäre es, wenn das USP (unique selling proposition) der WEKO lauten würde: «Durch Sanktionen die Staatskassen äufnen.» Dies wäre ein stringenter Beweis dafür, dass die WEKO in hohem Masse betriebsblind geworden wäre. Die Macht der Ohnmacht drückt sich dadurch aus, dass fremdes Recht mit schweizerischem Recht verflochten wird, und zwar so, wie es gerade passt. So verhält es sich mit der Umkehrung der Beweislast. Die WEKO stellt eine Behauptung auf, und der Betroffene hat sie zu widerlegen. Gelingt ihm dies nicht, hat er verloren. Zu beweisen, dass etwas nie geschehen ist, also ein «Alibi» zu haben für Geschehnisse, die vor vielen Jahren möglicherweise geschehen sind oder eben nicht, ist nahezu unmöglich. Glücklich ist, wer lange genug im Unternehmen tätig war und über jede Tätigkeit ein Tagebuch geführt hat! Ansonsten ist man einer solchen Behörde mit ihren Verfahrensvorteilen völlig ausgeliefert. Der Ruf nach einer übergeordneten Kontrolle ist kaum überhörbar. Fremdes Recht ist auch unserem Rechtssystem fremd. Die Gerichte täten gut daran, in allen Verfahren der WEKO jede Argumentation, die sich auf ausländisches Recht beruft, zu negieren. Es sollten zudem nur stringente Beweise akzeptiert werden. Vermutungen und konstruierte Kausalzusammenhänge, ohne schlüssige Adäquanz, können höchstens als Indiz dafür stehen, dass möglicherweise die Wettbewerbsnormierungen verletzt worden sind – mehr nicht. Die Beweislastthematik bzw. die Umkehr der Beweislast zum Nachteil des Unternehmens widerspricht unserem Rechtsempfinden und ähnelt allenfalls den verwilderten Rechtsverhältnissen in den USA.

V. Epilog zu einer «realen» Fiktion

Eine Weltwirtschaft, die sich immer mehr in Richtung einer umfassenden Globalisierung bewegt, verlangt von Kleinstaaten, dass sie sich der Nachteile der ausgelegten Fallstricke aus den globalen Vernetzungen entledigen. Aus einer übergeordneten, schweizerischen Perspektive betrachtet würde die Versuchung, kartellistische Absprachen zu tätigen, wesentlich vermindert werden, wenn unlautere Konkurrenz aus dem Ausland eingedämmt würde. So kommt es immer öfter vor, dass ausländische Konsortien zu tieferen Löhnen in der Schweiz tätig werden. Sie verstossen nicht gegen die schweizerischen Gesetze: Sie entrichten Sozialabgaben, füttern sich aber um unser Lohnniveau. Dieses Verhalten ist zu bekämpfen. Allenfalls würden sich hier entsprechende

steuerliche Lösungen, mit denen ausländische Unternehmen in der Schweiz belastet werden könnten, aufdrängen. Eine weitere Massnahme, um kartellistische Absprachen einzudämmen, wäre im öffentlichen Beschaffungswesen anzustreben: Mit entsprechenden Ausschreibungsverfahren liesse sich regulativ konform auf derartige Unternehmen einwirken. Eine Massnahme könnte darin bestehen, dass die massgeblichen Kostenelemente in den Offerten aufgeschlüsselt werden müssten nach gesamten Arbeits- und Maschinenstunden, der Summe der Eigen- und Fremdleistungen, der im Inland und aus dem Ausland bezogenen Leistungen sowie dem gesamten Lohn- und Materialaufwand. Quervergleiche würden Aufschluss über das Marktverhalten der konkurrierenden Firmen geben.

Es braucht die WEKO, es braucht sie mehr denn je. Sie soll sich jedoch als Partner der Wirtschaft verstehen und für diese berechenbar sein. Angst zu schüren durch unverhältnismässig hohe Bussen und als Strafbehörde den Weg des geringsten Widerstandes zu gehen, ist für niemanden hilfreich – letztlich vor allem nicht für unsere Marktwirtschaft. Als offener und verlässlicher Partner der Wirtschaft und als Anlaufstelle bei Fragen im entsprechenden Kontext kann sie ihren Auftrag, nämlich den Wettbewerb zu schützen, wesentlich besser erfüllen. Die Realität heute ist, dass die Wirtschaft eher behindert denn gefördert wird. Der Wettbewerb im Wirtschaftsleben ist wichtig; er bildet jedoch nur eine Komponente.

Es ist wichtig, an dieser Stelle zu betonen, dass meine stringenten Ausführungen sachbezogen zu verstehen sind. Die Betroffenen und Beteiligten sind dazu eingeladen, über die derzeit geltende Gesetzgebung und die daraus resultierenden Unzulänglichkeiten bei Verfahren laut nachzudenken und die hier dargelegten Anregungen aufzunehmen. Seit mehr als zehn Jahren erlebe ich ein solches Verfahren, das mein Leben nachhaltig verändert hat, nicht zuletzt durch das emotionale Auf und Ab in den laufenden Prozessen. Meine Ausführungen beruhen auf erlebten Tatsachen: Wie fühlt man sich, wenn man sich zehn Jahre in einem unsichtbaren Gefüge bewegt, immer das Damoklesschwert über dem Haupt, dass jeden Tag ein für das Unternehmen und den Unternehmer als Menschen vernichtendes Urteil gesprochen werden könnte? Und was geschieht danach? Wer schützt eigentlich noch die Wirtschaft? Wer die Unternehmerinnen und Unternehmer als Motoren dieser Wirtschaft? Wer steht auf und fordert, dass die Gesetze rasch anzupassen wären? Der Markt «Kartell» ist ein lukrativer Markt für den Staat, für Parteivertreter, jedoch insbesondere für die WEKO selber, die damit einigen ihrer Exponenten eine Selbstverwirklichungsplattform bietet, die nur vermeintlich im schönen Glanz erstrahlt.

Mit diesen Ausführungen soll nicht verallgemeinert werden. Insbesondere sind sie nicht an alle jene rechtschaffenen Menschen gerichtet, die täglich ihre Arbeit nach bestem Wissen und Gewissen in den Behörden und Unternehmen verrichten. Diese bilden die Mehrheit und sollen sich von meinen Ausführungen nicht negativ betroffen fühlen. Dies hindert mich jedoch nicht daran, an dieser Stelle nicht nur mein Unternehmerblut zu vergiessen, sondern auch im kleinen Umfang meine Emotionen einzubringen, denn hinter all diesen Verfahren stehen Menschen; Menschen, die Verantwortung tragen, Menschen mit Familien, die täglich für die einmal geschaffenen und bestehenden Arbeitsplätze kämpfen, Menschen, für die ein Unternehmen das Lebenselixier bildet. Ich fühle mich seit zehn Jahren wie ein Bauer auf einem Schachbrett. Bauern werden bekanntlich geopfert, um letztlich die eigene Position, oft vermeintlich, zu stärken. Doch ein guter Schachspieler weiss, dass am Schluss der Partie der Bauer eine wichtige Rolle spielen kann. Doch wenn der Wächter während des Spiels die Spielregeln der Partie ändert, dann ist der Wettbewerb verfälscht, und der Spieler hat keine Chance, das Spiel zu gewinnen. Sollen Unregelmässigkeiten, Unlauterkeit und Willkür verhindert werden, dann muss der Wächter während der Partie kontrolliert werden, nämlich dergestalt, dass er nur über die Einhaltung der Regeln wacht und diese nicht während des Spiels ändert.

«Fair ist anders»

Nina Zosso

Inhaltsübersicht

I.	Staatsunternehmen als unfaire Wettbewerber	51
II.	Konkrete Beispiele	54
1.	Post	54
2.	Elektrizitätskraftwerke Schaffhausen (EKS)	55
3.	«Gateway Basel Nord»	57
III.	Lösungen	58
IV.	Fazit	60

I. Staatsunternehmen als unfaire Wettbewerber

Die Post als Kiosk plus, die Swisscom als grösste Kinobetreiberin, die SBB als zweitgrösste Immobilienbesitzerin und das Bundesamt für Landestopographie, welches unter dem Logo Swisstopo zwei Drittel seines Ertrages bundesextern generiert, TV-Werbung schaltet und den Orientierungslauf mit Sponsoring unterstützt. Die Liste der nationalen Beispiele ist lang, diejenige im Kanton Bern sowieso: Die BKW Energie AG hat als Gemischtwarenladen in den letzten Jahren über 90 kleine und mittlere Unternehmen (KMU) – nicht selten Familienunternehmen – aufgekauft. Die Gebäudeversicherung Bern, die unter derselben Marke «GVB – Wir versichern Gebäude» aktiv und systematisch auch Zusatzversicherungen der privatrechtlichen GVB-Tochtergesellschaft und einen Onlineshop anbietet. Last, but not least die BEDAG Informatik AG, welche zu 100 Prozent dem Kanton Bern gehört, aber Dienstleistungen und Produkte in der ganzen Schweiz verkauft und mit ihrer Monopolstellung privaten IT-Anbietern das Leben schwer macht. Die Liste der Beispiele lässt sich auch auf Gemeindeebene problemlos weiterführen – die Stadt Bern, die sich ein eigenes Weingut leistet, der Ausbau diverser Werkhöfe und Stadtgärtnereien, die mit hochmodernen Kühlanlagen, Pflanzenzuchten und Gartenbauarbeiten die privaten Anbieter zunehmend konkurrenzieren.

Die Liste der oben aufgeführten Beispiele ist bei weitem nicht komplett. Der Gewerbeverband Berner KMU hat deshalb im Mai 2017 – auf vielseitigen Wunsch seiner Mitglieder – die Informations- und Sensibilisierungskampagne «Der Staat als Konkurrent: Fair ist anders!» lanciert. Immer mehr Unterneh-

men, welche ganz oder teilweise im Besitz der öffentlichen Hand sind, werden mit neuen Dienstleistungen zu direkten Konkurrenten von privatrechtlichen Unternehmen und Gewerbebetrieben. Öffentliche Unternehmen nutzen jedoch oft ihre Monopolstellung und ihre Kapitalkraft zum Nachteil der privaten Betriebe aus. Diese folgenschweren Eingriffe in das freiheitliche Wirtschaftssystem der Schweiz dürfen nicht unreflektiert passieren. In einer freien Wirtschaft ist nichts gegen fairen Wettbewerb einzuwenden, doch sollten die Spiesse gleich lang sein. Natürlich wird von diesen Unternehmungen immer wieder betont, dass die neuen Geschäftsfelder nicht quersubventioniert werden. Finanziell mag diese Aussage stimmen. Bei den Synergiemöglichkeiten darf dies jedoch bezweifelt werden. Es ist zumindest kaum vorstellbar, dass die Post ihre Schalterhallen zu marktüblichen Preisen vermietet. Auch die Abgrenzung der Personalkosten wird – wenn überhaupt – recht schwierig.

Berner KMU will mit seiner Kampagne das Eindringen öffentlicher Betriebe in das private Gewerbe zum Thema machen und so eine breite Debatte auslösen. Die KonsumentInnen sollen mit aktuellen Beispielen auf lokaler Ebene, aus dem Kanton Bern und der ganzen Schweiz informiert und sensibilisiert werden. In einer breiten Debatte sollen alle beteiligten Seiten zu Wort kommen. Wo sich konkrete Massnahmen für fairen Wettbewerb empfehlen, soll betroffenen Verbänden und privaten Unternehmen praktische Unterstützung angeboten werden.

Die Kampagne von Berner KMU will nicht einzelne staatliche Unternehmen an den Pranger stellen. Die Problematik «Der Staat als Konkurrent» ist zwar nicht neu, die Politik hat das Thema aber bisher nicht in der nötigen Konsequenz geklärt. Typisches Beispiel dafür ist auch die immer wieder aufkommende Service-public-Diskussion: Was ist Service public? Was soll der Staat machen, was Unternehmen, welche mit Steuergeldern unterstützt werden, was Firmen, welche zwar dem Staat gehören, aber privatrechtlich organisiert sind? Wie grenzen sich die Unternehmen der öffentlichen Hand von privaten Unternehmen ab, und last, but not least: Braucht es gesetzliche Vorgaben? Wunschziel der Kampagne ist es, dass nach der breiten Diskussion den staatlichen, staatsnahen und staatseigenen Unternehmen klare Begrenzungen ihres Tätigkeitsbereiches vorgegeben werden, zum Beispiel in Form von klar definierten Leitplanken, Eignerstrategien oder entsprechenden Klagemöglichkeiten.

Nachdem Berner KMU am Anfang noch als «Berner Jammer-Kampagne» belächelt worden sind, hat sich dies mittlerweile geändert und «Fair ist anders» nimmt immer weiter an Fahrt auf. Erste wegweisende Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesamtes für Energie im letzten Jahr zeigen,

dass unsere Kritik berechtigt ist. Während der Kanton Solothurn die Kampagne bereits übernommen hat, sorgt die Problematik der ungleich langen Spiesse zunehmend auch in Luzern und Zürich für rote KMU-Köpfe.

Trotz der Corona-Pandemie konnte «Fair ist anders» einen wichtigen Etappensieg feiern: So hat die GVB ihre Anfang 2019 still und leise aufgeschaltete Plattform für Hausratsversicherungen wegen unseres dringlichen Vorstosses, den unser Komiteemitglied und FDP-Grossrat Peter Dütschler eingereicht hat, wieder vom Netz genommen. Auch das nationale Parlament beschäftigt sich mit der Problematik: So hat der Nationalrat am 7. September 2020 der parlamentarischen Initiative «Wettbewerb mit gleichlangen Spiessen» von unserem Co-Präsidenten und FDP-Nationalrat Peter Schilliger mit 116 zu 65 Stimmen Folge gegeben. Um den Druck auf nationaler Ebene weiter verstärken zu können, wurde in Zusammenarbeit mit unserem Direktor Lars Guggisberg, Peter Schilliger und dem glp-Präsidenten Jürg Grossen am 22. September 2021 die parlamentarische Gruppe «Fair ist anders» gegründet. Ebenfalls bereits letzten Sommer hat das Bundesverwaltungsgericht die BKW wegen Interessenskonflikten gerügt und festgestellt, dass die Geschäfte unter deren Tochterfirmen problematisch sind. Ende Januar 2021 hat das Bundesamt für Energie Bussen gegen vier Verantwortliche der Groupe E ausgesprochen, weil Adressen aus dem Strommonopol für Werbung verwendet wurden.

Und auch die Beteiligungen des Kantons Bern sorgen immer wieder für Diskussionen in den Medien und im kantonalen Parlament: Allen voran die BKW Energie AG mit ihrer Hunter-Strategie. Für Berner KMU ist klar, dass es nicht Aufgabe des Staates ist, Bau-, Gebäudetechnik- und Elektroinstallationsfirmen zu betreiben, und dass eine Aufspaltung des Konzerns ernsthaft geprüft werden muss. Was nicht zur Produktion, zum Handel und zur Verteilung von Strom gehört, ist auszugliedern und zu privatisieren. Die Problematik der heutigen Struktur liegt darin, dass die BKW auf den Märkten mit dem Staat im Rücken operieren kann. Nach wie vor verfügt sie in der Stromversorgung über ein Monopol. Der Stromtarif der BKW gehört zu den höchsten in der Schweiz und hat dem Unternehmen jahrelang gute Erträge beschert. Private Haushalte sowie KMU sind gezwungen, den Strom bei der BKW zu kaufen. Diese KMU finanzieren so indirekt ihren neuen Konkurrenten BKW, der dutzendweise gewerbliche Firmen und Ingenieurbüros aufkauft. Damit wird eine normale Nachwuchsregelung verunmöglicht, und die Monopolstellung wird zunehmend auch auf die Planungs- und Installationsbranche ausgedehnt. Die BKW bestreitet zwar, dass sie den Bereich der Gebäudetechnik quersubventioniere, und macht geltend, dieser diene umgekehrt dazu, die Schwierigkeiten des Konzerns auf dem Strommarkt auszubügeln. Bei allem Respekt vor diesbezüglichen Erfolgen bleibt es aber eine Tatsache, dass diese massgeblich

auf Synergien mit der staatlich privilegierten Position zurückzuführen sind. Die KMU-Wirtschaft stört allein die Möglichkeit, dass unfaire Quersubventionierungen und solche Synergieeffekte den Wettbewerb verfälschen können.

Der Kanton Bern – und die ganze Schweiz – besteht und lebt fast ausschliesslich von den KMU: Von den rund 70 000 Unternehmen im Kanton Bern fallen über 99 Prozent in die Kategorie der kleinen und mittleren Unternehmen. Diese können mit der Nähe zum Kunden, dem persönlichen Umgang und der Flexibilität einen wichtigen Mehrwert bieten. Den Trend, dass immer mehr öffentliche Unternehmen – und dabei spielt es keine Rolle, ob dies kantonale, nationale oder internationale Grossunternehmen sind – Gewerbebetriebe zu übersetzten Preisen kaufen, die Mühe mit der Nachfolgeregelung haben, gilt es deshalb unbedingt zu stoppen.

II. Konkrete Beispiele

Die folgenden drei Beispiele sollen aufzeigen, wie Staatsunternehmen unfair, d. h. unter Ausnützung ihrer besonderen Stellung, in den privaten Markt drängen. Sie sollen auch zeigen, wie damit rechtlich, vor allem wettbewerbsrechtlich umgegangen wird. Es gäbe viel mehr Details zu den hier geschilderten Beispielen. Doch aufgrund der sensitiven Natur dieser Rechtsfälle ist die Darstellung hier auf die Elemente reduziert worden, die man den allgemein zugänglichen Medien entnehmen konnte. Auch ist die Absicht hier, nicht die Fälle an sich zu diskutieren, sondern mit ihnen eine Problemanzeige zu machen.

I. Post¹

Der Abbau von Poststellen ist beschlossene Sache, die Briefpreise steigen, die PostFinance hat einen negativen Unternehmenswert. Und trotzdem kann es sich die Post leisten, ein Start-up in der Werbebranche für – dem Vernehmen nach – 110 Millionen Franken zu kaufen. Das gekaufte Unternehmen selbst macht kaum 10 Millionen Umsatz. Beim Kaufobjekt handelt es sich um das Start-up «Livesystems», welches in der Aussenwerbung aktiv ist. Das können Plakatflächen sein. Aber auch Werbungen in den Verkehrsmitteln und via Bildschirm, etwa in Bahnhöfen, gehören dazu. Und gerade in dieser Nische, in den Bahnhöfen, hat sich Livesystems gut positioniert. Doch es handelt sich eben um Nischenmärkte, was den doch kleinen Umsatz des Unternehmens erklärt.

¹ Siehe Progin Jonathan, Post übernimmt Livesystems und wird Aussenwerber, Kleinreport vom 4. Juli 2021, abrufbar unter <<http://www.kleinreport.ch/news/post-ubernimmt-livesystems-und-wird-aussenwerber-97374/>>.

Im Zusammenhang mit diesem Kauf war der Preis eine grosse Überraschung. Wenn die Post um das Elffache des Jahresumsatzes als Kaufwert veranschlägt, dann erwartet sie eine Amortisation dieser Investition in den nächsten sieben Jahren. Gemäss Fachexperten ist beides ambitioniert: Ein sogenannter «Multiple» von elf ist über dem Branchenüblichen. Eine Amortisationszeit von sieben Jahren gilt als innerhalb des Branchendurchschnitts. Aber sie ist derart ambitioniert, dass sie nur mit Fokus zu erreichen ist. Konkret heisst das, dass sich die Post auf den Werbemarkt konzentrieren muss, wenn sie aus dieser Investition Erträge erwirtschaften will. Die Post wird somit zur Werbefirma. Gleichzeitig stöhnt der staatliche Konzern und baut den Service public ab, für den er subventioniert und mit einem Monopol versehen wird.

Die Umformung der Post zum Werbetreiber ist schon im vollen Gange. Dabei geht die Post geschickter vor, als man es ihr zutraut. Livesystems gewann im Jahr 2020 einen Grossauftrag für die digitale Werbung in den Postautos sowie im Poststellennetz. Die Post schreibt also Werbeflächen aus und schlägt ihre Bedienung sich selber zu. Im Kopf der Staatsunternehmen nennt man das Wettbewerb; überall sonst Selbstbedienung.

In diesem Vorgehen liegt gleich ein doppeltes Problem. Erstens versagt die Post in ihrem Grundauftrag. Doch zweitens setzt sie Mittel, die sie für ihren Grundauftrag hat, für den sie mit Monopolen und anderen Privilegien ausgestattet wurde, ein, um in einen kompetitiven Markt einzudringen. Sie setzt also ihre Monopolgelder ein, um Private zu konkurrenzieren. Sie setzt aber auch ihre eigene Entscheidungskompetenz ein, um sich selbst zu bevorzugen. Nach jeglichem Wettbewerbsempfinden ist das alles ein No-Go.

Wer nun meint, das sei ein Fall für die Wettbewerbskommission, täuscht sich. Bezüglich Staatsunternehmen sind die selbsterklärten Hüter des Wettbewerbs sehr lahme Enten. Ausser in wenigen Ausnahmefällen handeln sie nicht gegen Staatsunternehmen. Die Post, ihre Machenschaften, ihr Versagen im Grundauftrag und die Verzerrung des Wettbewerbs sind ein Fall für die Politik. Bundesrat und Parlament sind in der Pflicht, das Falschspiel der Post abzupfeifen.

2. Elektrizitätskraftwerke des Kantons Schaffhausen AG (EKS)²

Die EKS ist ein Unternehmen unter der Kontrolle des Kantons Schaffhausen. Sie hat einen Leistungsauftrag im Bereich der Elektrizitätsversorgung und ist mit einem Monopol in diesem Bereich ausgerüstet. So weit, so gut. Aber die

² Rusch Marlon, Fischers falscher Freund, Schaffhauser AZ vom 03. Oktober 2017, abrufbar unter <<https://www.shaz.ch/2017/10/03/fischers-falscher-freund/>>.

EKS ist auch ein Staatsunternehmen, und als dieses hat die EKS versucht, in andere Märkte einzudringen und dort private Unternehmen zu verdrängen. Dafür hat sie ihre Monopolvorteile eingesetzt. Die Geschichte geht so:

Im August 2016 schrieben die Elektrizitätskraftwerke des Kantons Schaffhausen, ein Staatsunternehmen mit Monopolbereich in Sachen Strom, ihre Kundinnen und Kunden mit einer Offerte an, ihre Häuser mit Solarzellen zu bestücken. Es handle sich um ein «Spezialangebot für EKS-Stromkunden». Mit dieser Offerte bewegt sich die EKS im Wettbewerb. Wenn es dabei zu Werbezwecken die eigene Kundenkartei aus dem Monopolbereich benutzt, verstösst das gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen. Der Brief mit einem «Spezialangebot für EKS-Stromkunden» belegt diese Benützung von Monopoldaten, um in den Wettbewerb zu drängen. Nach dem Gesetz ist das verboten.

Wie haben sich die Tätigkeiten der EKS im Markt ausgewirkt? Innert kürzester Zeit konnte die EKS ihren Marktanteil im Photovoltaik-Markt erheblich steigern, nämlich von 0 auf 33 Prozent. Wie die EKS selber zugibt, erfolgte diese Steigerung «zum Schaden» lokaler KMU. Dabei ist, einmal mehr, darauf hinzuweisen, dass die Steigerung nicht aufgrund besserer oder günstigerer Angebote erfolgte, sondern auf die Verwendung von Monopoldaten zurückgeht.

EKS hätte damit nicht nur gegen das geltende Gesetz verstossen, sondern auch noch einen unlizenzierten Partner gewählt. Im Juli 2017 wurde deshalb gegen die EKS beim Eidgenössischen Starkstrominspektorat (ESTI) eine Anzeige eingereicht. Bei der Anzeige geht es darum, dass die Firma E. U. Solar Swiss GmbH, welche im Auftrag der EKS die Solaranlagen installiert, dafür gar keine Bewilligung hatte. Schliesslich wurde im August 2017 beim Bundesamt für Energie eine Strafanzeige gegen die EKS eingereicht. Indem das Elektrizitätswerk keine getrennten Adresskarteien geführt hätte, herrsche eine «Verletzung der Pflicht zur informationellen und finanziellen Entflechtung von Monopol- und übrigen Tätigkeitsbereichen». Was ist aus den Anzeigen geworden?

Nummer eins: Das ESTI hat über 90 Schaffhauser Solaranlagen, die zwischen Mai 2016 und Juli 2017 erstellt wurden, unter die Lupe genommen. Dies führte am 5. Februar 2018 zu einer Strafanzeige an das Bundesamt für Energie gegen einen Elektroinstallationsbetrieb mit Sitz in Deutschland wegen Verletzung der mit einer Installationsbewilligung verbundenen Pflichten sowie gegen einen Ableger dieses deutschen Betriebs mit Sitz in Thayngen wegen Installierens ohne Bewilligung. Die zur Anzeige gebrachten Pflichtverletzungen betreffen die Erstellung von 85 Anlagen. Bemängelt werden das Fehlen wirksamer technisch-fachlicher Aufsicht über die Installationsarbeiten, das Durchführen von Schlusskontrollen durch nicht kontrollberechtigte Personen oder erst

nach Übergabe der elektrischen Installation an den Eigentümer. In acht Fällen seien Installationen an den Eigentümer mit gefährlichen Mängeln übergeben worden. Mit anderen Worten: Die EKS führte ihre Expansion mit dubiosen Partnern durch. Das Resultat war Pfusch. Entsprechend befand das ESTI.

Nummer zwei: Das Bundesamt für Energie büsste Kadermitarbeitende des Elektrizitätswerks Schaffhausen wegen Missbrauchs von Kundenadressen aus dem Monopolbereich. Also auch hier ist es ganz eindeutig: Die EKS überschritt ihre Grenzen.

Nummer drei? Nein! Denn die Wettbewerbskommission machte nichts. Sie sieht keine Verletzung des Wettbewerbs im doppelt bestraften Verfahren der EKS, dass sie nicht einmal eine Untersuchung eröffnen will. Eine Untersuchung wäre die Abklärung der wettbewerblichen Auswirkungen der Eskapaden der EKS. Aber die Hüter des Wettbewerbs haben null Interesse, gegen einen Monopolisten vorzugehen.

3. «Gateway Basel Nord»³

Bei «Gateway Basel Nord (GBN)» geht es um einen neuen Verladeterminale, den die SBB Cargo zusammen mit Hupac und Contargo realisieren will. In einem weiteren Ausbauschnitt soll ein neues Hafenbecken gebaut werden. Die Gesamtkosten belaufen sich auf über eine Viertelmilliarde Franken. Die Hälfte davon steuert der Bund bei, rund ein Viertel der Kanton Basel-Stadt.

Die Wettbewerbskommission hatte in einem Entscheid im Jahr 2019 anerkannt, dass das geplante Grossterminal den wirksamen Wettbewerb beim Umschlag von Containern, Wechselbehältern und Sattelaufliegern beseitige. Allerdings hatte die Behörde auch ohne weitere offizielle Begründung unterstellt, dass das Vorhaben die Wettbewerbsverhältnisse beim Transport von Gütern auf der Schiene verbessere. Private Wettbewerber hatten dabei keine Möglichkeit, sich zu der von den GBN-Befürwortern behaupteten Effizienzsteigerung zu äussern.

Die Weko räumt nämlich selbst ein, der «erste schweizerische Grossterminal mit Gateway-Funktion» vermöge «den wirksamen Wettbewerb beim Umschlag von Containern, Wechselbehältern und Sattelaufliegern im Import- und Exportverkehr zu beseitigen». Trotzdem bewilligt sie das Vorhaben. Sie bewil-

³ Gut Phillip, Wettbewerbschüter beseitigen Wettbewerb, Weltwoche vom 11. September 2019, abrufbar unter <<https://www.weltwoche.ch/ausgaben/2019-37/inland/wettbewerbschuter-beseitigen-wettbewerb-die-weltwoche-ausgabe-37-2019.html>>.

ligt also etwas, was nach ihrer eigenen Einschätzung genau das bewirkt, was sie eigentlich verhindern müsste. Anders formuliert: Die Wettbewerbshüter eliminieren den Wettbewerb, den sie zu schützen vorgeben.

Die Bewilligung für das Grossprojekt gefährdet die privaten Unternehmen, die in diesem Bereich tätig sind, in ihrer Existenz. Die bestehenden und bestens funktionierenden Marktstrukturen würden so verdrängt. Denn sie müssen gegenüber einem lokalen Monopolisierer antreten, der erst noch mit Bundesgeldern im dreistelligen Millionenbereich subventioniert wird.

Ob das Effizienzargument greift, so wie die Wettbewerbsbehörde es will, ist alles andere als klar. Die bestehenden Kapazitäten sind heute nicht ausgelastet – und waren es im Jahr 2019 auch nicht. Zum damaligen Zeitpunkt wurden über die Basler Rheinhäfen rund 100 000 Container pro Jahr verladen. 90 Prozent davon werden über die Strasse weitertransportiert, 10 Prozent über die Schiene. Der neue Terminal hätte eine Kapazität von 400 000 Containern, also das Vierfache davon. GBN geht davon aus, dass dereinst 50 Prozent der Güter über die Schiene transportiert werden. Das hiesse bei voller Auslastung aber auch, dass 200 000 Container per Lastwagen befördert würden. Zum Vergleich: 2019 waren es 90 000. Mit dem Versprechen, die Hälfte der Güter durch die Bahn zu befördern, haben SBB Cargo und Partner politische Kreise auf ihre Seite gezogen. Der massive Mehrverkehr auf der Strasse blieb in den öffentlichen Diskussionen erstaunlicherweise unbeachtet, auch von der lokalen Bevölkerung.

III. Lösungen

Diese Problemanzeige ist kein Votum gegen Staatsunternehmen: Staatsnahe Unternehmen sollen weiterhin nach betriebswirtschaftlichen Kriterien geführt werden. Die grossen Effektivitäts- und Effizienzgewinne, welche staatsnahe Unternehmen umgesetzt haben, sollen gesichert werden. Sie sollen weiterhin gewinnorientiert bleiben, weil sie dadurch kostengünstiger, innovativer und wachsender arbeiten. Doch es gibt Grenzen. Diese zu setzen, ist eine Aufgabe der Politik. Grenzen können etwa wie folgt gesetzt werden:

- Staatsunternehmen sollen auf das fokussieren, was ihr Auftrag ist und was sie gut können. Es gehört zur guten betriebswirtschaftlichen Führung, sich auf jene Tätigkeiten in jenen Märkten zu konzentrieren, in welchen Alleinstellungsmerkmale umgesetzt werden können. Damit stehen die Einschränkung des Handelns und die Fokussierung des Tuns im Einklang mit den Effektivitäts- und Effizienzprinzipien der Betriebswirtschaft.

- Eigentümerstrategien und/oder Konzessionierungsaufgaben sollen den Tätigkeiten von staatsnahen Unternehmen in den Beschaffungs-, Absatz-, Wettbewerbs- und Investitionsmärkten Grenzen setzen. Die Einschränkung der Tätigkeiten der staatsnahen Unternehmen hat sowohl eine betriebswirtschaftliche als auch eine wirtschaftspolitische Dimension. Gerade deswegen muss sie auf der strategischen Ebene erfolgen.
- Staatsnahe Unternehmen sollen nicht nur – wie es derzeit üblich ist – mit strategischen Zielen seitens des Staates geführt werden. Für jedes staatsnahe Unternehmen soll der Staat dem Unternehmen eine Eigentümerstrategie geben, welche unter anderem verbindlich festlegt, in welchen Märkten das Unternehmen tätig sein muss – und in welchen nicht. Ein ähnliches Vorgehen ist bei Konzessionsnehmern angebracht. Eine umfassende Eigentümerstrategie entspricht ohnehin den zeitgenössischen Vorstellungen guter betriebswirtschaftlicher Führung.
- Staatsnahe Unternehmen sollen ihre Privilegien – implizite Staatsgarantie, Quersubventionierung, Teilkostenrechnung, regulatorische Einflussnahme, günstige Kapitalstruktur – nicht einsetzen, wenn sie im Wettbewerb mit privatwirtschaftlichen Unternehmen stehen. In den Fällen eines Wettbewerbs staatsnaher mit privatwirtschaftlichen Unternehmen ist darauf zu achten, dass die staatsnahen Unternehmen keine ökonomischen Effekte ihrer aussermarktlichen Privilegien einsetzen. Namentlich dürfen sie diese Privilegien nicht einsetzen, um aus Monopolmärkten heraus Expansionen in freie Märkte zu finanzieren oder strategisch zu ermöglichen.
- Staatsnahe Unternehmen sollen zur vollen Kostentransparenz sowie im Regelfall zu Vollkostenrechnungen verpflichtet werden. Die Kostentransparenz ist hier angebracht, weil diese Unternehmen politische Aufträge erfüllen und auch nach politischen Kriterien handeln. Damit müssen Politik und breite Öffentlichkeit einen vertieften Einblick in die internen Kosten- und Leistungsrechnungen haben, um sich Meinungen zu bilden. Dort, wo staatsnahe Unternehmen in Konkurrenz zu privatwirtschaftlichen Akteuren treten und es nicht möglich ist, sie aufzuspalten, sollen sie verpflichtet werden, zu vollen Kosten zu kalkulieren.

Bei der Umsetzung dieser Forderungen ist jederzeit zu beachten, dass unterschiedliche Märkte und Unternehmen differenziert behandelt werden müssen. Diese Forderungen sind strategische Vorgaben, die im Einklang mit den neuesten Erkenntnissen der guten Unternehmensführung stehen.

IV. Fazit

Im Wettbewerb zwischen privatwirtschaftlichen Unternehmen und solchen, die staatsnah, staatseigen oder staatlich beherrscht sowie Konzessionsträger sind, braucht es gleich lange Spiesse. Die aussermarktlichen Privilegien, welche diese Firmen haben und einsetzen, führen zu Marktverzerrungen. Während die staatsnahen Unternehmen nach betriebswirtschaftlichen Kriterien geführt werden sollen, verlangen gerade diese Kriterien eine Konzentration auf Tätigkeiten und Märkte, wo Alleinstellungsmerkmale umgesetzt werden können. Alle Staatsebenen sind dazu aufgefordert, den ihnen nahestehenden Unternehmen Strategien zu geben und verbindlich festzulegen, in welchen Märkten sie tätig sein dürfen.

Von der Wettbewerbskommission etwas zu verlangen, ist vergebene Mühe. Gegen Wettbewerbsverfehlungen von Staatsunternehmen wird sie sowieso nicht vorgehen. Nur Legislative und Exekutive vermögen hier etwas zu bewirken.

Gemeinsam sensibilisieren und weiterentwickeln

Cristina Schaffner

Bauenschweiz lancierte als Dachverband der Bauwirtschaft zusammen mit den Mitgliederverbänden eine gemeinsame Erklärung gegen Korruption und kartellrechtliche Verstösse in der Schweizer Baubranche. Die Mitgliederverbände stellen ihrerseits den Unternehmen Merkblätter und Hilfsmittel wie etwa eine elektronische Lernplattformen zur Verfügung und führen Schulungen durch, um den freien und fairen Wettbewerb weiter zu fördern. Das Engagement in wettbewerbsrechtlichen Fragen zeigt Wirkung.

Der stellvertretende Direktor der Wettbewerbskommission (WEKO) Frank Stüssi äusserte sich im Herbst 2021 in einem Interview mit dem Baumeisterverband wie folgt: «Eine Kartellkultur, wie sie bis in die 90er-Jahre herrschte, besteht nicht mehr.» Auch die WEKO hält regelmässig Vorträge und klärt Vergabestellen und Behörden zu Submissionsabreden auf. Es lohnt sich, wenn WEKO und Verbände sensibilisieren und informieren, um Unternehmen vor kartellrechtlichen Verstössen zu schützen. Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht bzw. Kartellrecht sowie gegen Gesetze und Vorschriften im Zusammenhang mit Korruption schaden allen Marktteilnehmern – Anbietenden und Bestellern – gleichermaßen. Sie schaden der Reputation einer ganzen Branche und können für jahrelangen Gesprächsstoff sorgen.

Gleichzeitig ist es auch die Aufgabe von Bauenschweiz, eine Diskussion des Kartellrechts im Sinne der Mitglieder zu führen und widersprüchliche und einseitige Bestimmungen anzuprangern. Es braucht pragmatische, praxistaugliche Rahmenbedingungen für die KMU. Bauenschweiz arbeitet in diesen Fragestellungen eng mit den eigenen Mitgliederverbänden und Organisationen wie dem Schweizerischen Gewerbeverband zusammen und profitiert vom langjährigen Wissen der entsprechenden Exponenten.

Zwei Beispiele aus der parlamentarischen Debatte zeigen diese Arbeit exemplarisch auf. Ständerat Olivier François fordert in seiner am 1. Juni 2021 angenommenen Motion, dass die ökonomische Einzelfallgerechtigkeit im Kartellverfahren wiederhergestellt wird. In der aktuell geltenden Praxis kann bei einer festgestellten Abrede auf eine Erheblichkeitsprüfung verzichtet werden. Das ist nicht im Sinne des Gesetzgebers und führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bei Unternehmen. Kartellrechtsexperten sprechen sogar von einer Beweislastumkehr, da nicht die WEKO nachweisen muss, dass das angeklagte Unternehmen der Volkswirtschaft Schaden zugefügt hat. Stattdes-

sen muss das Unternehmen beweisen, dass seine Abrede die volkswirtschaftliche Effizienz gefördert hat – ein gerade für KMU aufgrund der benötigten Ressourcen nahezu unmögliches Unterfangen.

Ständerat Français fordert, dass der Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede unter Berücksichtigung sowohl qualitativer als auch quantitativer Kriterien bestimmt werden soll. Eine Prüfung muss immer mit Blick auf den Einzelfall unter Einbezug der ökonomischen und rechtlichen Situation sorgfältig abgewogen werden. Damit wird der von der juristischen Praxis eingeführte Begriff und Fokus auf die «per se» Erheblichkeit aufgehoben und vernünftige, nicht-erhebliche Kooperationen unter Unternehmen nicht mehr aus rein formalen Gründen verboten. Dies schafft weitere Rechtssicherheit für die KMU. Absprachen, die hingegen eine negative volkswirtschaftliche Wirkung haben, werden weiterhin geahndet und sanktioniert. Damit sichert die Motion den langjährigen Willen des Gesetzgebers gegenüber der widersprüchlichen und wesensfremden Praxis der Behörden.

Bauenschweiz setzt sich wie die anderen Wirtschaftsdachverbände für Rechtssicherheit und KMU-freundliche Rahmenbedingungen ein. Mit diesem Grundauftrag hat Bauenschweiz den eidgenössischen Räten die Annahme der Motion Français empfohlen. National- und Ständerat haben die Motion in der Sommersession 2021 angenommen und einen eindeutigen Auftrag für die Umsetzung gegeben.

Ein weiteres Beispiel und Anliegen der Bauwirtschaft wurde am 30. September 2021 durch den Präsidenten von Bauenschweiz, Ständerat Hans Wicki, eingereicht. Die Motion beauftragt den Bundesrat, das Kartellgesetz so zu präzisieren, dass die verfassungsmässige Unschuldsvermutung Anwendung findet. Die WEKO soll neben belastenden auch entlastende Informationen für die Untersuchung sammeln und damit gemäss Gesetz den vollen Beweis für die Schuld eines Unternehmens erbringen. Nach aktueller Praxis der WEKO werden nicht alle Fälle in diesem Sinne geprüft und es wurde zudem der Begriff der «Gesamtabrede» in die Praxis eingeführt, den es im Schweizer Kartellrecht so nicht gibt. Damit schuf sich die WEKO die Grundlage, um einem einzelnen Unternehmen nicht nachweisen zu müssen, ob es tatsächlich an einer Abrede beteiligt war. Anhaltspunkte, dass das Unternehmen möglicherweise an einer Abrede beteiligt war, genügen bereits. Allein die Nennung des Unternehmens in einem Sitzungsprotokoll kann unter Umständen als Mitwirkung bei einer Gesamtabrede betrachtet werden. Mit dieser Praxis wird der Grundsatz der Unschuldsvermutung verletzt.

Bauenschweiz begleitet diese Motionen weiterhin im parlamentarischen Prozess aber auch in der Umsetzung mit den genannten Partnerorganisationen

und ist bereit, die Erfahrungen der Industrie mit dem Kartellrecht in die Weiterentwicklung der Gesetzgebung einzubringen. Rahmenbedingungen müssen insbesondere für die KMU verlässlich und anwendbar sein.

Was braucht es noch für ein modernes Kartellrecht und dessen Umsetzung? Wurde die Struktur der WEKO den neuen Entwicklungen der vergangenen Jahre angepasst? Diese Frage stellt Ständerat Ruedi Noser in seiner in der Herbstsession 2021 eingereichten Interpellation. Er verweist dabei auf einen OECD Bericht aus dem Jahr 2006, welcher nach einer umfangreichen Evaluierung der Schweizer Wettbewerbsbehörde diverse Empfehlungen zu Grösse und Zusammensetzung machte. Bauenschweiz sieht aus staatsrechtlicher Sicht etwa Klärungsbedarf in der engen Verzahnung der WEKO und ihres Sekretariats – sprich des Richters und des Anklägers in derselben Person.

Bauenschweiz wird als Wirtschaftsdachverband auch diese Diskussion verfolgen und sich zusammen mit den Mitgliedverbänden einbringen. Wir rufen dazu auf, den Dialog für weitere Revisionen rund um das Kartellrecht oder die WEKO früh zu öffnen und mit der Industrie gemeinsam die Weiterentwicklung voranzutreiben.

Ein weiterer wichtiger Meilenstein ist das revidierte Beschaffungsrecht. Darin enthalten ist die Anzeigepflicht für Beschaffungsstellen bei Verdacht auf Submissionsabreden. Ein wichtiges Instrument in der Bekämpfung von Kartellen. Hervorheben möchte ich aber insbesondere den darin verankerten Kulturwandel in der öffentlichen Beschaffung. Das revidierte und zwischen Bund und Kantonen harmonisierte Beschaffungsrecht ist ein Meilenstein für die Bauwirtschaft. Neu geht der Zuschlag statt an das wirtschaftlich günstigste an das vorteilhafteste Angebot. Die Qualitätskriterien werden gegenüber dem Preiskriterium deutlich gestärkt. Den Wandel in der Vergabekultur haben wir geschafft, wenn Innovation und Qualität den Preiswettbewerb auf allen drei föderalen Ebenen bei den Ausschreibungen abgelöst hat und der Austausch der Beschaffungsstellen und Anbieter auf Augenhöhe und Vertrauen basiert. Einsparungen und rechtliche Auseinandersetzungen bei Projekten gehen damit vermutlich deutlich zurück. Ein langer Weg. Die Aufgabe bleibt die gleiche. Weitere Sensibilisierung auf Anbieterseite und bei den ausschreibenden Stellen, dass wir alle von einem freien und fairen Qualitätswettbewerb profitieren.

Teil II:

Analyse Bestehender
Unzulänglichkeiten

Überlegungen zur institutionellen Reform der Wettbewerbsbehörden*

Andreas Kellerhals

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	67
II.	Bisherige institutionelle Reformbemühungen	68
III.	Unbestrittener institutioneller Handlungsbedarf	69
	1. Verbandsvertreter	70
	2. Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsphase	71
IV.	Lehren aus Hongkong?	75
V.	Schlussbemerkung	77
	Literaturverzeichnis	77

I. Einleitung

Vor rund 25 Jahren wurde in der Schweiz im Nachgang zum EWR-Nein vom 6. Dezember 1992 das Kartellgesetz überarbeitet und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben materiell auf ein international allgemein anerkanntes Niveau gebracht. Seither kennt auch die Schweiz den wettbewerbsrechtlichen Dreiklang von Wettbewerbsabreden, Marktmachmissbrauch und Fusionskontrolle. Diese Neuerungen, welche im Verlauf der letzten 25 Jahre durch die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte konkretisiert und verfeinert wurden, haben sich nachhaltig bewährt und tragen viel zum Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Wirtschaft bei.

Ein gleich klarer und unbestrittener Wurf gelang dem Gesetzgeber in Bezug auf das institutionelle Setting der Wettbewerbsbehörden aber nicht. Sowohl was die personelle Zusammensetzung der Wettbewerbskommission (WEKO) als auch die Zusammenarbeit zwischen der Wettbewerbskommission und ihrem Sekretariat anbelangt, aber auch in Bezug auf die gerichtliche Überprüfung der Entscheide der WEKO sind die damaligen Reformen auf halbem Wege steckengeblieben und rufen heute nach einer dringend notwendigen Reform.

* Dieser Beitrag stützt sich auf einen Artikel des Autors «Soll die Wettbewerbskommission abgeschafft werden?» aus dem Jahre 2012 in: Zäch/Weber/Heinemann, 63 ff.

Zwar hatte der Bundesrat am 22. Februar 2012 eine Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes verabschiedet und dem Parlament zur Genehmigung unterbreitet, mit der institutionelle Mängel behoben und die Wettbewerbsentscheide rechtsstaatlich besser verankert werden sollten. Durch das zweite Nichteintreten auf die Vorlage durch den Nationalrat am 17. September 2012 wurde dieser Revisionsprozess aber beendet, ohne dass die festgestellten Mängel in der Zwischenzeit angegangen worden wären.

II. Bisherige institutionelle Reformbemühungen

Im Rahmen der zu kurzen gesetzlich vorgeschriebenen *Evaluation* der letzten Revision des Kartellgesetzes¹ kam die dazu eingesetzte Expertengruppe zwar zum Schluss, dass sich das bisherige Konzept des Kartellgesetzes insgesamt bewährt habe. Trotzdem empfahl sie eine Revision u. a. auch im Bereich der institutionellen Ausgestaltung.² Gestützt auf diesen Expertenbericht gab der Bundesrat in der Folge die Ausarbeitung einer Revisionsvorlage in Auftrag, die er am 30. Juni 2010 in *Vernehmlassung* gab³. Im begleitenden Bericht stellte der Bundesrat dann in Bezug auf den Aufbau der Wettbewerbsinstitutionen einen «*erheblichen*» *Reformbedarf*⁴ fest und überraschte mit Vorschlägen, denen eine gewisse Radikalität nicht abzusprechen war, insbesondere auch deshalb, weil die Vorschläge des Bundesrates weit über die Empfehlungen der von ihm eingesetzten Expertengruppe hinausgingen.⁵

Im Kern sah die bundesrätliche Vorlage die Schaffung einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde vor, welche die Untersuchungen führen und Antrag an ein neu zu schaffendes, erstinstanzliches Bundeswettbewerbsgericht stellen sollte. Damit schlug 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

¹ Art. 59a Abs. 2 KG.

² Siehe Synthesebericht der Evaluationsgruppe Evaluationsbericht vom 5. Dezember 2008, abrufbar unter <www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de>.

³ Siehe Medienmitteilung des Bundesrates über die Vernehmlassung der Teilrevision des Kartellgesetzes vom 30. Juni 2010, abrufbar unter <<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=34047>>.

⁴ Erläuternder Bericht zu Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), 8.

⁵ Siehe diesbezüglich etwa die engagierte Stellungnahme des von der Expertengruppe beizugezogenen Carl Bauchenbacher, in: Baudenbacher, 7.

auf den Weiterbau der bisherigen Institutionen (Wettbewerbskommission und Sekretariat), sondern einen eigentlichen Systemwechsel (*Paradigmenwechsel*) vor⁶.

Bekanntlich konnte sich der Bundesrat mit seiner Revisionsvorlage nicht durchsetzen, das Geschäft wurde im Herbst 2012 bereits im Parlament beendet, obwohl verbreitet ein institutioneller Handlungsbedarf anerkannt wurde. Die Vorlage war wohl überfrachtet, zu viele Feinde waren des Hasen tot. Trotz der Weigerung des Parlaments, auf die Vorlage einzutreten, verschwindet der Handlungsbedarf in Bezug auf die institutionelle Ausgestaltung des Kartellgesetzes aber nicht einfach. Im Gegenteil: Es bleibt das Problem, und es bleibt der Ruf nach einer Reform.

III. Unbestrittener institutioneller Handlungsbedarf

In ihrer Untersuchung der Frage eines institutionellen Reformbedarfs stützte sich die seinerzeitige Expertengruppe schwergewichtig auf eine von Carl Baudenbacher verfasste Untersuchung zum bisherigen «institutionellen Setting» der schweizerischen Wettbewerbsbehörden.⁷ Während Baudenbacher in seiner Studie zwar durchaus Handlungsbedarf ortete, gingen seine Empfehlungen weniger weit als die nun vom Bundesrat vorgeschlagene Reform. So empfahl der Experte zu Recht namentlich folgende acht Reformschritte:

1. Verkleinerung der WEKO auf fünf oder drei Mitglieder und Professionalisierung der Wettbewerbskommission;
2. Ausgestaltung des Präsidiums als Vollamt;
3. Abschaffung des Instituts der Interessenvertreter;
4. Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen zur Gewinnung von Spitzenkräften für die neue Wettbewerbskommission;
5. Wahl (auch) von Ausländern als Mitglieder der Wettbewerbskommission;
6. öffentliche Ausschreibung der Stellen;
7. Sicherung der Unabhängigkeit gegenüber der Politik;
8. Strukturierung der Wettbewerbskommission als einstufige Behörde und Verzicht auf ein zweistufiges System.⁸

In ihrem Synthesebericht übernahm die damalige Evaluationsgruppe diese Empfehlungen im Wesentlichen, und auch der Bericht des Bundesrates über

⁶ Simon Hirsbrunner/Jens Werner, Überholt das schweizerische Kartellrecht das EU-Vorbild?, Jusletter vom 21.9.2010, S. 8.

⁷ Baudenbacher, Institutionelles Setting.

⁸ Baudenbacher, Institutionelles Setting, 43 ff.

die Evaluation vom 25. März 2009 schloss sich diesen Folgerungen an. Dies allerdings mit einer gewichtigen Ausnahme: Um die institutionellen Unzulänglichkeiten des bestehenden Systems umfassend anzugehen, schlug die vom EVD eingesetzte Projektgruppe für viele überraschend neu ein Wettbewerbsgericht anstelle der Wettbewerbskommission vor. Dies zum einen, weil dadurch die Unabhängigkeit der Entscheidungsbehörde gestärkt werden sollte, zum anderen aber auch, weil bei einer Beibehaltung der Wettbewerbskommission ein als notwendig gesehener Verzicht auf den Einsitz von Interessensvertretern auf zu grossen Widerstand stossen würde.

Der Nichteintretensentscheid des Parlaments auf die vom Bundesrat als notwendig und sinnvoll erachtete Revisionsvorlage im Jahre 2012 hat an der Wünschbarkeit und Dringlichkeit einer vorab institutionellen Reform der geltenden Regelung nichts verändert, im Gegenteil. Dennoch haben weder das Parlament noch der Bundesrat nach dem Abbruch der seinerzeitigen Revisionsbemühungen dieses Thema wieder aufgenommen. Die Meinungen darüber, ob und wie vorgegangen werden soll, sind geteilt.

Am geltenden Aufbau der Wettbewerbsbehörde in der Schweiz werden heute insbesondere folgende *zwei Punkte kritisiert*, nämlich (a) eine ungenügende Unabhängigkeit der Kommission durch die Einsitznahme von Verbandsvertretern und (b) das Fehlen einer Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsphase⁹.

i. Verbandsvertreter

Die schon oft kritisierte und nur historisch zu erklärende Einsitznahme von Verbandsvertretern in die Wettbewerbsbehörde scheint in der Tat überholt zu sein. Zwar trifft nicht zu, dass sich diese Mitglieder in den Beratungen der WEKO einfach nur für ihre Verbandsinteressen einsetzen, und sie bringen oft tatsächlich wichtiges, 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 mach- und auch wünschbar. Sie könnte im Rahmen einer Revision des Kartellgesetzes unter Beibehaltung der bisherigen

⁹ In der diesem Artikel zugrundeliegenden Publikation des Autors aus dem Jahre 2012 waren noch zwei weitere Anliegen aufgeführt, welche heute aber als weniger dringlich angesehen werden, nämlich eine zu lange Dauer der Verfahren vor der Wettbewerbskommission und den Gerichtsinstanzen und der Wunsch nach einer grösseren Professionalisierung der Arbeit der WEKO.

Wettbewerbskommission ohne weiteres durchgeführt werden. An sich wäre keine Revision des Kartellgesetzes notwendig, um auf die Einsitznahme von Interessensvertretern zu verzichten, es liegt in der Hand des Bundesrates, ob er diese wählen will oder nicht; er könnte einfach keine Interessensvertreter mehr wählen, ein Recht auf Einsitznahme haben die entsprechenden Verbände nicht. Allerdings ist klar, dass der Bundesrat einer geharnischten Reaktion der betroffenen wichtigsten Wirtschaftsverbände der Schweiz gerne aus dem Weg geht, weshalb er auch in den letzten Gesamterneuerungswahlen wiederum je einen Vertreter von Economiesuisse, Gewerkschaftsbund, Bauernverband, Gewerbeverband und Konsumentenschutz in die Kommission wählte. Es ist daher im Rahmen einer fälligen Gesetzesrevision, in der diese nicht mehr zeitgemässe Regelung beendet werden sollte.

2. Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsphase

In seinem im Parlament gescheiterten Entwurf zur Kartellgesetzrevision 2012 legte der Bundesrat grosses Gewicht auf die *EMRK-Kompatibilität* des neuen institutionellen Gefüges. Er griff insbesondere die vonseiten der Anwaltschaft geäusserte Kritik auf, wonach die WEKO in ihrer heutigen Zusammensetzung als Spruchkörper mit einer nur mangelhaften Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsphase den hohen Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht mehr genüge. An dieser Sachlage hat sich bis heute nichts geändert! Entsprechend wird auch heute noch eine unklare Kompetenzaufteilung zwischen dem Sekretariat als Untersuchungsbehörde und der WEKO als Entscheidungsbehörde kritisiert und auf vielfache Überschneidungen und gegenseitige Beeinflussungsmöglichkeiten in der Praxis hingewiesen.

So führt etwa das Sekretariat der WEKO nicht nur Voruntersuchungen und (mit Zustimmung eines Mitgliedes des Präsidiums) auch formelle Untersuchungen selbständig durch, sondern es legt anschliessend einen fixfertigen Entwurf für den Entscheid der Kommission vor. In den Kommissionssitzungen erläutern dann die entsprechenden Sekretariatsmitarbeiter ihren Entwurf und diskutieren in den Beratungen der Kommission mit. Dank ihrem Wissensvorsprung sowohl in Bezug auf den Sachverhalt als auch aus dem direkten Verkehr mit den involvierten Parteien kommt ihren Aussagen grosses Gewicht zu. Dies wird noch dadurch verstärkt, dass der Entscheidungsentwurf in der Regel als Sekretariatsvorschlag präsentiert wird, was bedeutet, dass alle Sekretariatsmitarbeiter grundsätzlich kohärent auftreten, allfällige interne Meinungsunterschiede werden damit der Kommission in der Regel nicht kommuniziert. Schliesslich trägt der Umstand, dass das Präsidium alle Geschäfte der Kommission vorgängig mit dem Sekretariat eingehend bespricht, zwar zu einem einheitlichen Auftreten von Sekretariat und Präsidium in der Kommission und

damit zur Fokussierung der Diskussion bei, macht es für «gewöhnliche» Mitglieder der Kommission aber nicht einfacher, sich mit abweichenden Ansichten Gehör zu verschaffen. Diskussionen ohne die Anwesenheit des Sekretariats kommen in der Praxis praktisch nie vor. Kurz: Die Vorarbeiten eines Falles führen dazu, dass die Kommission nur in Ausnahmefällen zu einem eigenständigen, von jenem des Sekretariats in wichtigen Punkten abweichenden Entschluss gelangt.

Diese starke Stellung des Sekretariats – welche selbstverständlich auch auf dessen fachliche Expertise zurückzuführen ist – ist problematisch¹⁰. Darauf hat bereits Luzis Wildhaber in einem Artikel aus dem Jahre 2011 mit Nachdruck hingewiesen¹¹. Er kam zum Schluss, dass die gegenwärtige Organisationsstruktur der WEKO und ihres Sekretariats keine Gewähr dafür bietet, «dass berechtigte Zweifel an ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ausgeschlossen werden könnten»¹².

Dieser Befund und damit das Wissen, dass das gegenwärtige institutionelle Setting mit den verbindlichen Vorgaben der EMRK grundsätzlich nicht übereinstimmt, ist allen involvierten Behörden bekannt. Dennoch wird das Problem nicht angegangen. Nebst fehlendem politischem Willen wird die Dringlichkeit der Lösung dieses Problems vorab durch Verweis auf die Rechtsprechung des EMRK-Gerichtshofs wie auch des Bundesgerichts verneint. Beide Gerichte haben bekanntlich entschieden, dass diese institutionellen Mängel der WEKO im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden können. Die Sicht geht damit dahin, dass mithilfe der «Krücke» eines Rechtsmittels der an sich EMRK-widrige institutionelle Aufbau der WEKO geheilt werden kann.

Gemäss Bundesgericht¹³, basierend auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Menarini¹⁴, kann demnach die heutige Regelung in der Schweiz als EMRK-kompatibel bezeichnet werden. Dem-

¹⁰ Der seinerzeit vom Autor gemachte Vorschlag zur Einführung eines vom Sekretariat unabhängigen Präsidialsekretariats, welches die Entwürfe des Sekretariats der WEKO unabhängig von dieser auf deren Konsistenz und Bedeutung für die Praxis zuhanden des Präsidiums überprüfen würde, stiess nicht auf positives Echo.

¹¹ Wildhaber.

¹² Wildhaber.

¹³ BGE 139 I 72, S. 82f.

¹⁴ Urteil des EGMR vom 27. September 2011 in der Rechtssache 43509/8, A. Menarini Diagnostics s. r. l. v. Italy.

nach genügt ein Modell, bei dem eine Behörde die Untersuchung nicht nur führt, sondern auch gleich entscheidet, sofern eine gerichtliche Kontrolle mit voller Kognition gegeben ist¹⁵.

Auch eine solche Behelfslösung wird zum einen keinen juristischen Schönheitspreis erringen, und sie funktioniert zum andern – schlimmer – nur so lange, als das Gericht eine umfassende Überprüfung auch tatsächlich vornehmen kann und vornehmen will. Gerade hier aber scheiden sich die Geister: Immer wieder wird vorgebracht, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht nur nicht über die notwendige Fachkompetenz verfügt, komplexe ökonomische Analysen der Wettbewerbskommission umfassend zu überprüfen, sondern dass Formulierungen wie «nachvollziehbar» darauf hinweisen, dass das Gericht der Vorinstanz einen zu grossen Gestaltungsspielraum einräumt, ohne selbst im Detail die Argumentation zu hinterfragen¹⁶. Entscheidend für die heilende Wirkung der EMRK-Rechtsprechung ist somit in jedem Einzelfall die Frage, ob das Gericht alle Umstände des Vorentscheidendes genug tief abgewogen und umfassend überprüft hat. Nicht alle Urteile des Bundesverwaltungsgerichts werden ans Bundesgericht weitergezogen, und es ist fraglich, ob alle Urteile diesen Einzelfalltest auch bestehen. Auch wenn das Bundesgericht eine unzulässige Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts im ADSL-Ur-

¹⁵ Vgl. dazu auch das Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 18. April 2012 in der Rechtssache E-15/10: ESA acknowledges that the procedure in competition law cases falls within the criminal sphere for the purpose of the application of the ECHR. However, in its view, the guarantees under Article 6 ECHR do not necessarily apply with their full stringency. It is submitted that the established case-law of the European Union courts on judicial review of competition decisions is compatible with the guarantees laid down by Article 6(1) ECHR. According to this case-law, the review by the Court is limited as regards complex technical or economic appraisals by ESA. In such cases, it is sufficient for the Court to establish whether the evidence put forward is factually accurate, reliable and consistent, contains all the relevant data that must be taken into consideration in appraising a complex situation, and is capable of substantiating the conclusions drawn from it. ESA submits that its analysis of the competitive situation constitutes a complex economic appraisal and that, accordingly, the decision must be upheld unless the Court finds that it manifestly erred in the appraisal of the applicant's conduct.

¹⁶ Auch wenn das Bundesgericht die im konkreten Fall angeführte unzulässige Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts zurückgewiesen hat und darauf hinweist, dass das Gericht die Auffassung der WEKO nicht einfach übernommen habe, sondern jeweils, «teilweise sogar recht ausführlich, dargelegt und begründet, weshalb es sicher der Auffassung derselben anschliesst. Es hat sich dabei nicht auf reine Plausibilitätsüberlegungen beschränkt und sich nicht eine unzulässige Zurückhaltung auferlegt» zitiert aus dem Urteil des Bundesgerichts 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019.

teil verneint¹⁷, bleibt ein Nachgeschmack. Eine generelle saubere Regelung, mit der sichergestellt wird, dass die überprüfende Instanz auch tatsächlich über die geforderten Sachkenntnisse verfügt, um komplexe ökonomische Analysen richtig beurteilen zu können, ist einer mitunter unklaren Einzelfallentscheidung vorzuziehen. Das «Krückenargument» der EMRK bleibt ein Konstrukt, das auf die Dauer nicht überzeugen kann. Denn: Könnte dargetan werden, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem bestimmten Einzelfall seine Kognition ungebührlich selbst einschränkte und zu sehr auf die Analyse der Vorinstanz abstellte, wäre die heilende Wirkung der EMRK-Rechtsprechung dahin. Die Schweiz kann nicht stolz sein auf ein System, das sich nicht oder nur mit Zweifeln an der von der EMRK geforderten Unabhängigkeit orientiert. Hier ist Handlungsbedarf angesagt.

Eine gegen aussen sichtbare Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsphase, welche heute einfach «state of the art» ist und daher sinnvoll und notwendig erscheint, könnte mit dem vom Bundesrat in seiner Vorlage von 2012 lancierten Systemwechsel hin zu einer neuen Wettbewerbsbehörde erreicht werden. Möglich wäre dies aber auch unter Beibehaltung der bisherigen, gewachsenen Struktur durch die Schaffung eines ausschliesslich mit der Entscheidungsphase betrauten Teils des Sekretariats, der keine Untersuchungsaufgaben wahrnimmt¹⁸.

Wollte man den zweiten, wohl einfacher zu realisierenden Weg wählen, wäre zu prüfen, ob die Ermittlung und Verfolgung wie bisher einem Case-Team, welches bis zur Formulierung der Mitteilung der Beschwerdepunkte mit dem Fall betraut wäre, zu übertragen wäre. Dann würde ein anderes Team den Fall übernehmen, welches die Wettbewerbskommission im Entscheidungsverfahren unterstützen würde. Dabei würden sowohl das Case-Team als auch die involvierten Unternehmen als Parteien des Verfahrens behandelt. Wichtig wäre dabei, dass die beiden Teams organisatorisch und räumlich wirksam voneinander getrennt wären. In organisatorischer Hinsicht erscheint es sinnvoll, das zweite Team beim Präsidenten der Wettbewerbskommission anzusiedeln.

¹⁷ «Ob die Kognitionsbeschränkung den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügt, ist anhand des Verfahrensgegenstandes (ist professionelles Wissen bzw. Erfahrung notwendig), der Art und Weise, in welcher der Verwaltungsentscheid unter Berücksichtigung der vor Verwaltungsbehörden zugestandenen Verfahrensgarantien zustande kam, und des Streitgegenstandes (geltend gemachte und tatsächlich geprüfte Rügen) zu prüfen (Urteil des EGMR vom 21 Juli 2011 in der Rechtssache 23181/04 und 35122/05, Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus, § 154). Massgebend ist der Einzelfall und ob sich das überprüfende Gericht «point by point» mit den Argumenten bzw. Rügen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat» aus Urteil des Bundesgerichts 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019.

¹⁸ Vgl. Tercier/von Büren/Stoffel.

Auch in räumlicher Hinsicht wäre eine Separierung wichtig, damit nicht ein die Koordinierung der Arbeiten der beiden Teams förderndes Milieu entsteht. Man könnte sich sogar denken, das die Entscheidung der Wettbewerbskommission begleitende Team an einem anderen Ort als in Bern anzusiedeln.

Zudem könnte es sich als sinnvoll erweisen, einen vom Sekretariat getrennten Präsidialstab einzurichten, welcher die Anträge des Sekretariats kritisch auf heikle Fragen, bisherige Praxis, Bedeutung als Leitentscheide usw. zuhanden des Präsidiums resp. der Kommission sichtet, um das nicht zu leugnende Informationsgefälle zwischen Sekretariat und Wettbewerbskommission etwas auszugleichen und die Kommission gegenüber dem Sekretariat unabhängiger zu machen.

Mit dieser beschränkteren institutionellen Reform könnte eine Verbesserung der heute unbefriedigenden Situation erreicht werden. Auch hier gingen die Empfehlungen des seinerzeit beigezogenen Experten Baudenbacher sowie dreier ehemaliger Präsidenten der Wettbewerbskommission zweifellos in die richtige Richtung.¹⁹

IV. Lehren aus Hongkong?

Der Autor dieses Artikels hatte sich seinerzeit kritisch zu der vom Bundesrat vorgeschlagenen «Amerikanisierung» der schweizerischen Wettbewerbsbehörde ausgesprochen²⁰. Eine Verbesserung des bestehenden Systems schien eine realisierbarere Lösung. Nachdem aber bis heute weder der grosse Wurf noch die gewünschte (kleine) Verbesserung des bestehenden institutionellen Settings haben realisiert werden können und da ein politischer Wille, dies bald nachzuholen, zurzeit nicht ersichtlich ist, fragt es sich, ob immer noch auf die «realistischere» Verbesserungslösung gesetzt werden oder nicht doch der vom Bundesrat seinerzeit anvisierte Systemwechsel unterstützt werden sollte.

Der Autor dieser Zeilen neigt heute dazu, den Systemwechsel anzuvizieren. Angeregt zu dieser Erkenntnis wurde der Autor u. a. durch seine Expertentätigkeit für das vor ein paar Jahren in Hongkong neu eingeführte Competition Tribunal, welches dem seinerzeitigen Lösungsvorschlag des Bundesrates für die Schweiz nicht unähnlich ist²¹. Hongkong hatte erstaunlich lange mit der Einführung eines eigenen Wettbewerbsgesetzes zugewartet, und als dies 2012 erfolgte, fehlte vom Dreiklang des modernen internationalen Standards (wett-

¹⁹ Baudenbacher, Institutionelles Setting, sowie Tercier/von Büren/Stoffel.

²⁰ Kellerhals, 63 ff.

²¹ Siehe <www.compcomm.hk>.

bewerbsbehindernde Absprachen, Missbrauch von Marktmacht und Fusionskontrolle) die Fusionskontrolle. Eine Regelung, welche bis heute nicht ergänzt wurde.

Das institutionelle Setting der Wettbewerbsbehörden setzt sich aus einer Wettbewerbskommission sowie einem speziellen Wettbewerbsgericht zusammen. Während die Wettbewerbskommission zuständig ist für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, indem sie im Wesentlichen selbständig Untersuchungen führt und nötigenfalls beim Wettbewerbsgericht Antrag auf Erlass von Sanktionen stellt, kommt dem Wettbewerbsgericht die Aufgabe zu, Sanktionen zu erlassen. Das Gericht kann in einem gewissen Umfang auch private wettbewerbsrechtliche Klagen entscheiden. Seine Urteile fällt das Gericht nach der Durchführung von Gerichtsverfahren, in denen die Wettbewerbskommission die Anklage vertritt und die beschuldigten Unternehmen sich verfahrensrechtlich gleichgestellt verteidigen können.

Das Common Law, welches immer nachhaltig auf faire Prozessabläufe und «gleich lange Spiesse» der beteiligten Parteien setzt, führt auch hier dazu, dass sich die Wettbewerbsbehörde als Anklägerin und die betroffenen Gesellschaften als Beschuldigte vor einem neutralen Richter treffen, welcher aufgrund der vorgelegten Beweise unabhängig und unbelastet urteilt. Dieses System hat in Bezug auf Fairness und Offenheit wesentliche Vorteile gegenüber dem heute in der Schweiz (und anderswo) praktizierten administrativen System.

Mit einer solchen Lösung könnte auch die mitunter gehörte Kritik angegangen werden, dass im Rahmen des Kompetenzaufbaus und der Branchenaufteilung im Sekretariat der WEKO mitunter immer wieder die gleichen Mitarbeiter gegen die gleichen Unternehmen die Untersuchung führen. Bedenkt man den Einfluss dieser Mitarbeiter auf den Entscheidungsprozess der Kommission, könnte auch diesbezüglich von einem Anschein einer gewissen Voreingenommenheit gesprochen werden. Ein Mitarbeiter, welcher bereits andere Untersuchungen gegen eine Unternehmung geführt und die entsprechenden Entscheide redigiert hat, riskiert zumindest den Anschein, als sei er durch seine frühere Tätigkeit vorbelastet. Bis heute gibt es für solche Situationen kein Rotationssystem unter den Sekretariatsmitarbeitern. Mit der Einführung eines Wettbewerbsgerichts wäre auch dieses Problem gelöst.

In Hongkong urteilen im Wettbewerbsgericht jeweils Einzelrichter. Wie von Beginn weg befürchtet, hat sich gezeigt, dass dieses Setting insoweit unbefriedigend ist, als Juristen nur über beschränkte Kenntnisse ökonomischer Analysen verfügen, in den Prozessen aber von den Parteien mitunter mit umfassenden wissenschaftlichen Expertisen über die ökonomische Bedeutung der entsprechenden Praktiken eingedeckt werden. Ohne entsprechende ökonomo-

mische Kompetenz im Gericht droht auch im Hongkonger Modell, dass das Gericht seine umfassende Kognition nicht vollumfänglich ausschöpfen kann. Dieser Gefahr könnte abgeholfen werden, indem ein entsprechendes Wettbewerbsgericht in der Schweiz nicht mit einem, sondern mit drei Richtern bestückt würde, von denen einer *zwingend Ökonom* sein müsste.

Indem man das neue Wettbewerbsgerichts nicht nur für Anträge der untersuchenden Wettbewerbskommission, sondern auch für private, wettbewerbsrechtliche Klagen zuständig erklären würde, könnte allenfalls auch eine elegante Lösung für die seit längerem angedachte Attraktivitätssteigerung des «private enforcement» gefunden werden²².

V. Schlussbemerkung

Die Frage, ob in der Schweiz das bisherige administrative Verfahren vor der Wettbewerbskommission durch ein gerichtliches Verfahren vor einem Bundeswettbewerbsgericht abgelöst werden soll, stand 2012 im Zentrum der institutionellen Reform; sie ist bis heute nicht geklärt. Wie gezeigt wurde, kann die Frage losgelöst von angeführten Begründungen bezüglich Art. 6 Abs. 1 EMRK beantwortet werden. Ob dabei auf eine Verbesserung des bisherigen administrativen Modells oder auf ein prozessrechtlich sicher faireres Gerichtsverfahren gesetzt werden soll, ist letztlich politisch zu entscheiden. Wichtig erscheint vorab, dass etwas in Bezug auf die institutionelle Verbesserung des bisherigen Modells unternommen wird. Die Thematik der institutionellen Reform der schweizerischen Wettbewerbsbehörde verdient es nicht, weiterhin auf die lange Bank geschoben zu werden.

Literaturverzeichnis

Bauchenbacher Carl, Kartellgesetz – Will man uns für dumm verkaufen, in: HandelsZeitung, 8. März 2012.

Baudenbacher Carl, Institutionelles Setting, vertikale Abreden, Sanktionierung von Einzelpersonen, zivilrechtliches Verfahren, Strukturberichterstattung Nr. 44/3, Staatssekretariat für Wirtschaft, Bern 2009 abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de#sprungmarke0_41>. (zit. Baudenbacher, Institutionelles Setting).

Heinemann Andreas, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation des Kartellgesetzes, Studie für das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), 2018.

²² Andreas Heinemann, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation des Kartellgesetzes, Studie für das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), 2018.

- Hirsbrunner Simon/Werner Jens, Überholt das schweizerische Kartellrecht das EU-Vorbild?, Jusletter, 21. September 2010.
- Kellerhals Andreas, Soll die Wettbewerbskommission abgeschafft werden?, in: Zäch Roger/Weber Rolf/Heinemann Andreas, Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012.
- Tercier Pierre/von Büren Roland/Stoffel Walter, Für eine ernsthafte Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, NZZ vom 16. November 2010, <www.nzz.ch/fuer_eine_ernsthafte_durchsetzung_des_wettbewerbsrechts-1.8393682>.
- Wildhaber Luzius, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafrecht, Jusletter, 4. Juli 2011.

Verschärfung der Wettbewerbsregulierung durch Gerichts- und Behördenpraxis

Daniel Emch und Laura Müller

Inhaltsübersicht

I.	Effektbasierter Ansatz des Gesetzgebers	79
1.	Grundsatz	79
2.	Bei den Wettbewerbsabreden	80
3.	Bei der Missbrauchskontrolle	82
II.	Verschärfung der Rechtslage durch Entscheide zu Art. 5 KG	83
1.	Gaba-Urteil	83
2.	Pfizer-Urteil	85
III.	Verschärfung der Rechtslage durch Entscheide zu Art. 7 KG	87
1.	SIX DCC	87
2.	Vorsorgliche Massnahmen WEKO FTTH: Ausweitung des Geltungsbereichs des KG	89
IV.	Schluss	90
	Literaturverzeichnis	91

I. Effektbasierter Ansatz des Gesetzgebers

I. Grundsatz

Schutzobjekt des Kartellgesetzes 95¹ ist der wirksame Wettbewerb. Es war die Absicht des Gesetzgebers, einen wirkungsorientierten Ansatz umzusetzen, welcher die Funktionsweise der Marktprozesse schützt. Praktischer Massstab für die Frage, ob im Einzelfall eingegriffen werden soll, bildete die Frage, «ob im konkreten Fall die zentralen Funktionen des Wettbewerbs (Allokation, Anpassung und Innovation) beeinträchtigt werden».² So erachtete es der Gesetzgeber im Einklang mit der Bundesverfassung für die Vornahme einer staatlichen Intervention als massgebend, «ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251).

² Schlupe, 808.

die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt [wird], ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig³.» Es sollte deshalb nicht jede erdenkliche Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erklärt werden.

Entsprechend sollte das Kartellgesetz in seiner ursprünglichen Konzeption auch nicht in eine eigentliche Regulierung des Wettbewerbs münden. Vielmehr waren nur dort, wo die Funktionen des Wettbewerbs spürbar beeinträchtigt werden, punktuelle Eingriffe vorgesehen.

Der vorliegende Beitrag zeigt anhand von exemplarischen Beispielen auf, dass die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers durch eine stetige Verschärfung der Gerichts- und Behördenpraxis unterlaufen worden ist. Diese Entwicklung, welche für die fünfundzwanzigjährige Geschichte unseres Kartellgesetzes prägend war, ist zu bedauern.

2. Bei den Wettbewerbsabreden

Bei den Wettbewerbsabreden sollten die *«ohne weitere materielle Prüfung zulässig[en]»*⁴ unerheblichen von den *nur nach besonderer Rechtfertigung zulässigen erheblichen* Wettbewerbsbeeinträchtigungen unterschieden werden.⁵ In Art. 5 Abs. 1 KG wurde daher vorgesehen, dass Abreden nur dann unzulässig sind, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich* beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Unerhebliche Abreden sollten dementsprechend immer zulässig sein, ohne dass hierfür eine Effizienzrechtfertigung erforderlich wäre.

Wie der Begriff der Erheblichkeit zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht. Zur Definition des Erheblichkeitsbegriffs wurde in der Botschaft zum KG 95 auf die bis dahin geltende Praxis unter dem KG 85⁶, wo das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit ebenfalls bereits verwendet wurde, verwiesen.⁷ Zwar unterscheidet sich das KG 95 deutlich vom KG 85, da mit dem Erlass ein eigentlicher Paradigmenwechsel vollzogen wurde, welcher den wirksamen Wettbewerb zum ersten Mal als direktes und unmittelbares Schutzobjekt anerkannte. Dennoch lässt der Verweis der Botschaft auf

³ Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995, 555.

⁴ BBl 1995, 554 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵ BBl 1995, 554 f.; Schlupe, 805.

⁶ Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1985 (Kartellgesetz, KG, SR 251), aufgehoben am 1. Februar 1996.

⁷ BBl 1995, 554.

die alte Praxis erkennen, dass mit Erheblichkeit ein wirkungsorientiertes Kriterium gemeint war. Gemäss der damaligen bundesgerichtlichen Rechtsprechung war eine Behinderung der wirtschaftlichen Betätigung nämlich dann erheblich, wenn sie eine «gewisse Intensität» aufwies und «vom Betroffenen auch als solche empfunden [wurde], weil sie seine Handlungsfreiheit unmittelbar oder mittelbar beeinflusst[e], ihn insbesondere [zwang], auszuweichen oder Gegenmassnahmen zu ergreifen».⁸ Entscheidend war für das Bundesgericht somit nicht die Form, sondern vielmehr die Wirkung der Wettbewerbsbehinderung.

Ferner ergibt sich aus dem Willen des Gesetzgebers auch keine Erheblichkeitsfiktion in gewissen Absprachekonstellationen. In Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG werden jene Tatbestände geregelt, bei deren Vorliegen die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet wird. In der Botschaft zum KG 95 wird zwar ausgeführt, dass nach Widerlegung der Vermutung die Wettbewerbsabrede darauf hin zu überprüfen ist, ob sie eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung verursacht und dies «[i]n der Regel» der Fall sein dürfte.⁹ Daraus ist allerdings zu schliessen, dass das Vorliegen eines Vermutungstatbestandes eben gerade nicht automatisch die Erheblichkeit der Abrede zu Folge hat, sondern vielmehr eine Überprüfung der Wesentlichkeit in jedem Einzelfall vorzunehmen ist.¹⁰ Im sogenannten Fall Sammelrevers hat das Bundesgericht folgerichtig festgehalten, dass eine Aufhebung des Preiswettbewerbs, bei welcher die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung wirksam widerlegt wurde, «in aller Regel (mindestens) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft»¹¹. Das Bundesgericht liess folglich die blosser Vermutungswiderlegung nicht genügen, um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG anzunehmen, sondern stellte vielmehr zusätzlich auf das Bestehen eines *wesentlichen Marktanteils* ab.

Das Kartellgesetz wurde dann 2003 mit dem vordergründigen Ziel, direkte Sanktionen für besonders schädliche kartellrechtliche Verstösse einzuführen, teilrevidiert.¹² Der Bundesrat führte in diesem Zusammenhang in der Botschaft aus, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabreden dann nicht sanktioniert werden können, wenn sie «den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheb-

⁸ BGE 112 II 268 E. I/2b S. 276.

⁹ BBl 1995, 565 f.

¹⁰ Vgl. auch Emch/Gottret, 376.

¹¹ BGE 129 II 18 E. 5.2.2 S. 25.

¹² Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002, 2023.

lich beeinträchtigen»¹³. Aus dieser Aussage ist zu folgern, dass es durchaus Konstellationen gibt, in welchen eine Abrede den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zwar erfüllt, diese aber dennoch nicht erheblich ist. Zu beachten ist ferner, dass mit Blick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot die nach Art. 49a KG sanktionierbaren Verhaltensweisen nur dann unter Strafe gestellt werden dürfen, wenn sie eindeutig den gesetzlichen Tatbeständen entsprechen.¹⁴ Diesem Anliegen nach Rechtssicherheit werde mit dem neuen Art. 49a KG Rechnung getragen, indem «nicht die umstrittenen vertikalen Wettbewerbsabsprachen, sondern nur die krassesten Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen» erfasst würden und für die Unternehmen «vor einer Beteiligung an einer derartigen Wettbewerbsbeschränkung die Tragweite eines solchen Verhaltens ohne weiteres erkennbar» sei.¹⁵ Folglich sind die Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG «begrifflich möglichst genau einzugrenzen» und insbesondere von der WEKO eine «präzise, tendenziell eher enge, jedenfalls nicht dehnende Auslegung» vorzunehmen.¹⁶ Im Ergebnis wurde somit auch mit der Revision des Kartellgesetzes nicht am Konzept des Erheblichkeitsbegriffs gerüttelt.

3. Bei der Missbrauchskontrolle

Dass der Gesetzgeber mit Erlass des KG 95 einen wirkungsorientierten Ansatz verfolgte, lässt sich ferner bei der Missbrauchskontrolle gemäss Art. 7 KG beobachten. So hält der Bundesrat in der Botschaft zum KG 95 fest, «dass es nicht Sinn der Wettbewerbspolitik sein kann, den Einsatz von Marktmacht zu verbieten. [...] Bemühungen, die Marktanteile zu halten oder zu vergrössern, können daher nicht an sich unzulässig sein»¹⁷. Vielmehr ist auch beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Nachweis der Wettbewerbsbeeinträchtigung erforderlich. So bedarf es entweder einer Wettbewerbschwächung, welche dadurch entsteht, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Handlungsmöglichkeiten der Konkurrenten oder der Handelspartner in missbräuchlicher Weise verringert (Behinderungsmissbrauch), oder einer wettbewerbswidrigen Benachteiligung der Verbraucher (Ausbeutungsmissbrauch).¹⁸

¹³ BBl 2002, 2037.

¹⁴ Baldi, Zweimal hü und zweimal hott, 317; vgl. zum strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter kartellrechtlicher Sanktionen BGE 139 I 72 E. 2 S. 78 ff.

¹⁵ BBl 2002, 2041.

¹⁶ Baldi, Zweimal hü und zweimal hott, 317; vgl. auch Baldi, Nach dem GABA-Urteil, 620.

¹⁷ BBl 1995, 569.

¹⁸ BBl 1995, 569.

Während der Gesetzgeber mithin nur jene Verhaltensweisen untersagen wollte, welche sich spürbar auf den Wettbewerb auswirkten, lässt sich in der jüngeren Rechtsprechung und dem Vorgehen der Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit den Art. 5 und 7 KG vermehrt die Tendenz weg von einem solchen effektbasierten Ansatz hin zu einer «Per-se-Wettbewerbsregulierung» beobachten.

II. Verschärfung der Rechtslage durch Entscheide zu Art. 5 KG

i. Gaba-Urteil

Im sogenannten Gaba-Urteil¹⁹ hatte sich das Bundesgericht im Zusammenhang mit der angeblichen Unterbindung von Parallelimporten von Zahnpasta der Marke Elmex in die Schweiz mit der Auslegung und dem Inhalt des Begriffs der «Erheblichkeit» gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu befassen. Das Bundesgericht hält darin fest, Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG würden grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen. Dabei genüge es, dass Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen könnten.²⁰ Wo die Bestimmung der Erheblichkeit nach qualitativen Kriterien, welche sich bereits aus dem Gesetzestext ergeben, möglich sei, seien diese – etwa aus der Überlegung der Entlastung der Verwaltung – gegenüber von quantitativen Kriterien über die Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen zu bevorzugen.²¹ Selbst wenn somit die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt wird, ist nach dieser Rechtsprechung unabhängig vom Effekt der Abrede bereits aufgrund deren Gegenstands per se von einer erheblichen Abrede auszugehen.

Genau diese Auslegungsweise widerspricht jedoch dem hiervor²² aufgezeigten Willen des Gesetzgebers, der gerade nicht von einer Per-se-Erheblichkeit, sondern von einer Überprüfung der Auswirkungen im Einzelfall ausging.²³ Auch wird dadurch ohne weitere Begründung von der früheren Rechtspre-

¹⁹ BGE 143 II 297 ff, RPW 2017/2, 344 ff.; Beschwerdeführerin im vorliegenden Urteil war die Colgate-Palmolive Europe Sàrl, Rechtsnachfolgerin der Gaba International AG.

²⁰ BGE 143 II 297 E. 5.1-5.3 S. 313 ff. und E. 5.6 S. 325.

²¹ BGE 143 II 297 E. 5.2.1 f. S. 315 f.

²² Siehe oben, I.

²³ Vgl. auch Birkhäuser/Reinert, 125 ff.; Jacobs, 231 f.; a.M. KG-Kommentar-Zirlick/Bangerter, Art. 5, N 194.

chung etwa im Fall Sammelrevers abgewichen. Ferner übersieht das Bundesgericht im Gaba-Urteil, dass ein Per-se-Verbot gewisser Abredetypen in der letzten, gescheiterten KG-Revision verworfen wurde.²⁴

Zwar weist das Bundesgericht darauf hin, dass die strittige Abrede nicht bereits mit der Feststellung der Erheblichkeit unzulässig sei, sondern erst dann, wenn sie sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen liesse. Eine Einzelfallbeurteilung werde mithin nicht verunmöglicht.²⁵ Die Effizienzrechtfertigung ist für die betroffenen Unternehmen jedoch mit hohen Risiken verbunden. Sie müssen darlegen, dass die «erhebliche» Abrede für die Erreichung der Effizienzziele erforderlich war und dass das verfolgte Effizienzziel nicht mit einem milderen Mittel hätte erreicht werden können. Dieser Nachweis ist mit vielen Unsicherheiten und entsprechend mit Sanktionsrisiken verbunden. Im Zweifelsfall werden die Unternehmen auf Nummer sicher gehen und auf die Effizienzvorteile einer potenziell sanktionierbaren Abrede verzichten.²⁶

Das Gaba-Urteil enthält weiter eine unerwartet starke Distanzierung vom Grundsatz, dass Verhaltensweisen, welche in der EU zulässig sind, auch nach CH-Kartellrecht erlaubt sein sollen.²⁷ Das Bundesgericht hält im Entscheid zwar noch fest, dass der Gesetzgeber in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG eine mit dem EU-Recht «*materiell identische Regelung*» habe schaffen wollen.²⁸ Es kommt aber überraschenderweise zum Schluss, dass die Technologietransfer-GVO²⁹ für die Schweiz nicht massgebend sei, da das EU-Kartellrecht in der Schweiz nicht gelte. Entsprechend sei der Umstand, dass gemäss EU-Recht bei Technologietransferverträgen der Passivverkauf ausserhalb des Vertragsgebietes untersagt werden könne, kein Hindernis, Art. 5 Abs. 4 KG und die daraus resultierende Sanktionsfolge auf solche Verträge anzuwenden.³⁰ Dies führt im Ergebnis dazu, dass, selbst wenn im Rahmen der Redaktion von Vertriebsverträgen die einschlägigen EU-Gruppenfreistellungsverordnungen be-

²⁴ Geschäft des Bundesrates (12.028): Kartellgesetz. Änderung; vgl. zum geplanten Per-se-Verbot die Botschaft des Bundesrates vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3926 ff.; vgl. auch Zimmerli, Rz. 21.

²⁵ BGE 143 II 297 E. 5.3.1 f. S. 319.

²⁶ Vgl. zur Schwierigkeit der Effizienzrechtfertigung von Kernbeschränkungen auch Diebold/Schäke, 236 f., 243; a.M. Heinemann, 108 f.

²⁷ Vgl. dazu Sturny, 138 ff.

²⁸ BGE 143 II 297 E. 6.2.3 S. 327 (Hervorhebung im Original).

²⁹ Verordnung (EG) 2004/772 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen.

³⁰ BGE 143 II 297 E. 6.4.4 S. 333 f.

rücksichtigt werden, die Kompatibilität mit dem schweizerischen Kartellrecht nicht gewährleistet ist.³¹ Auch in dieser Rechtsprechungslinie ist eine unseres Erachtens sachlich nicht begründbare Verschärfung der Schweizer Wettbewerbs- und Vertriebsregulierung zu sehen. Wünschenswert wäre – vor allem mit Blick auf die Rechtssicherheit – vielmehr, dass sich die Unternehmen darauf verlassen können, dass in der EU zulässige Verhaltensweisen auch in der Schweiz als solche behandelt werden.³²

2. Pfizer-Urteil

Im Urteil vom 4. Februar 2021³³ betreffend Hors-Liste-Medikamente hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, ob es sich bei den unverbindlichen Preisempfehlungen von Pfizer zum Medikament Viagra um eine unzulässige Wettbewerbsabrede i. S. von Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 KG handle. Das Bundesgericht bestätigte die Ansicht der WEKO, wonach eine abgestimmte Verhaltensweise und damit eine als unzulässig zu qualifizierende vertikale Wettbewerbsabrede vorliege.

Das Bundesgericht konzentrierte sich auf die Qualifikation der unverbindlichen Preisempfehlung als abgestimmte Verhaltensweise und damit als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Es prüfte dabei die vier Kriterien der Abstimmung, des daraus folgenden Marktverhaltens, der Kausalität und der Wettbewerbsbeschränkung.³⁴ Es führte aus, bei der abgestimmten Verhaltensweise handle es sich «nicht um eine rechtlich fixierte, sondern lediglich um eine *tatsächliche Zusammenarbeit* der Unternehmen mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden, zu verringern».³⁵ Dabei genüge eine «minimale Kommunikation»; in Betracht komme mithin «nicht nur ein bi- oder multilateraler Informationsaustausch, sondern auch einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen». Ein gemeinsamer Plan sei nicht notwendig.³⁶ Damit ein solches korrespondierendes Marktverhalten der Unternehmen angenommen werden könne, sei ein Befolungsgrad der Preisempfehlung von mindestens 50 Prozent erforderlich.³⁷ In Bezug auf das Kri-

³¹ Zum Ganzen: Zimmerli, Rz. 18 und 20.

³² Emch/Gottret, 380.

³³ Urteil des Bundesgerichts 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021.

³⁴ BGer 2C_149/2018 E. 5.1.3.

³⁵ BGer 2C_149/2018 E. 3.4.1 (Hervorhebung im Original).

³⁶ BGer 2C_149/2018 E. 3.4.2.3.

³⁷ BGer 2C_149/2018 E. 5.3.5.

terium der Kausalität brachte das Bundesgericht zwei Beweiserleichterungen zur Anwendung: Zum einen gelte bei nachgewiesener Abstimmung die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt hätten. Zum andern indiziere ein Gleichverhalten eine abgestimmte Verhaltensweise.³⁸ Nicht massgebend sei die Bezeichnung der Preisempfehlung als «unverbindlich» oder als «für das Publikum bestimmt». Ebenfalls nicht entscheidend sei die Frage, ob Anstalten gemacht wurden, die Preisempfehlung zu koordinieren. Entscheidend sei einzig das Verhalten von Pfizer als Herstellerin zusammen mit den Verkaufsstellen und ob dieses den Tatbestand der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG erfülle, ob also im konkreten Fall eine Abstimmung und ein entsprechendes Marktverhalten vorliege.³⁹ Diese Aussagen mögen für Verhaltensabstimmungen unter Konkurrenten passend sein. Die vom Bundesgericht herangezogenen Kriterien wurden jedoch für horizontale und nicht für vertikale Verhaltensabstimmungen entwickelt. In vertikalen Vertriebssystemen liegt es in der Natur der Sache, dass der Hersteller mit den nachgelagerten Vertragspartnern über die möglichst optimale Positionierung seines Produkts kommuniziert. Die Vorstellung, dass bereits eine einseitige Kommunikation in vertikalen Vertriebsketten die Voraussetzung von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen soll, ist überschüssend streng.

Da das Bundesgericht die Qualifikation der unverbindlichen Preisempfehlung als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bejahte, hatte es die Zulässigkeit der Preisempfehlung im Rahmen von Art. 5 KG zu prüfen.⁴⁰ Dabei unterschied es zwischen Festpreisen, bei denen die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG – wie im Gaba-Urteil entschieden – vermutet wird, und Höchstpreisen, welche nicht allein aus qualitativen Elementen erheblich seien.⁴¹ Es hielt fest, dass aufgrund der hohen Befolgsrate der Preisempfehlung für einzelne Medikamentenpackungen davon auszugehen sei, dass es sich bei der vorliegenden Preisabrede um eine Festpreisabrede und nicht um eine Höchstpreisabrede handle.⁴² Im Gegensatz

³⁸ BGer 2C_149/2018 E. 3.4.4.

³⁹ BGer 2C_149/2018 E. 5.6.

⁴⁰ BGer 2C_149/2018 E. 6 f.

⁴¹ BGer 2C_149/2018 E. 6.2.

⁴² BGer 2C_149/2018 E. 6.4.5.

zum Recht der EU⁴³ kenne Art. 5 Abs. 4 KG keine Vorschrift, wonach bei einer Preisempfehlung nur dann von einer Festpreisabrede gesprochen werden könne, wenn der Hersteller Druck ausgeübt oder Anreize geschaffen habe.⁴⁴

Die Entscheidung, unverbindliche Preisempfehlungen als vermutungsweise unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren, kombiniert mit der Rechtsprechung im Fall Gaba⁴⁵, führt im Ergebnis dazu, dass diese faktisch verboten werden. Dadurch wird der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise ungerechtfertigt überdehnt und auf vertikale gleichermaßen wie auf horizontale Abreden angewandt. Indem sich das Bundesgericht zudem vom Erfordernis der Druckausübung oder Anreizsetzung bei unzulässigen Preisempfehlungen und somit von der EU-Rechtsprechung abwendet, verschärft es die Wettbewerbsregulierung in der Schweiz im Vergleich zur EU. Dies obwohl aus Gründen der Rechtssicherheit und der Reduzierung von Transaktions- und Compliance-Kosten ein EU-kompatibles Urteil begrüssenswert gewesen wäre.⁴⁶

III. Verschärfung der Rechtslage durch Entscheide zu Art. 7 KG

I. SIX DCC

Mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018⁴⁷ bestätigte dieses eine Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission gegen die SIX Group. Inhaltlich ging es um die Frage, ob SIX durch die Nichtherausgabe von Schnittstelleninformationen für Kartenterminals gegen verschiedene Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG verstossen hatte. Die Schnittstelleninformationen betrafen die Dynamic-Currency-Conversion-Funktion (DCC). Mit DCC kann der Inhaber einer ausländischen Kredit- oder Debitkarte am Terminal des Händlers wählen, ob er den Betrag in der Lokalwährung oder in seiner Heimwährung bezahlen möchte. Die Nutzung der DCC-Funktion ist für den Händler und den Acquirer mit zusätzlichen Erträgen aus der Währungswechsellieferleistung verbunden. Ein Terminalhersteller erhob Anzeige gegen SIX, weil ihm die Schnittstelleninformationen angeblich zu Unrecht verweigert worden seien. Die Wettbewerbskommission verurteilte SIX. Auf entsprechende Be-

⁴³ Art. 4 lit. a der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

⁴⁴ BGer 2C_149/2018 E. 6.4.6.

⁴⁵ Siehe oben, II.1.

⁴⁶ Giger, 862 f.

⁴⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-831/2011 vom 18. Dezember 2018.

schwerde hin nutzte das Bundesverwaltungsgericht die Gelegenheit und verschärfte die bisherige Praxis zum Marktbeherrschungsmissbrauch in mannigfaltiger Weise. Nachfolgend werden nur einzelne Rechtsprechungslinien hervorgehoben:

- Gemäss der bisherigen Rechtsprechung wurde ein Marktanteil von mehr als 50 Prozent bloss als ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung verstanden. Neu soll ab dieser Schwelle eine Vermutung für Marktbeherrschung gelten.⁴⁸
- Wird ein Spezialtatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt, bedarf es gemäss Bundesverwaltungsgericht keiner ökonomischen Analyse mehr, ob das Verhalten tatsächlich zu einer Schädigung des Wettbewerbs geführt hat.⁴⁹
- Weiter kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass bei der Prüfung von Marktmachtmissbräuchen keine Erheblichkeit der Wettbewerbsverfälschung erforderlich sei. Der Wettbewerb sei bereits durch das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung gestört, sodass bereits eine geringe weitere nachteilige Einwirkung vonseiten des marktbeherrschenden Unternehmens ausreichend sei. Entsprechend kenne Art. 7 KG kein Erheblichkeitsmerkmal im Sinne einer Geringfügigkeitschwelle.⁵⁰ Diese Auffassung widerspricht unseres Erachtens diametral dem eingangs geschilderten Willen des Gesetzgebers.
- Schliesslich stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass keine tatsächlichen Auswirkungen bzw. keine Wettbewerbsverfälschung nachgewiesen werden müssen. Es gelangte zum Schluss, dass Art. 7 KG im Sinne eines Gefährdungstatbestandes zu verstehen sei.⁵¹
- Auch der Koppelungstatbestand (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG) wurde durch dieses Urteil ausgeweitet. Auch hier braucht es gemäss dem Urteil keine Schädigungstheorie,⁵² es bedarf keiner Absicht bzw. keines subjektiven Tatbestandes,⁵³ das Wort «Bedingung» im Koppelungstatbestand ist weit zu verstehen,⁵⁴ es braucht keiner quantitativ bestimmbarer Auswirkungen auf den Wettbewerb, damit eine Koppelung unzulässig ist.⁵⁵

⁴⁸ BVGer B-831/2011 E. 442 S. 160.

⁴⁹ BVGer B-831/2011 E. 1207 S. 370.

⁵⁰ BVGer B-831/2011 E. 1140 S. 349 f.; E. 1144 S. 350.

⁵¹ BVGer B-831/2011 E. 1209 S. 370.

⁵² BVGer B-831/2011 E. 1270 S. 389.

⁵³ BVGer B-831/2011 E. 1276 S. 392.

⁵⁴ BVGer B-831/2011 E. 1282 ff. S. 394 ff.

⁵⁵ BVGer B-831/2011 E. 1387 S. 423.

Damit hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Missbrauchsaufsicht das Tatbestandsmerkmal der Schädlichkeit des Missbrauchs bzw. das Erfordernis, dass quantitative Auswirkungenüberlegungen gemacht werden müssen, aus der Welt geschaffen. Ähnlich wie bei den Vermutungstatbeständen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG genügt eine rein formale Betrachtung, um ein Verhalten zu verbieten und eine empfindliche Sanktion auszusprechen.

2. Vorsorgliche Massnahmen WEKO FTTH: Ausweitung des Geltungsbereichs des KG

Eine weitere Entwicklung, die sich in den letzten Jahren beobachten liess, ist die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes. Diese Entwicklung soll anhand der kürzlich ergangenen vorsorglichen Massnahmen gegen die Swisscom im Zusammenhang mit der Erschliessung des FTTH-Netzes in Randgebieten aufgezeigt werden.

Mitte Dezember 2020 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen die Swisscom. Gegenstand dieser Untersuchung bildet das Vorhaben der Swisscom, ihr Glasfasernetz weiter auszubauen und auch in Randgebieten zugänglich zu machen. Um dieses Vorhaben umzusetzen, plane die Swisscom in Gebieten, welche sie alleine ausbaue, die Bauweise der Netze so zu verändern, dass Wettbewerber keinen direkten Zugang mehr zur Netzwerkinfrastruktur erhalten würden. Die WEKO erblickte darin die Gefahr eines Marktausschlusses von Konkurrenten. Sie erliess daher vorsorgliche Massnahmen, welche es der Swisscom verbieten, Wettbewerbern beim Ausbau des Glasfasernetzes den Zugang zu durchgehenden Leitungen zu verweigern.⁵⁶

Unseres Erachtens verletzt die WEKO mit dieser Vorgehensweise den ausdrücklichen Willen des Fernmeldegesetzgebers: Im Rahmen der jüngsten, am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Revision des Fernmeldegesetzes⁵⁷ lehnte der Gesetzgeber nämlich nach intensiven, teilweise kontrovers geführten Diskussionen die vom Bundesrat in der Botschaft⁵⁸ vorgeschlagene Einführung einer technologieneutralen Zugangsregulierung⁵⁹ ab. Er verwarf damit insbesondere die Ausweitung des fernmelderechtlichen Zugangsregimes auf neu gebaute bzw. zu bauende Glasfasernetze. Dem Gesetzgebungsprozess sowie den Voten im Rahmen der parlamentarischen Beratungen kann entnommen

⁵⁶ Zum Ganzen: Medienmitteilung der WEKO vom 17. Dezember 2020, S. 1.

⁵⁷ Vgl. Änderungen vom 22. März 2019 (BBl 2019, 2619 ff.).

⁵⁸ Botschaft des Bundesrates vom 6. September 2017 zur Revision des Fernmeldegesetzes, BBl 2017, 6559 ff.

⁵⁹ Vgl. Art. 11c E-FMG «Technologieneutraler Zugang zum Teilnehmeranschluss» (BBl 2017, 6707).

werden, dass die Mehrheit im National- und Ständerat durch einen bewussten Verzicht auf die Ausweitung der Netzregulierung auf neue Glasfasernetze die Investitionstätigkeit in Randregionen nicht gefährden wollte.⁶⁰ Der Gesetzgeber hat mit anderen Worten die Ausweitung der Netzzugangsbestimmungen auf neu gebaute Glasfasernetze explizit und unter Hinweis auf die Schaffung investitionsfreundlicher Rahmenbedingungen sowie Anreize für den Hochbreitbandausbau auch in peripheren/ländlichen Regionen verneint. Dieser gesetzgeberische Wertungsentscheid ist unseres Erachtens auch für die WEKO verbindlich (Grundsatz der Gewaltenteilung).⁶¹ Indem nun die WEKO eine Untersuchung gegen die Swisscom eröffnete und vorsorgliche Massnahmen gegen sie erliess, beansprucht sie eine Entscheidungskompetenz für sich, die ihr gemäss explizitem gesetzgeberischem Willen nicht zustünde.

IV. Schluss

Während der Gesetzgeber beim Erlass des Kartellgesetzes einen wirkungsorientierten Ansatz verfolgte, verlor die Gerichts- und Behördenpraxis diesen Ansatz in den vergangenen 25 Jahren zunehmend aus den Augen. Dies äussert sich in diversen Formen: So sind Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG per se bereits aufgrund deren Qualifikation als solche erheblich, unabhängig davon, ob diese nun in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen oder nicht. Unverbindliche Preisempfehlungen werden durch deren Qualifikation als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und damit als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG faktisch verboten. Auch wird bei der Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen von Art. 7 KG auf das Tatbestandmerkmal der Schädlichkeit des Missbrauchs bzw. eine Analyse der ökonomischen Auswirkungen der Verhaltensweise verzichtet. Ferner lässt sich in der Tendenz eine Ausweitung des Anwendungsbereiches des Kartellgesetzes entgegen dem gesetzgeberischen Willen beobachten.

⁶⁰ Vgl. etwa Medienmitteilung der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrates (KVF-N) vom 28. August 2018; Votum Michael Töngi, Nationalrat, 27. September 2018 (AB 2018 N 1693); Votum Werner Hösli, Ständerat, 27. November 2018 (AB 2018 S 827).

⁶¹ Dass die gesetzgeberischen Grundsatzentscheide nicht durch Auslegung (inkl. Lückenfüllung) oder ein extensives Verständnis der Interventionsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden übergangen werden dürfen, hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung regelmässig hervorgehoben und entsprechenden Regulierungsbestrebungen aus grundsätzlichen rechtsstaatlichen Überlegungen sowie mit Blick auf die Gewaltenteilung stets eine klare Absage erteilt (vgl. BGE 131 II 13; BGE 132 II 47 -; Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001).

Im Ergebnis werden somit Verhaltensweisen einzig aufgrund deren qualitativen Kategorisierung sanktioniert, ohne deren quantitative Wirkung im Einzelfall zu berücksichtigen. Die in diesem Zusammenhang genannte Möglichkeit, auf Rechtfertigungsgründe zurückzugreifen, bietet den Unternehmen dabei nur einen schwachen Trost und darf nicht als Argument dafür vorgeschoben werden, vom gesetzgeberischen Willen im Grundtatbestand abzuweichen. Die in den vergangenen 25 Jahren erfolgte, stetige Verschärfung der Praxis entspricht unseres Erachtens daher nicht dem Willen des Gesetzgebers.

Literaturverzeichnis

- Baldi Marino, Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden, AJP 2017, 613 ff. (zit. Baldi, Nach dem GABA-Urteil).
- Baldi Marino, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315 ff. (zit. Baldi, Zweimal hü und zweimal hott).
- Birkhäuser Nicolas/Reinert Mani, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung, ZSR 2018, 121 ff.
- Diebold Nicolas F./Schäke Cyrill, Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung, recht 2018, 228 ff.
- Emch Daniel/Gottret Anna, Grundsätzliche Erheblichkeit – Kritische Würdigung und mögliche Korrekture, *sui-generis* 2018, 374 ff.
- Giger Gion, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, Sic! 2010, 859 ff.
- Heinemann Andreas, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2017, 101 ff.
- Jacobs Reto, Entwicklungen im Kartellrecht/Le point sur le droit des cartels, SJZ 110/2014, 229 ff.
- Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), in: Zäch Roger et al., Zürich/St. Gallen 2018 (zit. KG-Kommentar-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Schluemp Walter R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795 ff.
- Sturny Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Bern 2014.
- Zimmerli Daniel, «Gaba»-Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016, dRSK, publiziert am 31. Mai 2017.

L'évolution de la loi suisse sur les cartels : entre intégration au marché européen et réglementation des marchés

Pranvera Këllezi*

Contenu

I. Le contexte	93
II. La prééminence des sanctions et la recherche de l'effet dissuasif	96
III. Un formalisme et un interventionnisme croissants	99
1. Les accords verticaux	100
2. Le contrôle des abus de position dominante	103
3. L'application extraterritoriale	107
IV. Quel bilan après 25 ans de mise en œuvre ?	108

I. Le contexte

La loi suisse sur les cartels vise expressément à promouvoir « la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral ». ¹ Lors de son adoption, la loi faisait partie d'un « vaste programme de régénération de l'économie de marché en Suisse ». ² Cette courte contribution, vingt-cinq

* Docteure en droit, LL.M. Collège d'Europe (Bruges), avocate au barreau de Genève, membre de la Commission fédérale de la concurrence, chargé de cours en droit de l'UE à la HE Arc, Neuchâtel. L'auteure exprime dans la présente contribution son opinion personnelle, qui n'engage d'aucune manière l'autorité dont elle est membre.

¹ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart ; RS 251).

² Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1994 472 : « La "globalisation de l'économie" a fortement intensifié, en matière de lieux d'implantation, la concurrence entre les économies nationales. Dans ce contexte, la mobilité accrue des facteurs de production contraint les législateurs nationaux de tous les pays à accorder plus d'attention aux conditions-cadres de leurs économies respectives, avec l'objectif de mieux donner aux forces du marché la possibilité de s'exprimer. Cette évolution a conduit le Conseil fédéral à mettre sur pied un vaste programme de régénération de l'économie de marché en Suisse. La révision totale de la loi sur les cartels fait partie de la première tranche de ce programme. »

ans après son entrée en vigueur³ a pour objectif de s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure la LCart soutient l'économie de marché et le libéralisme en Suisse.

Tant le contexte qui a entouré l'adoption de la LCart que le contexte actuel renvoient à la relation qu'entretient la Suisse avec l'Union européenne⁴. Adoptée à la suite du rejet du référendum sur l'adhésion à l'EEE, la LCart, à l'instar d'autres lois adoptées dans ce contexte, visait la compatibilité avec l'UE afin de faciliter l'intégration du marché intérieur de la Communauté européenne. Vingt-cinq ans après, le Conseil fédéral a interrompu les négociations avec la Commission européenne en vue d'un accord institutionnel qui aurait encadré l'accord de libre échange de 1972 et certains accords bilatéraux⁵. La Suisse conserve un accès préférentiel (partiel) au marché intérieur, accès qui pourrait s'éroder si les accords bilatéraux ne sont pas modifiés afin de prendre en compte l'évolution du droit de l'UE. Nous sommes aujourd'hui témoins d'une même recherche de stratégies alternatives destinées à sauvegarder un accès privilégié au marché intérieur européen et conserver la compétitivité de l'économie suisse. La reprise de la réglementation de l'UE de manière autonome et unilatérale en fait partie. L'objectif visant à augmenter la compétitivité de l'économie suisse amène simultanément le Conseil fédéral à empoigner des stratégies pour alléger les coûts de la réglementation pour les entreprises⁶. Or, le droit de l'Union européenne comprend à la fois une tendance à la réglementation et une tendance à la libéralisation des marchés, l'une et l'autre étant pertinentes car le droit de l'UE influence le droit suisse, en particulier en matière économique. Si la Suisse ne peut ignorer le droit de l'UE, celui-ci vient justifier l'adoption de multiples réglementations qui ont pour effet d'augmenter les coûts des entreprises suisses, en particulier des PME. En définitive, il nous apparaît que le droit de l'UE a eu davantage pour effet de réglementer les marchés suisses que de les libéraliser.

³ Le 1er juillet 1996.

⁴ Ci-après « UE ».

⁵ Voir les documents relatifs à la négociation d'un accord institutionnel entre la Suisse et l'UE, disponible sur <<https://www.eda.admin.ch/europa/fr/home/verhandlungen-offene-themen/verhandlungen/institutionelles-abkommen.html>>.

⁶ Le Conseil fédéral a ouvert le 28 avril 2021 les procédures de consultation relatives à deux projets : une loi sur l'allègement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE) et des dispositions qui prévoient la mise en place d'un frein à la réglementation. Disponible sur <<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/seco/nsb-news/medienmitteilungen-2021.msg-id-83285.html>>.

A ce contexte européen, il faut ajouter un contexte politique interne construit à la fois sur un système de démocratie représentative et de démocratie directe, dans lequel un groupe a la possibilité de faire pression en proposant ou faisant introduire des réglementations économiques comme, plus récemment, la modification de la LCart visant à lutter contre les prix pratiqués par les entreprises étrangères, jugés déloyaux.⁷ Une autre particularité du régime suisse consiste en la forte présence d'entreprises publiques, tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal. Le fédéralisme joue ici un rôle important dans la sauvegarde des prérogatives cantonales, y compris des monopoles cantonaux. La pression exercée par les droits politiques et le fédéralisme peut ainsi jouer en faveur de l'interventionnisme sur le marché, ce qui s'ajoute à une tendance de l'administration à proposer des réglementations, l'une et l'autre venant renforcer la tendance à la régulation de l'économie.

Nous ne pouvons pas examiner toutes les décisions importantes depuis l'entrée en vigueur de la loi, et cette contribution n'a pas vocation à le faire. La LCart a atteint son but visant à garantir l'économie du marché et le jeu de l'offre et de la demande⁸. En sont la preuve l'intervention contre les cartels horizontaux, comme les cartels de soumission ou les règles introduites par les associations d'entreprises, le contrôle des concentrations ou les interventions de la Commission de la concurrence (ci-après « Comco ») et de son Secrétariat par des préavis⁹ en matière de régulation économique.

Au fil des années, le droit suisse de la concurrence a progressivement pris une tournure réglementaire et interventionniste, ce qui menace le bon fonctionnement de l'économie de marché et soulève des questionnements plus fondamentaux quant à ses effets sur l'état de droit et le libéralisme en Suisse. Fondée sur les concepts de droit de l'UE, la LCart a été conçue comme un texte législatif classique en matière de concurrence, visant à limiter les restrictions de concurrence. Elle s'est toutefois développée pour devenir un

⁷ La loi votée est un contre-projet indirect à l'initiative populaire 'Stop à l'ilot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables)', retirée à la suite du contre-projet voté par l'Assemblée fédérale. Le texte de l'initiative est disponible sur <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis469.html>. Voir le texte soumis au vote final disponible sur le site web de l'Assemblée fédérale, disponible sur <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190037/Texte pour le vote final 2 NS F.pdf>. Le Conseil fédéral fixera la date de l'entrée en vigueur, prévue pour fin 2021 ou début 2022. Un autre exemple est la loi sur la surveillance des prix (LSPr ; RS 942.20) adoptée également à la suite d'une autre initiative populaire.

⁸ Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1994 472, 478.

⁹ Art. 46 LCart.

instrument ayant une forte composante répressive et interventionniste. Nous aborderons l'impact des sanctions ([section II](#)) pour ensuite étudier le glissement opéré vers une régulation économique ([section III](#)). Pour démontrer notre propos, nous prendrons pour exemple deux domaines : la réglementation des accords verticaux et la réglementation des entreprises en position dominante.

II. La prééminence des sanctions et la recherche de l'effet dissuasif

La révision de 2003 a été la plus importante quant à l'impact sur la mise en œuvre de la LCart. La sanction est désormais l'élément central de sa mise en œuvre. Le projet du Conseil fédéral ayant pour but principal d'introduire des sanctions dites « directes » par la Comco a été complété par l'Assemblée fédérale pour inclure une présomption d'illicéité des accords verticaux qui limitent les importations parallèles et qui imposent des prix de revente¹⁰. Ces deux nouveautés législatives vont révolutionner le droit suisse de la concurrence permettant un interventionnisme croissant de l'action de l'administration sur le marché.

Depuis 2003, cette tendance interventionniste s'accroît sous la menace d'amendes infligées aux entreprises. A la différence de la régulation des secteurs économiques spécifiques comme en matière de télécommunication, poste ou énergie, le droit de la concurrence se distingue par l'existence de pouvoirs octroyés à la Comco d'imposer des sanctions aux entreprises allant jusqu'à 10% de leur chiffre d'affaires des trois dernières années¹¹. A la différence

¹⁰ Art. 5 al. 4 LCart.

¹¹ Art. 49a al. 1 LCart : « L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. »

des autres autorités de la concurrence en Europe, l'art. 49a LCart ne laisse pas d'autre choix à la Comco que d'infliger des amendes¹². Les moyens de pression sur les entreprises sont donc très importants.

L'introduction de sanctions directes a été considérée comme admissible grâce à la possibilité pour les entreprises de notifier préalablement les projets susceptibles de restreindre la concurrence, afin de compenser l'insécurité juridique résultant de la faible densité normative de la loi¹³. A une entreprise notificante qui demandait à recevoir une confirmation écrite que l'accord notifié ne restreignait pas la concurrence, le Tribunal fédéral a répondu que la disposition ne lui donne pas le droit à recevoir un tel document¹⁴. Aussi, si l'entreprise n'abandonne pas le projet notifié à la Comco suite à l'opposition de celle-ci – opposition qui ne se prononce pas définitivement sur l'illicéité de la pratique – l'entreprise doit évaluer elle-même le risque de sanction au cas où elle déciderait de poursuivre le projet. Un instrument conçu pour accroître la sécurité juridique a ainsi été détourné de son but et rendu parfaitement inutile pour les entreprises.

L'introduction des sanctions directes a fondamentalement changé la mise en œuvre de la loi. La LCart comprenait dès son introduction en 1995 des accords amiables, bien avant que l'UE et ses pays membres institutionnalisent cette pratique et avant l'introduction des règlements amiables dans la PA¹⁵ ou dans le CPP¹⁶. Le Message du Conseil fédéral soulignait avec raison l'utilisation « des formes modernes d'intervention de l'Etat en permettant à l'autorité en matière de concurrence d'œuvrer avec les entreprises concernées à la recherche d'un règlement amiable »¹⁷. Ces formes de coopération cherchent l'adhésion des

¹² Cf. art. 23 al. 2 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4 janvier 2003, p. 1 - 25 (ci-après « Règlement 1/2003 ») : « La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence : a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, ou b) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 8, ou c) elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9. Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10% de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent. »

¹³ Art. 49a al. 3 let a LCart. Voir le message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, FF 2001 1911, 1924.

¹⁴ ATF 135 II 60.

¹⁵ Art. 33b PA en vigueur depuis le 1er janvier 2007.

¹⁶ Art. 358 al. 1 CPP en vigueur depuis le 1er janvier 2011.

¹⁷ Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1994 472, 476.

entreprises et contribuent à l'acceptation par celles-ci des règles de comportement souhaitées. Or, la jurisprudence a imposé la constatation d'un comportement illicite pour le passé, ce qui entraîne, depuis la révision de 2003, le devoir de sanctionner¹⁸. L'entreprise doit donc accepter une sanction et le seul avantage de l'accord amiable consiste en la réduction du montant de l'amende et l'obtention d'une décision courte qui ne dévoile pas l'entier de l'état de fait. Le déplacement de l'objet de l'accord sur la sanction a transformé un instrument de coopération en un instrument au service de la répression des entreprises.

L'instrument de l'autodénonciation a été introduit au même moment que les sanctions. Il permet à l'entreprise d'éviter toute sanction si celle-ci notifie sa participation à une restriction à la concurrence. Introduite afin d'inciter les entreprises à dénoncer les cartels durs et donc à faciliter leur découverte, l'instrument est surtout utilisé par les entreprises pour réduire leurs sanctions, la découverte de cartels durs étant généralement le fait de dénonciateurs anonymes. Après un changement de pratique, il est exigé de l'entreprise autodénonciatrice un aveu écrit de son intention de violer la LCart pour pouvoir bénéficier d'une réduction de l'amende¹⁹. Les sanctions deviennent ainsi un moyen de pression important, surtout pour les PME. Etant donné la faible densité normative de la loi, les entreprises peuvent être amenées à s'autodénoncer pour des infractions qu'elles n'ont pas commises ou qu'elles n'ont pas eu l'intention de commettre. La pression est telle que les entreprises peuvent recourir à l'autodénonciation pour des pratiques qui ne sont pas clairement illicites dans le cadre du programme bonus-plus, en exposant leurs cocontractants à des sanctions²⁰. Un autre exemple d'un moyen de coopération transformé en un instrument de gestion et de facilitation des sanctions.

Du point de vue des critères d'intervention, la *suppression* de la concurrence efficace – considérée à l'adoption de la loi comme le critère central d'appréciation des restrictions de la concurrence et ainsi de l'intervention²¹ – a été délaissée en faveur de l'*affectation notable* de la concurrence. Ce dernier critère est devenu insignifiant et non pertinent à la suite de l'interprétation

¹⁸ ATF 139 I 72, *Publigroupe*.

¹⁹ Voir par exemple Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart), notes à l'art. 8 al. 2 let. c LCart.

²⁰ Pour un exemple d'une autodénonciation suivi d'une autodénonciation dans le cadre de bonus-plus, voir les deux décisions de la Comco du 29 janvier 2018 DPC 2018/2, 347 *Gerätebenzin (Husqvarna II)* et du 2 décembre 2019, DPC 2020/2, 626 *AdBlue*.

²¹ Voir le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1994 472, 474. L'annonce est considérée comme un correctif nécessaire à l'imprécision du texte normatif.

par le Tribunal fédéral du sens qu'il faut donner à l'expression du terme « notable » : notables sont tous les cas qui ne sont pas des cas bagatelle²² (« notable » n'a donc pas le sens communément admis en langue française), ce qui élargit considérablement le cercle des accords tombant dans le champ d'intervention de la LCart. Cette interprétation a pour effet d'élargir le champ de l'intervention à toutes les entreprises qui recourent à des tiers pour distribuer leurs produits, autrement dit la majorité des entreprises actives en Suisse.

La prééminence des sanctions et l'accent mis sur l'effet dissuasif de la politique de la concurrence suisse constituent un terrain de réflexion sur les sanctions administratives. Cette réflexion est d'autant plus nécessaire que le cercle des entreprises visées par les sanctions de la LCart comprend non seulement des entreprises de petite taille mais aussi des personnes physiques²³. En plus de l'effet sur les droits de procédure, l'importance de la peine-menace prévue à l'art. 49a LCart et la faible densité normative des comportements incriminés ont des effets délétères sur l'autonomie de l'action des entreprises, freinant ainsi des comportements efficaces qui favorisent la concurrence sur le marché. Ce potentiel de dissuasion des comportements pro concurrentiels sur le marché va à l'encontre de l'objectif de la LCart. Non conforme à la tradition juridique suisse²⁴, le Conseil fédéral considère que ce type de sanction doit rester exceptionnel en refusant de les éteindre au domaine de la protection des données²⁵.

III. Un formalisme et un interventionnisme croissants

Nous sommes témoin d'un formalisme croissant de la LCart. Le formalisme devient prépondérant au niveau de l'interprétation de la règle de droit et son application au cas d'espèce. Par formalisme nous entendons ici l'utilisation de critères et de présomptions qui ne sont pas basées sur le pouvoir de marché ou les effets réels du comportement des entreprises sur le marché.

Compte tenu de la faible densité normative de la LCart, l'interprétation de la règle de droit joue un rôle crucial. Les comportements permis ou illicites

²² ATF 143 II 297, c. 5.1.2.

²³ Les professions indépendantes sont typiquement des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, soumises à des sanctions.

²⁴ Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2012 6565, 6589.

²⁵ FF 2012 6565, 6597 et 6713 s.

n'étant pas précisément définis, la loi recourt à des notions générales tant pour définir le comportement que pour qualifier les caractéristiques de ce comportement, en l'occurrence leurs effets sur le marché. C'est de cela qu'il s'agit, empêcher les restrictions de la concurrence sur le marché.

La précision de la norme intervient lors de l'application de la règle dans un cas concret : ainsi, chaque décision individuelle contribue à former la règle générale. Celle-ci se forme au fil du temps par une liste de cas encadrés par la règle. Rappelons ici que l'exigence de précision de la norme découle du principe général de la légalité, de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi²⁶.

I. Les accords verticaux

Il est affirmé que l'utilisation de critères formalistes améliore la sécurité juridique des entreprises, car elles n'auraient pas besoin de recourir à un examen concret du marché. Cet argument pourrait s'avérer correct tant que les critères et les concepts utilisés sont clairs et ont un sens pour ceux qui sont censés les suivre : les entrepreneurs.

La notion d'accord est à première vue claire et déterminée : elle renvoie à la conscience et l'expression de la volonté de se mettre d'accord²⁷. Elle est plus large que celle du contrat et englobe toute forme de coordination, ce qui est accepté et correspond à la signification commune d'un accord dans la vie d'un entrepreneur. Le concept d'accord ne suit plus le sens du droit des obligations et le sens commun du terme lorsque l'on considère qu'une entreprise conclut un accord dans le cas où le comportement est imposé unilatéralement à une partie, comme c'est souvent le cas en matière d'accords verticaux. C'est la conclusion à laquelle l'on aboutit en droit suisse également en matière de recommandations unilatérales de prix, qui seront considérées comme des accords sur les prix si les distributeurs les suivent, et ceci même si aucun contact ou communication n'a lieu entre le fournisseur et les distributeurs²⁸. Cette extension de la notion d'accord fait entrer dans le champ de l'illicéité des mécanismes efficaces de gestion des relations entre fournisseurs et

²⁶ L'exigence de précision de la norme découle du principe général de la légalité, de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi (ATF 123 I 112, c. 7.a). L'exigence de la densité normative n'est pas absolue, « car on ne saurait exiger du législateur qu'il renonce totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation. » (*Ibidem*).

²⁷ Art. 1 ss CO.

²⁸ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 4 février 2021 dans l'affaire 2C_149/2018, *Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen)*.

distributeurs. L'on comprend les difficultés que peuvent rencontrer les entrepreneurs pour saisir les raisons pour lesquelles on leur reproche d'avoir conclu un accord – illicite – alors qu'ils ont annoncé unilatéralement leurs conditions aux distributeurs et pour lesquelles on leur interdit des mécanismes qui leur permettent de gérer efficacement leurs réseaux de distribution au prétexte de protéger une concurrence effective sur le marché.

L'incompréhension des entreprises s'accroît lorsqu'on passe en revue le développement des concepts juridiques liés à la restriction de la concurrence. La jurisprudence a examiné très tôt la présomption de suppression de la concurrence effective pour les accords horizontaux de l'art. 5 al. 3 LCart, en renversant cette présomption après examen de tous les paramètres de la concurrence : le prix, la quantité et la concurrence par la qualité. Depuis l'arrêt *Sammelrevers*²⁹, la confrontation de la présomption de suppression de concurrence à la réalité des faits démontre que dans la grande majorité des cas, les accords horizontaux et verticaux sur les prix et les quantités ne suppriment pas la concurrence. On peut donc s'interroger sur le bien-fondé de la présomption légale de suppression de la concurrence. La pratique des vingt-cinq dernières années démontrerait plutôt que cette présomption ne trouve pas appui sur les faits.

Les accords horizontaux en matière de prix et de quantités peuvent en revanche affecter de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Il en va différemment pour les accords verticaux, une imposition de prix de revente ne restreignant pas nécessairement la concurrence sur le marché, c'est-à-dire la concurrence entre différents produits substituables. La concurrence a lieu entre les différents produits, ce qui est appelé en jargon « concurrence inter-marques » : les entreprises font face tous les jours à cette concurrence. Il est en effet très difficile d'expliquer à un directeur commercial d'une entreprise suisse les raisons pour lesquelles il ne peut pas protéger son distributeur suisse contre les importations en provenance d'autres pays³⁰, imposer un prix minimum à ses distributeurs ou exclure un distributeur qui n'investit pas et déstabilise le réseau par des prix bas, ou pourquoi même donner des recommandations de prix pourrait lui valoir des sanctions. La protection de la « concurrence intra-marques » (à l'intérieur de son réseau) est dépourvue de sens pour lui. La concurrence réelle – la vraie – provient des produits concurrents et c'est à cette concurrence qu'il doit faire face. En d'autres termes, la notion de concurrence intra-marque mise en avant

²⁹ ATF 129 II 18.

³⁰ Une autre difficulté pour les entrepreneurs est d'appréhender la différence entre ventes actives et passives, en particulier dans le contexte des ventes par internet.

par l'interprétation de la LCart n'a pas d'attache avec le marché dans lequel l'entreprise doit se battre au quotidien pour avancer ou tout simplement survivre.

Non seulement la notion de restriction de la concurrence intra-marques n'a pas de lien avec la réalité dans laquelle l'entreprise évolue, mais le critère de notabilité a de surcroît été transformée en son contraire par le Tribunal fédéral : est notable tout ce qui n'est pas un cas bagatelle³¹. Le pouvoir de marché ne joue aucun rôle dans cette définition de restriction notable ou des cas bagatelle. La régulation liée à la concurrence intra-marque de l'art. 5 al. 4 LCart qui en résulte n'est donc pas une régulation du pouvoir de marché, mais une autre forme de régulation de l'économie guidée par la nécessité de maintenir des prix bas. Ces prix bas ne seront toutefois pas le résultat de la concurrence sur le marché, mais d'une pseudo-concurrence introduite artificiellement à l'intérieur du réseau de distribution d'une entreprise par une réglementation et des sanctions.

La première présomption de suppression de concurrence pouvant être renversée facilement, l'arrêt Gaba³² a introduit une deuxième présomption d'affectation notable de la concurrence tout en abaissant le seuil de l'intervention à la « non-notabilité ». Cette deuxième présomption pourrait même correspondre à la réalité des faits mais la présomption empêche l'examen des effets des accords sur les prix et les quantités sur un marché déterminé. Compte tenu de cet abaissement du seuil d'intervention, la grande majorité des entreprises suisses, pour la plupart des PME, sont sujettes à cette réglementation. Pour les PME en particulier, elle est si loin de la réalité du marché qu'il ne faut pas s'attendre à une grande compréhension et adhésion. L'effet dissuasif des sanctions sera nécessairement limité.

Le renversement de la présomption de suppression de la concurrence ouvre en outre la voie à la prise en compte des motifs d'efficacité économique. La grande majorité des accords qui affectent de manière notable la concurrence peut donc être justifiée pour des motifs d'efficacité économique ; à défaut, une sanction est toujours de mise pour les accords sur les prix et les quantités³³. L'utilité de cette ouverture pour les entreprises est toutefois faible, car la loi est interprétée de telle manière que la justification par des motifs d'efficacité

³¹ ATF 143 II 297, c. 5.1.2.

³² ATF 143 II 297, c. 5.1 et 5.2. Cet arrêt a posé le principe selon lequel les accords couverts par l'art. 5 al. 3 et al. 4 LCart portent en principe, du fait de leur nature même (aspect qualitatif), une atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il faille s'interroger au surplus sur les effets de l'accord (aspect quantitatif).

³³ Art. 5 al. 3 et 4 LCart.

économique apparaît en réalité très difficile³⁴. Les techniques et les mécanismes d'interprétation de la norme ne laissent pas de marge à l'initiative privée et les exigences de preuve en matière d'efficacité économique dépassent largement ce qui est demandé aux autorités de la concurrence pour prouver une restriction de la concurrence³⁵. En d'autres termes, si les autorités administratives et judiciaires ont œuvré depuis vingt-cinq ans pour faciliter la preuve des infractions aux règles de la concurrence par l'introduction de présomptions et l'affranchissement d'une analyse du marché, il est devenu pour les entreprises de plus en plus difficile de démontrer que les accords conclus répondent à leurs besoins et améliorent leur efficacité économique. Non seulement elles ne peuvent pas bénéficier de présomptions légales ou de fait, mais encore les exigences en matière de preuve sont si élevées qu'il devient quasiment impossible pour les entreprises de les satisfaire.

L'efficacité économique est en réalité traitée comme une composante nuisible qu'il faut maintenir loin de l'analyse concurrentielle. Cette asymétrie dans les exigences en matière de preuve des effets négatifs et positifs indique que les autorités administratives et judiciaires gèrent le droit de la concurrence comme un enjeu de pouvoir, éloigné de la réalité des marchés et de la concurrence qui y règne. L'effet dissuasif et l'efficacité de l'action publique ont pris le pas sur les réalités et l'objectif de la loi : la protection de la concurrence, au point de l'ignorer et d'aller à son encontre.

2. Le contrôle des abus de position dominante

L'abus d'une position dominante fait appel à la notion générale de l'abus, qui est largement utilisée en droit et diffère en fonction de la matière traitée. La loi n'interdit pas la position dominante, mais son abus. Ce principe est d'une telle simplicité qu'il rassemble les acteurs de tous les spectres politiques et économiques : l'économie de marché est acceptée pour autant qu'on limite ses abus. La difficulté réside comme toujours dans la définition des cas abusifs.

³⁴ ATF 144 II 246, *Altimum*, c. 13.5.3. L'entreprise doit non seulement prouver l'existence des motifs d'efficacité économique, mais aussi la nécessité de l'accord et l'absence de moyens moins dommageables pour les atteindre.

³⁵ A titre d'exemple, alors que l'entreprise doit prouver par pièces que l'accord est nécessaire pour atteindre des motifs d'efficacité économique démontrés, la Comco peut en revanche uniquement mentionner l'existence d'autres moyens aptes à atteindre les buts visés, sans avoir besoin de prouver le bien-fondé de ses allégations ; il incombe ensuite à l'entreprise d'expliquer pourquoi les autres moyens mentionnés par la Comco ne sont pas aptes à atteindre le but visé (ATF 144 II 246, c. 13.5.3).

Certaines pratiques ont été listées comme exemple d'abus dans la loi³⁶, mais cette liste n'est pas exhaustive. Comme la liste mentionne des pratiques largement répandues et pro-concurrentielles, le Tribunal fédéral a exigé que l'analyse prenne en compte les critères de restriction de la concurrence annoncée dans la loi³⁷. L'effort accompli par le Tribunal fédéral pour assurer un minimum de densité normative et ainsi respecter le principe de légalité, est louable. Ces critères généraux se sont toutefois avérés insuffisants pour assurer la sécurité du droit. Etant donné que la règle sera définie par ses cas d'application, le Tribunal fédéral devait d'abord déterminer qui peut définir ces cas. C'est sur ce dernier point que la jurisprudence du Tribunal fédéral surprend : l'abus et la restriction de la concurrence peuvent être définis en dernière ressort non seulement par le Tribunal fédéral lui-même, mais aussi par la Cour de justice de l'UE, la Commission de la concurrence et aussi son Secrétariat³⁸. A l'argument d'une entreprise suisse invoquant l'absence de base légale claire, le Tribunal fédéral répond qu'il lui suffit de lire la jurisprudence de l'UE (une autorité étrangère), ou bien les décisions de l'autorité contre laquelle l'entreprise fait recours (la Comco), ou encore la pratique et les considérations de son Secrétariat, unité de l'administration fédérale chargée des enquêtes. Rappelons que les sanctions pour abus de position dominante sont obligatoires en Suisse et que ces sanctions sont de nature quasi-pénale. C'est comme de répondre à un prévenu que la loi est claire parce que le procureur a décidé qu'elle était claire, ou que la Cour suprême d'un autre pays a jugé un cas similaire, sur la base d'une législation similaire, et qu'il lui faut lire ce dernier jugement pour comprendre la loi pénale suisse.

Dans les grandes lignes, toutes les autorités (quasi)judiciaires et administratives sont habilitées à déterminer librement le contenu de la loi, y compris définir les comportements pouvant être sanctionnés, alors que dans un système organisé selon le principe de séparation des pouvoirs une telle tâche est réservée au législateur.

Fortes de leurs pouvoirs, les autorités de la concurrence ont décidé de plusieurs affaires qui glissent vers la réglementation du marché. Ces affaires ont certes pris principalement pour cible des entreprises publiques³⁹, mais elles touchent également des entreprises privées.⁴⁰ Le cas SIX DCC⁴¹ a assoupli

³⁶ Art. 7 al. 2 LCart.

³⁷ Art. 7 al. 1 LCart. ATF 139 I 72, *Publigroupe*.

³⁸ ATF 139 I 72, *Publigroupe*.

³⁹ Swisscom ou La Poste Suisse.

⁴⁰ Comme la bourse suisse SIX, Swatch ou UPC.

⁴¹ Décision de la Comco du 29 novembre 2010 dans l'affaire 32-0205 SIX / *Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

les conditions de l'imposition d'une obligation de fournir. Ainsi, SIX devait fournir des informations d'interopérabilité à un concurrent alors que le refus de fournir ces informations ne risquait pas d'éliminer la concurrence sur le marché : d'une part, il y avait d'autres concurrents sur le marché en aval et, d'autre part, le concurrent en question ne risquait pas d'être exclu du marché, il perdait uniquement un certain chiffre d'affaires du fait du refus⁴². Les informations requises n'étaient ainsi pas indispensables pour son activité⁴³.

Le Tribunal administratif fédéral valide la décision et renchérit en faisant référence au concept de « délit de mise en danger »⁴⁴, ce qui rend superflue, voire inappropriée, toute analyse des effets sur la concurrence du comportement examiné. L'effort du Tribunal fédéral⁴⁵ visant à assurer un minimum de densité normative de la norme est ainsi anéanti : nul besoin d'apporter la preuve d'une entrave à la concurrence ou d'un désavantage du partenaire commercial, encore moins d'une élimination de la concurrence⁴⁶. Les faits et la réalité du marché peuvent tout simplement être ignorés. L'interdiction de l'abus et les sanctions peuvent être appliqués de manière abstraite et ceci dans des cas d'obligation de contracter qui empiètent gravement sur le droit de propriété, la liberté contractuelle des entreprises et

⁴² Décision de la Comco du 29 novembre 2010 dans l'affaire 32-0205 SIX / *Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, para 340. Le refus d'interopérabilité de SIX avait causé une baisse de 20% du chiffre d'affaires de ce concurrent. Le concurrent affirme que l'interopérabilité n'était pas vitale, ni indispensable.

⁴³ *Ibidem*. Le concurrent affirme que l'interopérabilité n'était pas vitale, ni indispensable. L'interprétation de la norme dans ce cas ne suit pas les critères développés par la jurisprudence de l'UE. En droit de l'UE, le refus doit risquer, ou être de nature à, éliminer la concurrence sur le marché. Arrêt du Tribunal du 17 septembre 2007 dans l'affaire T-201/0, *Microsoft*, paras 560 à 564. L'emploi des expressions « risque » ou « de nature à » renvoient à l'idée selon laquelle la Commission ne devait être obligée d'attendre que les concurrents soient éliminés du marché, ou qu'une telle élimination soit suffisamment imminente, avant de pouvoir intervenir en vertu de cette disposition. Plus précisément, « il n'est pas nécessaire de démontrer l'élimination de toute présence concurrentielle sur le marché. Ce qui importe, en effet, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE, c'est que le refus en cause risque de, ou soit de nature à, éliminer toute concurrence effective sur le marché. [...] c'est à la Commission qu'il incombe d'établir que le refus de fournir en cause risque d'aboutir à l'élimination de toute concurrence effective. [...] cette dernière doit fonder son appréciation sur des éléments de preuve qui sont exacts, fiables et cohérents, qui constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et qui sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. »

⁴⁴ Arrêt du TAF du 18 décembre 2018, affaire B-831/2011, paras 1198 ss, 1596 ss.

⁴⁵ ATF 139 I 72, *Publigroupe*.

⁴⁶ Requis en droit de l'UE.

ainsi à la substance même de l'économie de marché. Pour les entreprises en position dominante, l'abstraction de la règle la rend incertaine et inaccessible. Toute entreprise peut désormais demander à avoir l'accès à leurs actifs dès que le refus d'accès menace de causer un désavantage à l'entreprise requérante.

L'affaire SIX DDC est suivie par l'affaire des droits sportifs⁴⁷, qui a aboli l'exclusivité de Swisscom sur les droits sportifs de radiodiffusion sur le football et le hockey suisse acquis lors d'une procédure ouverte à tous les concurrents. De ce fait, la LCart supprime non seulement un éventuel abus, mais aussi la position dominante que la loi n'interdit pas. L'intervention rattrape sans retard le plaignant auquel une deuxième décision impose à son tour les mêmes obligations de fournir aux tiers le signal ou les programmes de diffusion des matchs de hockey⁴⁸, dont les droits ont été également acquis lors d'une procédure ouverte. Cette fois, les matchs de hockey sont devenus indispensables ou objectivement nécessaires pour opérer sur le marché. A ceux qui se réjouissent de l'encadrement des entreprises publiques et à l'ouverture des marchés, on répliquera que pour les privés il n'y aura pas non plus d'exclusivité, en appliquant les mêmes critères formels et en rejetant toute nécessité d'examiner les effets de l'exclusivité sur le marché.

Ces décisions montrent que le droit de la concurrence ignore le droit de propriété des entreprises en les obligeant à contracter avec des tiers. Le cadre réglementaire imposé par ces interventions indique en outre que les entreprises qui ont contribué à assouplir les conditions d'application de la règle seront, à leur tour, victime de celle-ci. Toute une industrie sera ainsi soumise à une régulation continue. La stratégie gagnante paraît être celle qui consiste à se plaindre à la Comco plutôt que d'investir dans des actifs et de se faire concurrence avec des produits nouveaux. Les véritables gagnants sont les concurrents qui n'auront pas investi, mais peuvent néanmoins recueillir les fruits de la régulation.

Le cas de Swatch est également un cas de régulation économique par le biais du contrôle de l'abus de position dominante. Swatch est une affaire intéressante en ce qu'elle a été entamée par l'approche coopérative de l'entreprise elle-même. On aurait pu se réjouir de cette coopération mais, après plus de dix ans de réglementation, la Comco a montré qui fait la loi. Une réglementation visant à assurer l'approvisionnement des PME pendant une période leur permettant de trouver des sources d'approvisionnement

⁴⁷ Décision de la Comco du 9 mai 2016 dans l'affaire 32-0243 *Sport im Pay-TV*.

⁴⁸ Décision de la Comco du 7 septembre 2020 dans l'affaire 32-0260 *Eishockey im Pay-TV*, para. 308.

alternatives, à l'interne ou à l'externe, a été transformée en une interdiction faite à Swatch de livrer certaines entreprises clientes afin de garantir des commandes aux concurrents de Swatch⁴⁹, ceci par le biais de mesures provisionnelles. Les premières à s'inquiéter étaient évidemment ces entreprises, victimes par ricochet, qui se trouvaient obligées de se fournir auprès des concurrents de Swatch ou de trouver d'autres sources d'approvisionnement, si ceux-ci ne pouvaient pas honorer leurs commandes. A l'évidence, cette décision était incompréhensible pour Swatch et ses entreprises clientes⁵⁰. Cette régulation de l'industrie horlogère a ouvert ainsi un nouveau chapitre en droit de la concurrence en Suisse, celui de la planification et l'administration de l'économie privée.

3. L'application extraterritoriale

Le formalisme et l'effet dissuasif ont un impact non seulement sur les entreprises suisses, mais aussi au niveau mondial. La tendance interventionniste est soutenue d'abord par l'extension du champ territorial de la LCart et ensuite par l'introduction d'une obligation de fournir les entreprises suisses.

Depuis l'interprétation large de la doctrine des effets par le Tribunal fédéral, la LCart a une application extraterritoriale qui couvre le monde entier s'il est possible que le comportement examiné ait des effets en Suisse⁵¹. Si un effet est possible, l'examen de sa probabilité ou de l'intensité des effets en Suisse n'est pas simplement superflu, mais est considéré comme illicite. Le formalisme poussé à son extrême coupe court à toute tentative des entreprises de fournir la preuve de l'absence d'effets en Suisse. Dans une approche politique de la définition et de l'application de la norme, les faits dérangeant, comme si l'on craignait que les faits puissent démontrer la non-pertinence de la norme. L'unilatéralisme de l'application extraterritoriale étend le durcissement de la réglementation suisse aux partenaires économiques internationaux qui n'ont pas la même compréhension du droit de la concurrence, et marque ainsi une rupture avec la poursuite par la Suisse du multilatéralisme et de la coopération économique au niveau international.

L'interventionnisme unilatéral est poursuivi avec le renforcement du concept de pouvoir de marché relatif, introduit en 2003. La Comco est chargée

⁴⁹ Décision du 16 décembre 2019 dans l'affaire 32-0224 *Swatch Lieferstopp Lieferstopp* (mesures provisionnelles).

⁵⁰ Le Temps du 16 décembre 2019, *Swatch : la Comco va interdire à ETA de livrer des mouvements* ; Le Temps du 19 décembre 2019, *La Comco plonge l'horlogerie dans un imbroglio juridico-mécanique*, disponibles sur <<https://www.letemps.ch>>.

⁵¹ ATF 143 II 297, c. 3.7.

d'empêcher « la limitation de la possibilité des acheteurs de se procurer à l'étranger, aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger »⁵². Une entreprise étrangère présente en Suisse ne devrait ainsi pas refuser de livrer à un acheteur en Suisse à des conditions prévalant à l'étranger. Abaisant le seuil de la position dominante aux entreprises ayant un pourvoir de marché relatif, cette disposition impose des obligations à un nombre potentiellement important de fournisseurs étrangers.

IV. Quel bilan après 25 ans de mise en œuvre ?

Le droit suisse de la concurrence glisse vers un interventionnisme préjudiciable pour l'économie de marché basée sur un système libéral dans au moins deux domaines : la régulation des accords verticaux et le contrôle des abus de position dominante. En modifiant les incitations des acteurs du marché, une telle intervention va à l'encontre du fonctionnement d'une économie de marché et des buts de la LCart. En embrassant la régulation, le droit de la concurrence opte pour un moyen qui contredit ses fins, le libre marché.

La composante réglementaire du droit de l'UE nous paraît avoir eu un impact prépondérant. Le contexte européen a œuvré comme source de régulation croissante dans le domaine des accords verticaux, ou en tant qu'appui pour réglementer des secteurs spécifiques de l'économie à travers les règles relatives à l'abus de position dominante. Dans ce contexte juridique et politique, l'objectif du Conseil fédéral de relancer l'économie et de réduire les coûts de la réglementation pour les entreprises suisses paraît donc difficile à atteindre. Comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, l'introduction de la LCart avait pour objectif de stimuler l'économie de marché, mais sa mise en œuvre progressive a néanmoins évolué dans le sens contraire, celui de la régulation. Il n'est donc pas exclu que la poursuite de l'adoption autonome du droit communautaire entraîne une augmentation de la réglementation et des coûts pour les entreprises suisses.

⁵² Art. 7 al. 2 let. g LCart dans sa nouvelle teneur. L'initiative visait à compléter l'art. 96 al. 1 de la Constitution fédérale avec le texte en italique : « La Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence. Elle prend en particulier des mesures afin de garantir l'acquisition non discriminatoire de biens et de services à l'étranger, et d'empêcher toute forme de limitation de la concurrence due aux pratiques unilatérales d'entreprises puissantes sur le marché. »

Cette influence interventionniste doit être mieux examinée pour bien saisir l'impact sur les entreprises suisses d'une reprise du droit de l'UE. La réglementation des accords verticaux n'est pas acceptée sans autres difficultés par les entreprises européennes. Toutefois, à l'intérieur de l'UE, les tendances à la régulation et à la libéralisation s'équilibrent par l'accès inconditionnel au marché intérieur. En outre, d'autres sauvegardes empêchent les droits nationaux de la concurrence d'intervenir au-delà de ce qui est interdit par le droit de l'UE⁵³. Ces avantages du marché intérieur et les sauvegardes de droit européen ne sont pas opérants en Suisse. L'adoption d'une réglementation contraignante forçant l'accès unilatéral au marché européen pour certains consommateurs et distributeurs place les producteurs suisses dans un corset réglementaire lourd et coûteux, alors qu'ils ne bénéficient pas des avantages du marché intérieur. En outre, l'interprétation de la LCart et de sa composante répressive ne facilite pas leur tâche : la réglementation des accords verticaux reste difficile d'accès pour les entrepreneurs, ce qui a pour effet que la menace de sanctions les freine au lieu d'encourager le jeu de la concurrence sur le marché.

Les mêmes réflexions sont valables en ce qui concerne la réglementation des entreprises en position dominante. Dans ce domaine, le droit de l'UE sert de justification trompeuse d'un interventionnisme régulateur des marchés. Les incitations des opérateurs du marché sont perturbées, l'appel à la régulation étant rendu plus attractif que les investissements et l'innovation. Le cercle relativement limité des entreprises pouvant un jour se trouver en position dominante n'est pas un motif suffisant pour accepter inconditionnellement la régulation des marchés par le droit de la concurrence. La LCart ne donne en effet aucune compétence visant la régulation des marchés dans le cas où le législateur n'interviendrait pas. Ces incitations négatives sur le droit de propriété, sur la liberté contractuelle et enfin sur le fonctionnement de l'économie de marché ont un impact d'ensemble sur l'économie.

⁵³ En vertu de l'art. 3 al. 2 du Règlement 1/2003, « l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité. Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise. » L'exception pour les pratiques unilatérales vise spécifiquement les dispositions relatives à l'abus de dépendance économique.

Toutes les institutions suisses ont contribué de différentes manières à ce penchant interventionniste. Les tribunaux suisses, dans un mouvement que l'on peut qualifier d'activisme judiciaire, modifient en permanence les critères d'intervention en s'affranchissant de plus en plus de l'analyse des faits et du fonctionnement lui-même des marchés concernés. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire dont la fonction en droit de la concurrence est de permettre aux autorités administratives spécialisées – composées d'économistes et juristes – d'apprécier les faits complexes en lien avec le fonctionnement du marché, s'est transformé en un pouvoir qui s'affranchit des critères matériels rattachés au marché et ainsi aux faits concrets de la cause. Ce faisant, les pouvoirs administratifs et judiciaires s'affranchissent du principe de légalité, en s'appropriant le pouvoir de réglementer et d'administrer librement les relations entre acteurs économiques.

Le développement du droit suisse de la concurrence soulève ainsi quelques questions de principe, celui d'une économie de marché et celui de l'État de droit, ce qui présente un défi majeur pour le libéralisme.

Teil III:

Erwägungen für die Zukunft

Ein Kartellgesetz der Wirtschaft

Anne-Cathrine Tanner

Inhaltsübersicht

I.	Das Kartellgesetz im Wandel	114
1.	Gescheiterte Revision 2014	114
2.	Revisionsvorhaben 2021	115
a)	Aus Sicht des Bundesrates	116
b)	Aus Sicht der Wirtschaft	117
II.	Ein Kartellgesetz der Wirtschaft	117
1.	Institutionenreform	117
a)	Defizite der bestehenden Regelung	117
aa)	Fehlende Unabhängigkeit der Institutionen	118
bb)	Mangel an Rechtsstaatlichkeit	120
b)	Verbesserungsansätze gemäss KG-Revision 2014	121
aa)	Institutionelle Neuordnung	121
bb)	«Sprungbeschwerde»	122
c)	Bewertung der Verbesserungsvorschläge und mögliche Alternativen	122
2.	Verbesserung des Widerspruchsverfahrens	123
a)	Defizite der bestehenden Regelung	124
b)	Verbesserungsansätze gemäss KG-Revision 2014	125
c)	Bewertung der Verbesserungsvorschläge und mögliche Alternativen	125
3.	Einführung strafmildernder Compliance-Programme	127
a)	Defizite der bestehenden Regelung	127
b)	Verbesserungsansätze gemäss KG-Revision 2014	127
c)	Bewertung der Verbesserungsvorschläge und mögliche Alternativen	128
4.	Digitalisierung	129
a)	Anknüpfungspunkte für eine Regulierung	129
aa)	Marktbeherrschungskriterien für digitale, zweiseitige Märkte	130
bb)	Algorithmische Kollusion	130
cc)	Datenzugang	131
b)	Nächste Schritte	133
III.	Schlussfolgerungen	133
	Literaturverzeichnis	134

I. Das Kartellgesetz im Wandel

Der Schutz und die Förderung des wirksamen Wettbewerbs sind zentrale ordnungspolitische Aufgaben. So ermöglicht die marktwirtschaftliche Ordnung wirtschaftliche Freiheit und umfassende Investitionsmöglichkeiten. Zur Begegnung von Marktversagen braucht es daher ein wirksames Instrumentarium, das sich nicht nur in griffigen Bestimmungen, sondern auch in geeigneten institutionellen Strukturen widerspiegelt.

Bereits das erste Schweizer Kartellgesetz wurde im Jahre 1962 auf Basis des verfassungsrechtlichen Ziels erlassen, sozial oder volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen von Kartellen zu bekämpfen. Das Vorgehen der damals zuständigen Kartellkommission richtete sich in der Praxis nach der sog. «Saldomethode», wonach eine Wettbewerbsbehinderung nur dann als schädlich eingestuft wurde, wenn eine Abwägung aller Vor- und Nachteile, einschliesslich nichtökonomischer Aspekte, einen negativen Saldo ergab. Hierdurch war der Stellenwert des Wettbewerbs in der Praxis stark relativiert.¹

Seither unterlag das Gesetz tiefgreifenden Veränderungen. 1995 erfuhr das Wettbewerbsrecht eine grundlegende Neuorientierung. Die «Saldomethode» wurde abgeschafft. Ziel des neuen Gesetzes war – und ist es noch heute – der Schutz des wirksamen Wettbewerbs. Als institutionelle Neuerung wurde die Verfügungskompetenz und damit die Rechtsdurchsetzung vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) auf die Wettbewerbskommission (WEKO) übertragen. Im Jahre 2003 wurden insbesondere die Durchsetzungsinstrumente der WEKO und deren Sekretariat gestärkt: Durch die Einführung der direkten Sanktionen können seither gravierende Wettbewerbsbeschränkungen bereits bei deren Feststellung und nicht erst im Wiederholungsfall geahndet werden.

1. Gescheiterte Revision 2014

Anlässlich der Teilrevision des Kartellgesetzes 2003 wurde eine Bestimmung zur Evaluation der Wirksamkeit des Gesetzes aufgenommen. Die hierfür eingesetzte Expertengruppe kam zum Ergebnis, dass sich das im Jahr 1995 eingeführte Konzept des Kartellgesetzes bewährt hat. Gleichzeitig bestünde in einigen Bereichen jedoch Verbesserungspotenzial.

Gestützt auf diese Evaluation verabschiedete der Bundesrat im Februar 2012 die Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes. Diese enthielt sechs Revisienselemente, namentlich die Stärkung des Kartellzivilrechts, die Einführung

¹ BSK KG-Lehne, Art. 1, N 13.

von strafmildernden Compliance-Programmen, die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens, die Einführung des SIEC-Tests, die Institutionenreform sowie auch das Teilkartellverbot (= Verbot harter Kartelle). Es waren insbesondere die Institutionenreform wie auch das Teilkartellverbot, welche das Revisionsvorhaben in der Politik schliesslich scheitern liessen. Nachdem der Nationalrat zum zweiten Mal nicht auf die Vorlage eingetreten war, wurde der Revisionsprozess am 17. September 2014 beendet. Zu Fall gebracht wurde sie von einer parteienübergreifenden Allianz aus SVP, BDP, Grünen und gewerkschaftsnahen Linken. Die Argumente waren zum Teil grundlegender Natur: Der damalige SVP-Fraktionschef Adrian Amstutz (BE) bezeichnete das Revisionsvorhaben als «interventionistisches Monster» ohne gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Der Grüne Louis Schelbert (LU) bemängelte den «Aktivismus des Bundesrats». Für eine Revision sei es noch zu früh. Zunächst gelte es die Leitentscheide des Bundesgerichts zum bestehenden Gesetz abzuwarten. Weitere Kritikpunkte bezogen sich auch auf handfeste Interessen. So setzten sich u. a. Gewerkschafter gegen eine Veränderung der personellen Zusammensetzung der WEKO zur Wehr, da ihre Vertreter damit aus dem Gremium ausgeschlossen worden wären. Anlass zur Beanstandung gab auch das vom Bundesrat vorgeschlagene Verbot harter Kartelle. Dies, da Unsicherheiten in Bezug auf die in der Baubranche verbreiteten Arbeitsgemeinschaften befürchtet wurden.²

2. Revisionsvorhaben 2021

Im Jahr 2020 startete der Bundesrat einen neuen Versuch, das Kartellgesetz in Teilen zu revidieren, um insbesondere durch die Modernisierung der Fusionskontrolle positive Effekte für den Wettbewerb in der Schweiz zu erzielen. Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) wurde am 12. Februar 2020 mit der Ausarbeitung einer entsprechenden Vernehmlassungsvorlage beauftragt.³

² Siehe hierzu: Aus für das neue Kartellgesetz, St. Galler Tagblatt vom 17. September 2014, abrufbar unter <<https://www.tagblatt.ch/schweiz/aus-fuer-das-neue-kartellgesetz-id.926498>>.

³ Siehe Medienmitteilung des Bundesrates vom 12. Februar 2020, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78074.html>>.

a) *Aus Sicht des Bundesrates*

Nach der im Parlament gescheiterten KG-Revision im Jahr 2014 scheint der Bund die nunmehr geplante Revision kleiner halten zu wollen und sich auf einige weniger umstrittene Punkte zu fokussieren. Gemäss Medienmitteilung des Bundesrates sind dies die folgenden:

– Modernisierung der Fusionskontrolle

Der heutige qualifizierte Marktbeherrschungstest soll durch den SIEC-Test (Significant-Impediment-to-Effective-Competition-Test) abgelöst werden. Damit würde der Prüfstandard der WEKO den internationalen Erfahrungen angepasst. Mit der Einführung des SIEC-Tests würde die Eingriffshürde herabgesetzt, indem Fusionen bereits untersagt oder mit Auflagen versehen werden können, wenn sie zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen. Unter dem heutigen Prüfstandard der qualifizierten Marktbeherrschung ist es nötig, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Zusätzlich darf der Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirken, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 [Kartellgesetz, KG, SR 251]).

– Umsetzung Motion Fournier (16.4094)

Am 5. März 2018 überwies das Parlament Teile der Motion Fournier zur Umsetzung an den Bundesrat. Der Vorstoss soll nun ebenfalls im Rahmen der laufenden KG-Revision realisiert werden. Demnach sind die Gerichtsverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, indem neue Ordnungsfristen in die Gesetzgebung aufgenommen werden. Darüber hinaus sollen die Parteien eine Entschädigung für ihre Aufwendungen erhalten (neu auch für die Verfahren vor der WEKO).

– Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Die bisher öffentlich verfügbaren Unterlagen zur aktuellen Revision liefern keine Informationen zur inhaltlichen Neugestaltung des Widerspruchsverfahrens. Anlässlich der Revision 2014 wurde eine Senkung der Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate sowie eine Sanktionierung der Unternehmen erst ab Eröffnung einer Untersuchung und nicht bereits ab Eröffnung einer Vorabklärung diskutiert.

- Stärkung des kartellrechtlichen Zivilverfahrens

Basierend auf den Revisionsbestrebungen aus dem Jahre 2014 ist schliesslich mit einer Ausdehnung der zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten (insbesondere für Konsumierende) sowie der Berücksichtigung der Zivilentschädigung bei der Sanktionsbemessung zu rechnen.

b) Aus Sicht der Wirtschaft

economiesuisse hat sich im Hinblick auf die anstehende Kartellgesetz-Revision mit einer branchenübergreifenden Arbeitsgruppe konstruktiv kritisch mit den vom Bundesrat vorgebrachten Revisionspunkten auseinandergesetzt und zusätzliche Verbesserungsvorschläge ausgearbeitet. Im Rahmen der Arbeiten wurde deutlich, dass die Wirtschaft klare Sympathien für eine über die bundesrätlichen Vorstellungen hinausgehende Revision hat. Dabei orientieren sich die diesbezüglichen Wünsche vornehmlich an den Revisionspunkten aus dem Jahre 2014. Damals lag eine gute Basis für eine Modernisierung des Kartellgesetzes vor, welche auch heute noch als Grundlage für die Revision dienen kann. Lediglich an einzelnen Stellen bedarf es nach Auffassung der beteiligten Wirtschaftsvertreter der Überarbeitung. Es wäre daher bedauerlich, wenn man die seinerzeit geleisteten Arbeiten nun nicht im Rahmen der sich abzeichnenden Revision zumindest teilweise wieder nutzen würde.

Im Folgenden sollen nun die aus Sicht der Wirtschaft notwendigen Anpassungen im Kartellgesetz diskutiert werden. Dabei werden zunächst die jeweiligen Defizite der bestehenden Regelung beleuchtet und anschliessend mögliche Verbesserungsansätze, insbesondere anhand der Revisionsbestrebungen 2014, erörtert.

II. Ein Kartellgesetz der Wirtschaft

I. Institutionenreform

a) Defizite der bestehenden Regelung

Seit der Inkraftsetzung des ersten Kartellgesetzes im Jahre 1964 wurde das schweizerische Wettbewerbsrecht tiefgreifenden Veränderungen unterzogen. Die institutionellen Strukturen wurden indessen, mit Ausnahme einiger weniger Änderungen, nicht den neuen Begebenheiten angepasst. Während sich die Aufgaben der Wettbewerbsbehörde (vormals Kartellkommission) zu Beginn vorwiegend auf Branchenerhebungen fokussierten, stiegen die Anforde-

rungen spätestens mit der Revision 2003: Direkte Sanktionen und die Bonusregelung erweiterten das Instrumentarium und erhöhten damit gleichzeitig die Komplexität von Eingriffen. Insbesondere aufgrund der Kompetenz der WEKO, administrative Geldbussen in Millionenhöhe auszusprechen, wurden auch kritische Stimmen laut, die eine Umstrukturierung der Wettbewerbsbehörde fordern. Die anspruchsvollen Aufgaben eines modernen Kartellrechts stellen für die WEKO als Milizorgan eine zunehmende Belastung dar.⁴ Auch die OECD hat im Jahre 2006 im Rahmen einer umfangreichen Evaluierung der schweizerischen Wettbewerbsbehörden diverse Kritikpunkte angebracht.⁵ So weiche die Schweiz nicht nur bezüglich Grösse, sondern auch der Zusammensetzung der WEKO von der internationalen Best Practice ab. Diese ziele auf schlanke und professionelle Strukturen. Die WEKO sei einerseits zu gross und lasse andererseits die nötige Professionalisierung (in Form von Vollzeitstellen) vermissen, um den steigenden Anforderungen gerecht zu werden. Ein Festhalten am Mischmodell bestehend aus der WEKO und ihrem Sekretariat erscheine vor diesem Hintergrund nicht mehr zeitgemäss.⁶

Im Einzelnen stützen sich die Gegner des bestehenden Behördenmodells auf die folgenden Argumente:

aa) Fehlende Unabhängigkeit der Institutionen

– Abhängigkeit zwischen WEKO und Sekretariat

Das Verhältnis zwischen WEKO und Sekretariat ist geprägt von Überschneidungen und Abhängigkeiten. Es fehlt an einer eindeutigen Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene. Inkonsistenzen bezüglich der Aufgabenteilung finden sich bereits im Kartellgesetz. So ist das Sekretariat für die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG – wenn auch nur formal – auf die Zustimmung eines Mitglieds des Präsidiums der WEKO angewiesen. Weiter steht es der WEKO offen, Anhörungen zu beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen zu beauftragen (siehe Art. 30 Abs. 2 KG). Die Unabhängigkeit des Sekretariats als Untersuchungsbehörde ist damit nicht gewährleistet. Demgegenüber übt das Sekretariat wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung der WEKO aus. Das Sekretariat verfügt über Vollzeitmitarbeiterinnen und -mitarbeiter und somit über erheb-

⁴ Botschaft des Bundesrates vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905 ff., 3921 f.

⁵ Siehe OECD, Country Studies: Regulatory Reform in Switzerland – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, OECD Reviews of Regulatory Reform, 2006.

⁶ OECD, Country Studies, 18 ff.

liche juristische und ökonomische Fachkompetenz. Die WEKO fungiert hingegen als Milizbehörde. Resultat ist ein strukturell bedingtes Wissens- und Machtgefälle, welches unweigerlich zu einem Abhängigkeitsverhältnis zwischen WEKO und Sekretariat führt. Die Entscheidungsfindung der WEKO findet unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Gleichzeitig nehmen jedoch Vertreterinnen und Vertreter des Sekretariats an den Sitzungen teil, die aufgrund ihrer vertieften Dossierkenntnisse über einen erheblichen Wissensvorsprung verfügen und somit die Entscheidungen massgeblich beeinflussen können. Insbesondere dieser privilegierte Zugang des Sekretariats zur Kommission stösst in der Wirtschaft auf heftige Kritik. So ist nicht auszuschliessen, dass die WEKO den Standpunkt der betroffenen Parteien in einer sachlich und rechtlich durch das Sekretariat vorgespurten Weise zur Kenntnis nimmt. Diese Möglichkeit der Einflussnahme ist gerade aus Sicht des Prinzips der Waffengleichheit problematisch und kann die nötige Objektivität für ein transparentes und faires Verfahren gefährden.

– Abhängigkeit zwischen Wettbewerbsbehörden und Bundesverwaltung

Die WEKO ist administrativ dem WBF zugeordnet (Art. 19 Abs. 2 KG).⁷ Dabei soll die Unabhängigkeit zwischen WEKO und der Bundesverwaltung gemäss Art. 19 Abs. 1 KG gewahrt bleiben. Sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist die WEKO bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht weisungsgebunden (Art. 7a Abs. 2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]).⁸ Die WEKO geniesst somit im Grundsatz ein hohes Mass an Autonomie und untersteht in fachlicher und inhaltlicher Hinsicht keiner Aufsicht.⁹

Trotz formalrechtlicher Unabhängigkeit enthält das Kartellgesetz jedoch durchaus Kompetenznormen, die eine (politische) Einflussnahme seitens der Bundesbehörden ermöglichen.¹⁰

– Gemäss Art. 8 KG kann der Bundesrat auf Antrag der Beteiligten die Entscheidungen der Behörde revidieren und ausnahmsweise aus überwiegend öffentlichen Interessen für zulässig erklären.

⁷ Gemäss Art. 15 Abs. 1 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung vom 14. Juni 1999 (OV-WBF, SR 172.216.1) bildet auch das Sekretariat der WEKO eine Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung.

⁸ Komm. KG-Meier/Bruch, Art. 19, N 6.

⁹ CR Concurrence-Martenet, Art. 19, N 14; Komm. KG-Meier/Bruch, Art. 19, N 6. Gleiches gilt für das Sekretariat der Kommission; siehe Komm. KG-Meier/Bruch, Art. 19, N 7.

¹⁰ Komm. KG-Meier/Bruch, Art. 19, N 9.

- Aus ähnlichen Gründen können auch Unternehmenszusammenschlüsse, die von der Behörde untersagt wurden, vom Bundesrat auf Antrag der beteiligten Unternehmen zugelassen werden (siehe Art. 11 KG).
- Der Bundesrat wählt gemäss Art. 18 Abs. 1 KG die Mitglieder der WEKO und daraus ihr Präsidium sowie die Direktion des Sekretariats (siehe Art. 24 Abs. 1 KG).
- Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG¹¹ kann das WBF das Sekretariat mit der Eröffnung einer Untersuchung beauftragen.¹²

Zusätzliche Abhängigkeiten vom WBF bestehen in Bezug auf das Rechtsmittelverfahren. Die WEKO ist nicht befugt, selbständig Beschwerde gegen Entschiede des Bundesverwaltungsgerichts zu erheben.¹³ Diese Befugnis liegt ausschliesslich beim WBF (siehe Art. 89 Abs. 2 BGG). Weiter verfügt die WEKO über keine Budgethoheit. Auch wenn die Wettbewerbsbehörden nicht weisungsgebunden sind, werden sie in Bezug auf die Verwaltung ihrer Ressourcen den übrigen Verwaltungseinheiten gleichgestellt. Das Budget wird vom Bundesrat resp. Parlament gesprochen und durch das WBF administriert¹⁴ – ein weiterer Umstand, der die Unabhängigkeit der WEKO von der Bundesverwaltung gefährdet. So bestimmt sich die personelle und materielle Ausstattung der Wettbewerbsbehörden nach dem politischen Willen der Verwaltungsbehörden.

bb) Mangel an Rechtsstaatlichkeit

Die immer komplexer werdenden Fälle stellen für eine reine Milizbehörde wie die WEKO eine zunehmende Herausforderung dar. Damit einher gehen auch Schwächen aus rechtsstaatlicher Sicht, die Anlass zur Kritik geben.

Aus formalrechtlicher Sicht kamen sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wie auch der EFTA-Gerichtshof zum Schluss, dass das Wettbewerbsbehörden-Modell, wie es auch in der Schweiz praktiziert wird, keine rechtsstaatlichen Mängel aufweist. Ein Verstoss gegen Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) könne aufgrund der bestehenden Klagemöglichkeit bei einem staat-

¹¹ Siehe auch Art. 58 Abs. 1 KG, wonach das WBF das Sekretariat mit einer Vorabklärung beauftragen kann, sofern die Vereinbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung mit internationalen Abkommen infrage steht.

¹² Komm. KG-Meier/Bruch, Art. 19, N 9.

¹³ Komm. KG-Meier/Bruch, Art. 19, N 10.

¹⁴ Komm. KG-Meier/Bruch, Art. 19, N 12.

lichen Gericht verneint werden.¹⁵ Gegenstand von Kritik bilden jedoch die in manchen Bereichen fehlenden Leitentscheide, die bei den Unternehmen zu Rechtsunsicherheit und mangelnder Vorhersehbarkeit führen können. Das Sekretariat strebe zu häufig nach einvernehmlichen Regelungen, die der Schaffung einer konsistenten Fallpraxis entgegenstünden.¹⁶ Darüber hinaus seien die Verfahren vor Rechtsmittelbehörden kosten- und ressourcenintensiv und würden von den Parteien nur dann in Erwägung gezogen, wenn die betreffende Sanktion die voraussichtlichen Anwalts- und Verfahrenskosten überschreite. Insbesondere KMU schrecken deshalb vor Beschwerdeverfahren infolge fehlender Finanzierbarkeit zurück.

b) *Verbesserungsansätze gemäss KG-Revision 2014*

Zur Verbesserung von Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit der Verfahren sollen Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion besser voneinander getrennt werden. Gleichzeitig soll die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden gewahrt bleiben. In der Politik und Wirtschaft werden nun unterschiedliche Modelle diskutiert, die den vorstehend beschriebenen Kritikpunkten gerecht werden sollen. Dabei sind insbesondere auch die im Rahmen der KG-Revision 2014 diskutierten Vorschläge einer erneuten Überprüfung zu unterziehen:

aa) *Institutionelle Neuordnung*

Kernstück der Revisionsbestrebungen 2014 bildete die institutionelle Reform, mit welcher die Entscheide der Wettbewerbsbehörden an Rechtsstaatlichkeit gewinnen und gleichzeitig eine Beschleunigung der Verfahren bewirkt werden sollte. Zu diesem Zweck wurden seinerzeit die folgenden institutionellen Anpassungen vorgeschlagen:

- Einerseits sollte das heutige Sekretariat der WEKO in eine rechtlich selbständige, von der Bundesverwaltung unabhängige Wettbewerbsbehörde überführt werden. Deren Aufgaben beständen in der Untersuchungsführung bei Wettbewerbsbeschränkungen, der Beratung von Unternehmen und der Stellungnahme bei Vernehmlassungen. Ferner sollte sie aufgrund der inhärenten zeitlichen Dringlichkeit in der Zusammenschlusskontrolle erstinstanzlich Verwaltungsentscheide treffen.¹⁷

¹⁵ Siehe BGE 139 I 72 E. 4 S. 80 f.

¹⁶ Baudenbacher, 23 f.

¹⁷ Ein Entscheid durch die Behörde bei Zusammenschlussvorhaben rechtfertigt sich dabei auch deshalb, da keine Sanktionen vorgesehen sind; siehe BBl 2012, 3923.

- Andererseits sollte die heutige WEKO zu einem erstinstanzlichen Wettbewerbsgericht aufgewertet werden, welches beim Bundesverwaltungsgericht angesiedelt wäre. Dabei wäre der entsprechende Spruchkörper dahingehend zu besetzen, dass neben juristischem Fachwissen auch der Bezug zu Wirtschaft und Praxis gewährleistet wird.¹⁸

Durch diese institutionelle Neuordnung sollte eine eindeutige Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene erreicht werden: Die Wettbewerbsbehörde wäre mit der Untersuchung betraut, während das Wettbewerbsgericht entscheidet und allfällige Sanktionen ausspricht.

bb) «Sprungbeschwerde»

Neben dem vorbeschriebenen Vorschlag zur institutionellen Neuordnung der Wettbewerbsbehörden wurde im Rahmen der damaligen parlamentarischen Debatten zur KG-Revision 2014 ein Minderheitenantrag diskutiert (Antrag Schmid¹⁹), der für die Unternehmen ein Verfahrenswahlrecht einführen wollte. Demnach sollten die Unternehmen frei darüber entscheiden können, ob sie den infrage stehenden Sachverhalt von den Wettbewerbsbehörden oder direkt vom Bundesverwaltungsgericht beurteilt haben möchten. In letzterem Fall hätte dies zur Folge, dass sich die anschliessenden Beschwerdemöglichkeiten auf das Bundesgericht beschränkten und somit der Instanzenzug verkürzt würde. Weiter sah der Minderheitenantrag Schmid eine Professionalisierung der WEKO und eine gleichzeitige Beschränkung auf fünf Mitglieder vor.²⁰

c) Bewertung der Verbesserungsvorschläge und mögliche Alternativen

Während in der Politik keiner der vorbeschriebenen Reformvorschläge vollends überzeugen konnte, bestehen seitens der Wirtschaft klare Wünsche nach einer institutionellen Neuordnung, die eine strikte Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene vorsieht. So zeichnet sich die Effizienz einer Wettbewerbsbehörde insbesondere durch eine weitgehende rechtliche und faktische Unabhängigkeit aus. Ob eine solche Aufteilung innerhalb der WEKO und ihres Sekretariats vollzogen werden kann, ist fraglich,²¹ wäre jedoch dem bestehenden Behördenmodell sicherlich vorzuziehen. So bestünde bspw. die Möglichkeit, Kommissionsschreiberinnen und Kommissionsschrei-

¹⁸ BBl 2012, 3923.

¹⁹ Siehe Votum von Schmid Martin in: Amtl. Bull. SR 2013, 325.

²⁰ Amtl. Bull. SR 2013, 325. Für eine ökonomische Analyse des Antrages Schmid siehe ausführlich Schneider, 690 ff.

²¹ So auch Bochud/Schraner, 58.

ber einzusetzen, die die Mitglieder der WEKO bei der Verfahrensführung, Entscheidungsfindung und -redaktion unterstützen. Damit würde eine (zumindest partielle) Stärkung der WEKO erreicht, welche als Milizbehörde auf weitergehende Kapazitäten angewiesen ist, um die umfangreichen Verfahrensakte einer tiefgreifenden Überprüfung zu unterziehen.

Eine aus wirtschaftlicher Sicht erstrebenswerte Institutionenreform, welche auch die politischen Bedenken angemessen berücksichtigt, sollte sich im Grundsatz an den nachfolgenden Aspekten orientieren:

- Die Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit sowie der Rechtsstaatlichkeit sollten die Grundpfeiler der Reformarbeiten markieren. Ausgangspunkt der Umgestaltung sollte dabei die konsequente Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene darstellen. Es gilt die vorbeschriebene Verflechtung zwischen der WEKO und ihrem Sekretariat und die damit einhergehenden rechtsstaatlichen Unzulänglichkeiten zu eliminieren oder zumindest zu reduzieren.
- Die Beurteilung kartellrechtlicher Sachverhalte erfordert ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen. Dementsprechend ist im Rahmen der Untersuchung und Entscheidungsfindung auf eine entsprechende personelle Zusammensetzung zu achten.
- Im Zentrum der Reformierungsbestrebungen sollte zudem die Beschleunigung der Verfahren – sowohl vor der WEKO wie auch den Gerichten – stehen. Im Sinne der Rechtssicherheit sollte ein erster Entscheid innert 12 Monaten nach Abschluss der Untersuchung vorliegen.
- Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass mit der Neugestaltung der institutionellen Strukturen kein wesentlicher finanzieller Mehrbedarf einhergehen darf.

Zu beachten gilt auch, dass die fortschreitende Digitalisierung und die damit für das Kartellrecht einhergehenden Herausforderungen²² ebenfalls ein Argument für eine weitgehende Professionalisierung der Wettbewerbsbehörde darstellen.

2. Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Das kartellrechtliche Widerspruchsverfahren ermöglicht es Unternehmen, der Wettbewerbsbehörde eine geplante Verhaltensweise, die als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 oder Art. 7 KG qualifiziert werden könnte, vorab zu melden. Die heutige Gesetzeslage sieht

²² Siehe unten [Kap. II/4](#).

vor, dass in einem solchen Fall eine Verwaltungssanktion für die betreffende Verhaltensweise entfällt, sofern die Behörde nicht innert fünf Monaten ein Verfahren gegen das Unternehmen eröffnet. Ziel des Widerspruchsverfahrens ist es, dass den Unternehmen innert nützlicher Frist eine Einschätzung darüber abgegeben wird, ob ein beabsichtigtes Vorhaben sanktionsbedroht sein könnte.

a) *Defizite der bestehenden Regelung*

Das Widerspruchsverfahren ist in seiner derzeitigen Form starker Kritik ausgesetzt. Die heutige Lösung bietet kaum Sicherheit für Unternehmen, die neue Geschäftsfelder erschliessen möchten, und gilt daher als Innovationshemmer.²³ Der Revisionsbedarf ist somit unbestritten. Als unbefriedigend wird dabei namentlich die gesetzlich vorgesehene Widerspruchsfrist von fünf Monaten gewertet. Eine solche ist insbesondere für dynamische Märkte zu lang. Möchte das Unternehmen kein Sanktionsrisiko eingehen, kann es das geplante Vorhaben nicht umsetzen oder muss dieses jeweils nach Eröffnung eines Verfahrens einstellen. Ohne praktische Umsetzung fehlt es wiederum an Erkenntnissen, wie sich das betreffende Verhalten tatsächlich auf dem Markt auswirkt. Im Ergebnis führt dies zu einer Pattsituation: Aufgrund des Investitionsrisikos werden Unternehmen auf eine Umsetzung der (allenfalls sanktionsbedrohten) Verhaltensweise verzichten, und die Behörden sind wiederum nicht in der Lage, das Vorhaben konkret zu bewerten, da sich mangels Umsetzung keine Auswirkungen im Markt beobachten lassen. Die eigentliche Intention des Widerspruchsverfahrens, nämlich mehr Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen, lässt sich vor diesem Hintergrund nicht realisieren. Vielmehr birgt das jetzige System die Gefahr, dass Unternehmen auf wirtschaftlich vernünftige und kartellgesetzlich unbedenkliche Verhaltensweisen verzichten. Dies gilt umso mehr, als für die Wettbewerbsbehörden keinerlei Verpflichtung besteht, eine Verfahrenseinleitung zu begründen.²⁴ Schliesslich ist zu beachten, dass das Sekretariat im Rahmen einer Vorabklärung eine Verhaltensweise für den Fall ihrer Umsetzung als kartellrechtlich problematisch qualifizieren kann, ohne im Weiteren eine Untersuchung zu eröffnen. Da die WEKO nicht zu einer Feststellung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Verhaltensweise gezwungen werden kann, schwebt über den betroffenen Unternehmen dann das Damoklesschwert einer möglichen Untersuchungseröffnung.²⁵

²³ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), 9.

²⁴ BBl 2012, 3932.

²⁵ Zum Ganzen BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a, N 217 ff.

b) *Verbesserungsansätze gemäss KG-Revision 2014*

Für die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens sah der bundesrätliche Vorschlag 2014 zwei Anpassungen vor:

- Zum einen sollte die Frist, innert welcher die Wettbewerbsbehörde tätig werden muss, von fünf auf zwei Monate nach Eingang der Meldung verkürzt werden. Wird innerhalb dieses Zeitraums keine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet, kann das Unternehmen das entsprechende Vorhaben umsetzen. Der Bundesrat argumentierte diesbezüglich, dass bereits die Verkürzung der Frist zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit für die Unternehmen führe.²⁶
- Zum anderen sollte ein Sanktionsrisiko ausschliesslich bei der Eröffnung einer formellen Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG und nicht bereits einer einfachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG bestehen. Als Begründung verwies der Bundesrat auf die erhöhten Anforderungen, die an die Eröffnung einer Untersuchung gestellt werden. Der Zeitraum, in welchem das gemeldete Vorhaben sanktionsbefreit umgesetzt werden kann, würde hierdurch verlängert und die investitionshemmende Wirkung der Sanktionsandrohung verringert.²⁷

c) *Bewertung der Verbesserungsvorschläge und mögliche Alternativen*

Während die vorgenannten Änderungsvorschläge anlässlich der parlamentarischen Debatten 2014 kaum Anlass zur Diskussion gaben, äusserte sich die Wirtschaft diesbezüglich kritisch. Und dies auch aus gutem Grund. So tragen weder die Fristsenkung von fünf auf zwei Monate noch das später angesetzte Sanktionsrisiko zu einer massgeblichen Verbesserung des Widerspruchsverfahrens bei.

Die Verkürzung der Widerspruchsfrist soll gemäss damaliger Botschaft «unmittelbar zu einer Vergrösserung der Rechtssicherheit für die Unternehmen» führen. So erlangen diese bei offensichtlich unbedenklichen Vorhaben oder solchen, die keinen direkt sanktionierbaren Tatbestand betreffen, bereits innert zwei Monaten Gewissheit, dass mit der Umsetzung des Vorhabens kein Sanktionsrisiko einhergeht.²⁸ Diese Argumentation verkennt, dass Unternehmen gemäss Art. 49a Abs. 3 KG lediglich solche Vorhaben melden dürfen, denen eine potenziell sanktionsbedrohte Wettbewerbsbeschränkung (siehe

²⁶ BBl 2012, 3933.

²⁷ BBl 2012, 3933.

²⁸ BBl 2012, 3983.

Art. 49a Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 und 4 resp. Art. 7 KG) innewohnt.²⁹ Ansonsten liefe der originäre Zweck des Widerspruchsverfahrens, nämlich die Sanktionsbefreiung, ins Leere. Die unbedenklichen (ohnehin sanktionsbefreiten) Vorhaben, die einer zügigen Beurteilung zugänglich wären, entziehen sich damit dem Anwendungsbereich von Art. 49a Abs. 3 KG. Demgegenüber dürfte die seriöse Beurteilung relevanter, meist komplexer Sachverhalte innerhalb der verkürzten Frist von zwei Monaten wohl nahezu ausgeschlossen sein. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Behörde unter Zeitdruck vermehrt Vorabklärungen resp. formelle Untersuchungen durchführen wird, um so den Zeitraum für die Prüfung der Meldung zu verlängern. Die vom Bundesrat angestrebte Fristverkürzung könnte insoweit die Rechtslage der Unternehmen sogar verschlechtern.

Ähnliches gilt für die zweite vorgeschlagene Änderung, wonach eine Aufschiebung der Sanktionsdrohung das Investitionsrisiko minimieren soll. Auch dieser Revisionspunkt lässt wesentliche wirtschaftliche Aspekte ausser Acht. Die Tatsache, dass eine Sanktion die Eröffnung einer formellen Untersuchung (und nicht bereits einer Vorabklärung) bedarf, führt lediglich dazu, dass der Zeitraum der Ungewissheit verlängert wird. Solange eine Sanktion droht, wird ein Unternehmen auf eine Umsetzung ihres Vorhabens verzichten. Das Investitionsrisiko dürfte den allenfalls nur vorübergehend bestehenden Nutzen meist überwiegen. Der Verweis in der damaligen Botschaft, wonach für die Eröffnung einer Untersuchung höhere Anforderungen gelten als für die Eröffnung einer Vorabklärung, vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern.³⁰ Die für eine Untersuchungseröffnung erforderlichen «Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede» dürften letztlich bei den meldeberechtigten Sachverhalten (Art. 5 Abs. 3 und 4 resp. Art. 7 KG) stets gegeben sein.³¹

Verbesserungen des Widerspruchsverfahrens müssen zwingend zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes führen. Als Vorbild für eine wirkungsvolle Anpassung des Widerspruchsverfahrens könnte das fusionskontrollrechtliche Meldeverfahren fungieren. Dieses statuiert eine Prüfungspflicht seitens der Behörde mit entsprechendem vorläufigem Vollzugsverbot. Der Entscheid über die Zulässigkeit erfolgt in jedem Fall in einer anfechtbaren Verfügung, die allenfalls auch Auflagen und Bedingungen enthalten kann. Bezüglich Frist könnte zwischen einfachen und komplexen Fällen differenziert werden, wobei für letztere bspw. eine maximale Behandlungs-

²⁹ BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a, N 204; siehe auch Studienvereinigung Kartellrecht, 8.

³⁰ BBl 2012, 3933.

³¹ Studienvereinigung Kartellrecht, 9.

dauer von vier Monaten eingeräumt wird. Ein solches Verfahren würde nicht nur zu mehr Rechtssicherheit bei den Unternehmen führen, es böte zudem auch die Möglichkeit, den von der Behörde getroffenen Entscheid mittels Beschwerde überprüfen zu lassen.

3. Einführung strafmildernder Compliance-Programme

a) Defizite der bestehenden Regelung

Bei Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen droht einem Unternehmen eine Geldbusse von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Innerhalb dieses weit gesteckten Rahmens erfolgt die konkrete Bemessung der Sanktion, welche unter Umständen einen substanziellen finanziellen Eingriff darstellen kann. Dementsprechend bemühen sich die Unternehmen verstärkt, Wettbewerbsverstösse durch organisatorische Massnahmen (sog. Compliance) zu verhindern. Bisher bestehen keine gesetzlichen Vorschriften, die die Wettbewerbsbehörden verpflichten, solche Bemühungen sanktionsmindernd zu berücksichtigen. Zu einer wirksamen Durchsetzung des Kartellrechts gehört jedoch neben repressiven Massnahmen konsequenterweise auch die Prävention. Entsprechend müssen vorbeugende Massnahmen der Unternehmen seitens der Wettbewerbsbehörden incentiviert und im Rahmen der Sanktionsbemessung angemessen Berücksichtigung finden können. Eine Überbewertung der repressiven Elemente führt zu überschüssenden und insbesondere vermeidbaren staatlichen Eingriffen, die wiederum ein übervorsichtiges Verhalten der Unternehmen mit negativen ökonomischen Wirkungen nach sich ziehen (sog. «business chilling»).

b) Verbesserungsansätze gemäss KG-Revision 2014

Eine Sanktionsreduktion ist gemäss bundesrätlichem Vorschlag 2014 lediglich für diejenigen Compliance-Programme vorgesehen, die einen wirksamen Beitrag zur Durchsetzung des Kartellrechts leisteten. Ob diese Voraussetzungen erfüllt seien, entscheide die Wettbewerbsbehörde bzw. die Gerichte. Für die entsprechende Beurteilung würden Informationen herangezogen, «die zeigen, dass in ähnlichen Fällen die eingerichteten Mechanismen funktioniert haben».³²

Die Höhe der Sanktionsreduktion werde im konkreten Einzelfall durch die Behörde und Gerichte bestimmt. Anzustreben sei eine *angemessene* Reduktion,

³² BBl 2012, 3931 f.

die einen zusätzlichen Anreiz für die Vermeidung von Kartellrechtsverstössen setze. Demgegenüber seien zu hohe Sanktionsminderungen zu vermeiden, da in diesem Falle Anreize geschaffen würden, die Programme lediglich darauf auszurichten, geeignete Nachweise für eine Sanktionsvermeidung zu produzieren. Der durch den Wettbewerbsverstoss unrechtmässig erzielte Gewinn (sog. Kartellrente) sei in jedem Falle abzuschöpfen. So seien Verwaltungs-sanktionen naturgemäss darauf ausgelegt, die korrekte, unverfälschte Marktsituation wiederherzustellen.³³ Zu berücksichtigen gelte überdies, dass eine in Aussicht gestellte Sanktionsminderung nicht das Rechtsinstitut der Bonusregelung untergrabe.³⁴

c) *Bewertung der Verbesserungsvorschläge und mögliche Alternativen*

Die Einführung strafmildernder Compliance-Programme ist ein wichtiger, positiver Schritt, der seitens der Wirtschaft begrüsst wird. Die Schweiz würde damit dem internationalen Trend folgen. So hat der deutsche Gesetzgeber erst kürzlich mit der am 19. Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle entsprechende Massnahmen in kartellrechtlichen Bussgeldverfahren als berücksichtigungsfähig anerkannt.³⁵ Mit dieser Neuregelung folgt Deutschland der ebenfalls jüngst vollzogenen Änderung in der Praxis des amerikanischen Department of Justice (DOJ). Auch dieses hat im Sommer 2019 seine bis anhin ablehnende Haltung gegenüber einer Berücksichtigung von Antitrust-Compliance-Programmen ausdrücklich aufgegeben.³⁶

Strafmildernde Compliance-Programme basieren auf dem Verschuldensprinzip und sollen einen Anreiz für präventive Massnahmen gegen Verletzungen des Kartellrechts bieten. Gemäss bundesrätlichem Vorschlag können Unternehmen nur dann auf eine Sanktionsminderung hoffen, wenn sie ein wirksames und angemessenes Compliance-Programm vorweisen können. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, welche konkreten Anforderungen an die entsprechenden Massnahmen gestellt werden. Die Ausführungen in der Botschaft lassen klar definierte Compliance-Massstäbe vermissen. Auch wenn die Ausgestaltung effizienter Massnahmen zweifelsohne von den individuellen Eigenschaften eines Unternehmens abhängen, wären gewisse konkrete Min-

³³ BBl 2012, 3931 f.

³⁴ BBl 2012, 3931 f.

³⁵ Siehe § 81d Abs. 1 Satz 2 Ziff. 4 und 5 GWB. Ausführlich dazu: Stammwitz, 191 ff.

³⁶ Siehe U.S. Department of Justice Criminal Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs, Juni 2020, abrufbar unter <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>>.

destvorgaben im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert, wenn nicht sogar geboten. Vorbilder aus dem Ausland, wie diese Rechtssicherheit erreicht werden kann, sind jedenfalls vorhanden.³⁷

4. Digitalisierung

a) *Anknüpfungspunkte für eine Regulierung*

Die Digitalisierung fungiert als Querschnittsthema über nahezu alle Wirtschaftsbereiche hinweg. Auch die Märkte werden massgeblich durch die digitalen Entwicklungen geprägt. Die hierdurch neu entstehenden Geschäftsmodelle und die damit einhergehenden innovativen Waren und Dienstleistungen stellen sowohl die Wettbewerbspolitik wie auch die kartellrechtlichen Behörden vor neue Herausforderungen.

Digitale Geschäftsmodelle werden derzeit oft als Plattformen oder Netzwerke betrieben.³⁸ Diese Dienste werden meist unentgeltlich angeboten. Man spricht diesbezüglich auch von einer «Kostenlos-Kultur» des Internets, die die traditionellen, entgeltlichen Geschäftsmodelle unter Druck setzt. Tatsächlich wird die Leistung der Plattform- und Netzbetreiberin jedoch nicht kostenlos erbracht, vielmehr bezahlen die Nutzerinnen und Nutzer mit der Bereitstellung ihrer Daten. Deren Preisgabe und die damit verbundene Auswertung durch die Betreiberin der Plattform tragen massgeblich zur Monetarisierung entsprechender Dienste bei.³⁹ Die Fähigkeit eines Unternehmens, Daten zu sammeln und zu bearbeiten, wird daher zunehmend als komparativer Wettbewerbsvorteil gewertet, der die Entwicklung marktübergreifender bedeutender Digitalkonzerne begünstigt.

Vor diesem Hintergrund sind die bestehenden auf die klassischen Märkte ausgerichteten Instrumente des Kartellrechts einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Besonderes Augenmerk gilt es dabei auf die nachstehenden Themen zu richten.

³⁷ So auch das DOJ, welches in einem Leitfaden zur «Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Violations» Erläuterungen veröffentlicht hat, wie ein effektives Compliance-Programm ausgestaltet sein muss, um sanktionsmindernd berücksichtigt zu werden.

³⁸ Ausführlich zur Definition und Fallpraxis von Plattformen und Netzwerken siehe BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016.

³⁹ Das ökonomische Potenzial von Daten lässt sich bspw. anhand der Umsatzzahlen von Facebook veranschaulichen: So basieren 95% der Bruttoeinnahmen auf dem Verkauf zielgerichteter Werbeflächen; siehe Pollack Lisa, What is the price of your personal digital dataset?, Financial Times vom 10. Mai 2016.

aa) *Marktbeherrungskriterien für digitale, zweiseitige Märkte*

Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wird auch bei unentgeltlichen, zweiseitigen Märkten danach beurteilt, ob dem betreffenden Unternehmen ein vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum zur Verfügung steht.

Die Bestimmung der Marktbeherrschung unterliegt bei zweiseitigen Märkten einer Reihe von Besonderheiten, welche von den klassischen Marktbeherrungskriterien nur unzureichend abgebildet werden. Diese sollten daher an die Digitalökonomie angepasst werden. Die Ökonomen Evans/Schmalensee entwickelten plattformspezifische Kriterien, die bereits von zahlreichen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern sowie Institutionen rezipiert wurden.⁴⁰ Demnach sollen Netzwerkeffekte sowie Grössenvorteile eine tendenziell konzentrationsfördernde Wirkung entfalten, während das Vorliegen von Multihoming als konzentrationsmindernd qualifiziert wird.⁴¹ Die Aussagekraft von Marktanteilen ist hingegen aufgrund der hohen (Innovations-)Dynamik in der Digitalökonomie eingeschränkt.⁴²

bb) *Algorithmische Kollusion*

Das Schweizer Wettbewerbsrecht enthält keine besonderen Vorschriften, die sich explizit mit dem Einsatz von Algorithmen auseinandersetzen. Es stellt sich daher die Frage, ob die bestehenden Regelungen im Kartellgesetz ausreichen, um dem neuartigen Phänomen zu begegnen. Kartellrechtliche Relevanz erlangen Algorithmen dann, wenn sie von Unternehmen dazu eingesetzt werden, um Wettbewerbsparameter mit anderen Unternehmen zu koordinieren. Dabei erweist sich insbesondere die Verhaltenskoordination, die auf Algorithmen ausgelagert wird und somit ausschliesslich auf der künstlichen Intelligenz von Maschinen beruht, als problematisch.⁴³

Entscheidendes Kriterium einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist, ob ein «bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen»⁴⁴ vorliegt.⁴⁵ Eine Wettbewerbsabrede setzt folglich den Nachweis

⁴⁰ Diese Kriterien fanden auch im Rahmen der 9. Gesetzesnovelle des deutschen GWB Berücksichtigung; siehe § 18 Abs. 3a GWB.

⁴¹ Evans/Schmalensee, 164.

⁴² Siehe hierzu bspw. Monopolkommission, Rz. 56.

⁴³ Heinemann, Algorithmen, 29.

⁴⁴ Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995, 468 ff., 545.

⁴⁵ Heinemann, Algorithmen 29.

einer zumindest konkludenten Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise voraus. Demgegenüber erfüllt blosses Parallelverhalten, wenn auch stillschweigend kollusiv, den vorbeschriebenen Tatbestand nicht.⁴⁶ Stillschweigende, auf Algorithmen beruhende Kollusion fällt somit nicht unter den Begriff der Wettbewerbsabrede.⁴⁷ Es drängt sich daher eine kritische Bewertung der bestehenden Regelung auf. Dabei gilt es zu evaluieren, ob es einer gesetzlichen Ausweitung des geltenden Kartelltatbestands bedarf⁴⁸ oder ob bereits eine digitale Interpretation des Abrede-Begriffs ausreichen würde.⁴⁹

cc) Datenzugang

Daten gelten als zentraler Inputfaktor vieler Wertschöpfungsprozesse. Die Bearbeitung von (Nutzer-)Daten ermöglicht es Unternehmen, die Qualität ihrer eigenen Dienste zu optimieren⁵⁰, neue Geschäftsfelder zu erschliessen⁵¹, ziel-

⁴⁶ Heinemann, Algorithmen 20; siehe auch BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27: Das Bundesgericht hielt in diesem Urteil fest, dass «das Gleichverhalten nicht durch exogene Marktfaktoren erzwungen, sondern planmässig, aufgrund ausgetauschter Marktverhältnisse erfolg[en]» muss, um eine Abrede bejahen zu können.

⁴⁷ Heinemann, Algorithmen, 27.

⁴⁸ US-amerikanische Kartellrechtswissenschaftler/innen sprechen sich für die wohl radikalste Ausweitung des Kartelltatbestandes aus: So sei die stillschweigende Kollusion als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren. Das Ergebnis klassischer und stillschweigender Koordination sei schliesslich dasselbe, nämlich die Gleichförmigkeit der Konditionenstellung; siehe hierzu Kaplow. Heinemann lehnt diese Herangehensweise als wenig sinnvoll ab. Würde auf bestimmte Koordinationsformen, wie etwa Kommunikation oder Kontakt, verzichtet, würde bei der Bewertung von potenziellen Wettbewerbsabreden letztlich ausschliesslich auf Marktentwicklungen und -ergebnisse abgestellt werden müssen. Demnach wäre nicht mehr der Austausch zwischen den Wettbewerbern ausschlaggebend für die Identifikation unzulässiger Abreden, sondern bereits der Umstand, dass beide Unternehmen denselben Preis verlangen; siehe Heinemann, Algorithmen, 28.

⁴⁹ Heinemann, Algorithmen, 28.

⁵⁰ So trägt bspw. jede Nutzeranfrage bei einer Suchmaschine zur Verbesserung des entsprechenden Algorithmus bei.

⁵¹ Grundlage hierfür bilden insbesondere die Auswertung von Daten, die in einem anderen Kontext gesammelt wurden; bspw. können die Bewegungsdaten von Handynutzerinnen und -nutzern dafür verwendet werden, bei der Nutzung eines Navigationsdienstes aktuelle Staumeldungen bereitzustellen; Autorité de la Concurrence/BKartA, 10; siehe auch Weber, 171.

orientierte Werbung zu schalten⁵² oder auch Preisdifferenzierungen⁵³ vorzunehmen. Es liegt daher nahe, dass die Kontrolle über bestimmte Daten(-sätze) bei der Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens miteinfließen muss.⁵⁴ Auch können Daten als abrederelevante Wettbewerbsparameter und bei der Beurteilung der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen eine entscheidende Rolle spielen.

Der Zugang zu Daten gilt in der digitalen Ökonomie als ein wesentlicher Treiber für die Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und letztlich einer Volkswirtschaft.⁵⁵ Vor diesem Hintergrund könnte «data sharing» oder auch die zwangsweise kartellrechtliche Gewährung von Datenzugang unter Umständen einen Vorteil gegenüber der exklusiven Datenkontrolle einzelner Unternehmen darstellen.⁵⁶ Zugangsansprüche sind jedoch in denjenigen Fällen ausgeschlossen, wenn sie sich nicht mit dem Datenschutzrecht vereinbaren lassen. Ob sich unter bestimmten Voraussetzungen dennoch ein datenschutzrechtlicher Zugang rechtfertigt, sofern die kartellrechtlichen Anforderungen eines Anspruchs gegeben sind, ist bislang ebenfalls ungeklärt.⁵⁷

⁵² Sog. «targeted advertising»: Hierunter versteht man die Bereitstellung von Werbung, die auf individuellen Nutzerinteressen basiert. Auf diese Weise können Unternehmen ihre Werbekosten senken, indem sie sich zielgerichtet auf die tatsächlich relevanten Zielgruppen fokussieren können; *Autorité de la Concurrence/BKartA*, 10 f.

⁵³ Das Sammeln von persönlichen Daten ermöglicht es den Unternehmen, bessere Informationen über die Kaufgewohnheiten und die Zahlungsbereitschaft ihrer Kundinnen und Kunden zu erlangen. Verfügt ein Unternehmen über eine marktmächtige Stellung, können diese Informationen dazu genutzt werden, für unterschiedliche Kundengruppen individuelle Preise festzulegen; *Autorité de la Concurrence/BKartA*, 21.

⁵⁴ Heinemann, *Big Data*, 312 f.; Schweitzer et al., 78. Der deutsche Gesetzgeber hat dies mit der 9. GWB-Novelle für einen Teilbereich bereits ausdrücklich anerkannt. So heisst es in § 18 Abs. 3a GWB nun: «Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen: ... Nr. 4: *sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten*».

⁵⁵ Zu berücksichtigen gilt jedoch, dass allein der Besitz von Daten keinen komparativen Vorteil für ein Unternehmen begründet. Entscheidend ist vielmehr, ob das Unternehmen die Fähigkeit besitzt, die Daten in geeigneter Form zu bearbeiten. Die Gewährung eines Datenzugangs darf nicht dazu genutzt werden, diesen selbst erschaffenen Wettbewerbsvorteil zu nivellieren. Dies gilt umso mehr, da Daten grundsätzlich nicht exklusiv sind, sondern von der betreffenden Person einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmen zur Verfügung gestellt werden können.

⁵⁶ Schweitzer et al., 128 f.

⁵⁷ Drexl, 51 f.

b) Nächste Schritte

Die fortschreitende Digitalisierung stellt das Kartellrecht vor Herausforderungen. Auch wenn einige Anknüpfungspunkte für eine Regulierung im Kartellgesetz bestehen, sind die diesbezüglichen Konzepte noch nicht genügend ausgereift, um konkrete Bestimmungen formulieren zu können. Es gilt jedoch die Thematik und dabei insbesondere die diesbezüglichen internationalen Entwicklungen eng zu verfolgen und hieraus belastbare Erkenntnisse für eine gesetzliche Anpassung zu erarbeiten. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass mögliche Regularien stets auf ihre Beständigkeit hin geprüft werden müssen. Der digitale Fortschritt unterliegt einem fortlaufenden Wandel, der die Festlegung von nachhaltigen Regeln erschwert.

Das Thema Digitalisierung genießt in der Wirtschaft grosse Beachtung. So gehen mit der stetigen digitalen Entwicklung der Märkte Chancen, aber auch Risiken einher. Um die Rechtssicherheit zu erhöhen und gleichzeitig das Potenzial der fortlaufenden Digitalisierung nutzen zu können, bedarf es einer angemessenen Regulierung. Dabei gilt es auch frühzeitig die Politik für die vorbeschriebenen Themen zu sensibilisieren und ein Bewusstsein für die digitalen Herausforderungen zu schaffen.

III. Schlussfolgerungen

Der Bundesrat nimmt im Rahmen der sich abzeichnenden Revisionsarbeiten einige wichtige Anliegen auf, wie namentlich die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. Allerdings reichen diese Revisionspunkte nicht aus, um dem aus wirtschaftlicher Sicht bestehenden Reformstau des Kartellrechts ausreichend zu begegnen. Die Wirtschaft wünscht sich für die bevorstehende Revision des Kartellgesetzes daher ein mutigeres Vorgehen seitens Bund und Politik. So sollen auch Themen aufgegriffen werden, die im Rahmen der letztmaligen Revision gescheitert sind. Dabei gilt es, unter Einbezug aller Interessenvertreter, die damaligen Gründe für die politische Ablehnung aufzuarbeiten und allenfalls neue, modifizierte Vorschläge zu unterbreiten, die sowohl die wirtschaftlichen Anliegen berücksichtigen als auch gleichzeitig politisch mehrheitsfähig sind.

Eine wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ist für eine glaubwürdige Ordnungspolitik unabdingbar. *economiesuisse* setzt sich klar für einen effektiven Wettbewerb und gegen Abschottungen, aber auch verzerrende staatliche Interventionen ein. Vor diesem Hintergrund wird eine Modernisierung des Kartellrechts im Sinne der vorstehend beschriebenen Punkte angestrebt.

Literaturverzeichnis

- Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 10. Mai 2016.
- Basler Kommentar zum Kartellgesetz, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basel 2010 (zit. BSK KG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Baudenbacher Carl, Evaluation Kartellgesetz – Institutionelles Setting/Vertikale Abreden/Sanktionierung von Einzelpersonen/Zivilrechtliche Verfahren, Bern 2009.
- Bochud Sarah/Schraner Felix, Substanzielle Reform des Kartellgesetzes, Die Volkswirtschaft 2012, 57 ff.
- Commentaire Romand. Droit de la concurrence, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Basel 2012 (zit. CR Concurrence-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Drexl Josef, Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, 2016.
- Evans David/Schmalensee Richard, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 2007, 151 ff.
- Heinemann Andreas, Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2019, 18 ff. (zit. Heinemann, Algorithmen).
- Heinemann Andreas, Big Data im Kartellrecht, in: Notter Markus et al. (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, 311 ff. (zit. Heinemann, Big Data).
- Kaplow Louis, Competition Policy and Price Fixing, Princeton 2013.
- Kommentar. Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2018 (zit. Komm KG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Juni 2015.
- Schneider Henrique, Wettbewerb der Wettbewerbsbehörden?, sic! 2013, 690 ff.
- Schweitzer Heike et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018.
- Stammwitz Laura, Kehrtwende: 10. GWB-Novelle erkennt «Compliance-Defence» im Kartellbussgeldrecht an, Compliance Berater 2021, 191 ff.
- Studienvereinigung Kartellrecht E.V., Vernehmlassung Revision KG, Zürich 2010.
- Weber Rolf H., Information at the crossroads of competition and data protection law, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2014, 169 ff.

Vertikalisierung – ein Phantomproblem in der allgemeinen und in der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung

Markus Saurer

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	135
II.	Kartellgesetzliche Überregulierung der vertikalen Koordination	139
	1. Vorbemerkungen	139
	2. Beeinträchtigungen des Wettbewerbs	140
	3. Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten (interbrand)	143
	4. Kooperation zwischen Komplementären (intra-brand)	146
	5. Beurteilung	147
III.	Dauergefahr der sektoriellen Überregulierung in der Telekommunikation	147
	1. Vorbemerkungen	147
	2. Entwicklung der Regulierung	149
	a) Schlanke Zugangsregulierung 1998	149
	b) Unzulässige Gesetzesauslegung	149
	c) Unzulässige Verordnungsrevision	150
	d) Gesetzesrevision 2007	150
	e) Konzertierte Offensive der Regulatoren	150
	f) Evaluationsberichte	151
	g) Gesetzesrevision 2019	152
	3. Beurteilung	152
IV.	Zusammenfassung und Politikempfehlung	153
	Literaturverzeichnis	155

I. Einleitung

«Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen.»¹ So lautet der sprachlich etwas missglückte Titel der Motion von Ständerat Olivier François (FDP/VD). Sie wurde in der Sommersession 2021 vom Parlament überwiesen und ist im Rahmen der anstehenden Teilrevision

¹ 18.4282 Motion François Olivier vom 13. Dezember 2018.

des Kartellgesetzes wie folgt zu erfüllen: «Um die Gesetzgebung im Wettbewerbsbereich wirksamer zu gestalten und die Unsicherheiten in Bezug auf ihre Anwendung zu verringern, wird der Bundesrat aufgefordert, Artikel 5 des Kartellgesetzes zu präzisieren. Diese Änderung soll es ermöglichen, den Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede unter Berücksichtigung sowohl qualitativer als auch quantitativer Kriterien zu bestimmen.»²

Das schweizerische Wettbewerbsrecht verbietet Wettbewerbsabreden (Kartelle) und andere Wettbewerbsbeschränkungen nicht per se, sondern nur, wenn sie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben.³ Also müsste es eigentlich selbstverständlich sein, dass die Behörden bei ihrer Beurteilung die effektiven Auswirkungen fraglicher Tatbestände analysieren. Wie sollten sie sonst deren Schädlichkeit nachweisen können? Solche Nachweise wurden in den ersten Kartellgesetzjahren denn auch stets geführt – ökonomisch, denn anders geht das nicht. Zur ökonomischen Analyse werden die Behörden schon in der Botschaft zum Kartellgesetz ausdrücklich aufgerufen und zur Anwendung der jeweils geeignetsten markt- und wettbewerbstheoretischen Beurteilungsmuster aufgefordert.⁴ Und dies impliziert die Berücksichtigung quantitativer Kriterien und Wirkungen. Wie konnte es dann dazu kommen, dass sich das Parlament nach rund 25 Jahren kartellgesetzlicher Vollzugspraxis plötzlich dazu berufen fühlte, die gesetzliche Präzisierung einer Selbstverständlichkeit zu fordern?

Nun, diese Forderung ist nötig geworden, um den zuständigen Behörden, der Wettbewerbskommission, dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht (!) diese Selbstverständlichkeit gleichsam «verbindlich» in Erinnerung zu rufen. Denn sie haben sich in den letzten Jahren bei ihren Beurteilungen gewisser Tatbestände immer stärker auf qualitative Argumente (um nicht zu sagen: auf Fiktionen) beschränkt und die Wirkungsanalyse – die Klärung der wirklich entscheidenden Frage nach der *tatsächlichen Erheblichkeit* und Schädlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung – immer mehr vernachlässigt und schliesslich vollständig ausgeblendet. Mitte 2016 hat das Bundesgericht diese Praxis im Leitentscheid Gaba/Elmex nicht nur fallbezogen bestätigt, sondern für gewisse Abreden gar zum allgemein verbindlichen Paradigma erklärt. Fortan sei davon auszugehen, dass horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG und vertikale Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG per se erhebliche und

² Motion Français.

³ Vgl. Art. 96 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie Art. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251).

⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I, 515 ff.

somit unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen darstellten, denn diese «harten» Abreden seien «potenziell» immer schädlich. Eine Analyse und Beurteilung ihrer tatsächlichen Auswirkungen in den relevanten Märkten sei deshalb nicht notwendig. Vorbehalten bleiben nur nicht weiter spezifizierte Bagatellfälle sowie Abreden, die aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen sind.⁵ Dieses neue Paradigma gilt, bis das Bundesgericht selber wieder davon abrückt oder das Parlament auf dem Gesetzesweg ausdrücklich etwas anderes vorgibt. Letzteres ist der Zweck der Motion Français.

Dass die Wettbewerbsbehörden die quantitative Wirkungsanalyse immer mehr zur Seite geschoben haben, hängt besonders mit der im Rahmen der Digitalisierung und des arbeitsteiligen Wirtschaftens immer stärker verbreiteten Koordination von Marktteilnehmern unterschiedlicher Wertschöpfungsstufen mittels vertikaler Verträge zusammen – auch im Fall Gaba/Elmex ging es um solche Verträge. Das Phänomen vertikaler Restriktionen oder der «Vertikalisierung» wird offensichtlich von vielen Kartellrechtsjuristen und einigen Ökonomen nicht ausreichend wettbewerbsökonomisch reflektiert und zu Unrecht zum grossen Wettbewerbsproblem emporstilisiert.⁶ Doch vertikale Koordination vermag den wirksamen Wettbewerb im Normalfall weder zu beseitigen noch erheblich zu beeinträchtigen, sondern ist vielmehr gerade typisches Merkmal dieses Wettbewerbs. Darum kann plakativ von einem «Phantomproblem» gesprochen werden, mit dem wir uns in diesem Beitrag an den Beispielen der allgemeinen und der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung beschäftigen wollen.

Mit der wettbewerbsökonomisch fundierten Wirkungsanalyse der früheren Kartellgesetzzollzugsjahre mussten in der Tat die meisten Untersuchungen vertikaler Abreden ohne Folgen geschlossen werden. Die Analysen ergaben immer wieder, dass fragliche Tatbestände den Wettbewerb nicht in erheblicher Weise zu beeinträchtigen vermochten und somit auch keine rechtlich relevanten Schäden generieren konnten. Doch die Einstellung kartellgesetzlicher Verfahren ohne Interventionen und Bussen bringt ein gewisses Frustrationspotenzial mit sich – vor allem für die Wettbewerbskommission und ihr

⁵ BGE 143 II 297. S. dazu z. B. auch Emch/Saurer, Fehler programmiert, 10, sowie mehrere Beiträge im Blog «Wettbewerbspolitik» des Verfassers und weiterer Autoren, abrufbar unter: <<https://wettbewerbspolitik.org>>. Nur nebenbei sei angemerkt: Das Bundesgericht widerspricht sich selber, denn ohne zumindest grobe quantitative Analysen kann man nicht richtig beurteilen, ob ggf. ein Bagatellfall vorliegt oder nicht.

⁶ So z. B. in den Aussagen von Rudolf Strahm im «Echo der Zeit», Radio SRF 1, vom 11. Mai 2021 zur Jahrespressekonferenz der Wettbewerbskommission, abrufbar unter: <<https://www.srf.ch/news/wirtschaft/25-jahre-neues-kartellrecht-weko-steht-vor-grossen-herausforderungen>>.

Sekretariat. Ihre zahlreichen folgenlosen Verfahren wurden in weiten Kreisen von Presse und Öffentlichkeit als Misserfolge gewertet und kritisiert, Behörden und Gesetz als «zahnlose Papiertiger» gebrandmarkt. So waren die Behörden geneigt, die Interventionshürden durch Vernachlässigung quantitativer Kriterien abzusenken. Wer glaubt, die davon betroffenen «harten» Abreden seien – ob mehr oder weniger erheblich – sowieso immer irgendwie schädlich, will darin natürlich auch eine intelligente Lösung sehen, die die Verfahren vereinfacht, Ressourcen spart und den Behörden erst noch mit Leichtigkeit zum (vermeintlichen) Erfolg verhilft.

Aus ähnlichen Motiven und Ansichten neigen oft auch sektorspezifische Regulierungsbehörden dazu, ihre gesetzlichen Interventionshürden möglichst niedrig zu interpretieren oder durch den Gesetzgeber niedriger stellen zu lassen. Im hier diskutierten Beispiel der Regulierung des Netzzugangs in der schweizerischen Telekommunikation geht es ebenfalls um Bestrebungen zur Per-se-Lösung eines vermeintlichen vertikalen Problems, zu der aber seit der Liberalisierung 1998 bis heute weder das Bundesgericht noch das Parlament Hand bieten wollten.

Wenn allgemeine oder sektorspezifische Interventionen zum Schutz des Wettbewerbs nicht basierend auf einer sorgfältigen ökonomischen Analyse, sondern nach dem zwar volkstümlichen, aber in diesem Zusammenhang wirklich dümmlichen Motto «Nützt es nichts, so schadet es nicht» erfolgen, dann werden es in sehr vielen Fällen gerade diese Interventionen sein, die den Wettbewerb beeinträchtigen und damit volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen generieren. Die Gefahr dieses Regulierungsversagens besteht ganz besonders bei vertikalen Restriktionen, weil «Vertikalisierung» eben unter vielen tatsächlichen Marktumständen nicht antikompetitiv, sondern neutral oder prokompetitiv wirkt und als Ergebnis des Wettbewerbs zu betrachten ist. Ob Interventionen angebracht sind oder nicht, können die Behörden nur richtig beurteilen, wenn sie qualitative wie quantitative Aspekte gleichermaßen eingehend prüfen und im Lichte der besten verfügbaren ökonomischen Kenntnisse beurteilen.

II. Kartellgesetzliche Überregulierung der vertikalen Koordination

I. Vorbemerkungen

Die industrieökonomische Literatur⁷ überquillt mit theoretischen und empirischen Arbeiten zur vertikalen Koordination. Letztere erfolgt üblicherweise vertraglich gebunden und umfasst in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht oft Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG und andere Vertikalabreden. Die Abreden werden getroffen zwischen an einer Wertschöpfungskette beteiligten Unternehmen verschiedener Wertschöpfungs- oder Marktstufen und können von der Beschaffung der Rohstoffe, Halbfabrikate und weiterer Vorleistungen über Produktionsstruktur und Produktionsprozesse bis hin zu Marketing und Wettbewerbsstrategie sämtliche operativen und strategischen Aspekte einer Wertschöpfung und deren Vermarktung zum Gegenstand haben. Aspekte der Forschung, Entwicklung und der Investitionen sowie der Finanzierung und der Aufteilung der damit verbundenen Risiken können dabei mit eingeschlossen sein. Am häufigsten und am bekanntesten dürften vertikale Bindungen zwischen Herstellern und Händlern sein – so etwa vertikal gebundene, selektive oder exklusive Vertriebssysteme.

Keine derartige vertikale Koordination liegt vor, wenn vor- oder nachgelagerte Produkte oder Leistungen auf einer Wertschöpfungsstufe immer wieder auf Spot- oder auch Terminmärkten nachgefragt oder zur Disposition gestellt werden. Quasi zur totalen vertikalen Koordination kommt es hingegen durch vertikale Integration, wenn die an der Wertschöpfung beteiligten Unternehmen zusammengeschlossen und sämtliche Transaktionen von den Märkten in das integrierte Unternehmen verlagert werden. Dann entfällt auch ein sonst latenter Wettbewerb unter aktuellen und potenziellen Partnern um vertikale Bindungen.⁸

⁷ Die Industrieökonomik (engl. industrial organization, IO) ist derjenige Teil der Ökonomik, der sich mit realitätsbezogenen Fragen der «unvollkommenen» oder «imperfekten» Konkurrenz auseinandersetzt. Sie hält heute die Analyseinstrumente und Kenntnisse bereit, ohne die zielführende Marktinterventionen nicht machbar sind. Denn in der realen Wirtschaft gibt es die «vollkommene» Konkurrenz ebenso wenig wie die idealtypischen Monopole oder Oligopole der Basismikroökonomik. Für einen kompakten, auf das Kartellrecht bezogenen Überblick über die modernen ökonomischen Ansätze s. Schwalbe/Zimmer, insbesondere I.B. Wettbewerb und Effizienz, 12 ff. Für eine umfassendere Abhandlung s. Motta.

⁸ Dieser nicht leicht fassbare Wettbewerb etwa um die Aufnahme als Partner in selektive oder exklusive Wertschöpfungsketten findet in der Analyse der Behörden viel zu wenig Beachtung.

Unser Fokus liegt bei vertikalen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, also bei Abreden «[...] über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden»⁹. Das sind die sogenannten vertikalen Vermutungstatbestände, die in Gaba/Elmex vom Bundesgericht per se als unzulässig deklariert werden. Von Vermutungstatbeständen wird im Gesetz vermutet, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Sofern diese Vermutung jedoch widerlegt werden kann, was in den meisten vertikalen Fällen leicht gelingt, können die fraglichen Abreden den Wettbewerb immer noch erheblich beeinträchtigen. Diese Erheblichkeit war vor Gaba/Elmex eingehend zu prüfen, wird aber jetzt mit diesem neuen Paradigma schlicht vorausgesetzt (ausgenommen Bagatellfälle). Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG sind aber letztlich gleichermassen unzulässig und werden mit Bussen belegt, ob sie nun den Wettbewerb nach Auffassung der Behörden beseitigen oder «nur» erheblich beeinträchtigen. Der Gesetzgeber kann darum wohl kaum gewollt haben, dass nach Widerlegung der Beseitigungsvermutung gleich ohne Umschweife auf erhebliche Beeinträchtigung geschlossen wird, sonst hätte er auf die Unterscheidung in Beseitigung und erhebliche Beeinträchtigung verzichtet und die fraglichen Abreden generell verboten. Hier ist auch noch in Erinnerung zu rufen, dass die letzte Kartellgesetzrevision nach Jahren der Debatte im Herbst 2014 gerade auch deshalb gescheitert ist, weil sie ein praktisch mit Gaba/Elmex identisches Teilkartellverbot vorsah.¹⁰ Die Parlamentsmehrheit, die ausdrücklich gegen dieses Verbot der Vermutungstatbestände war, sieht sich nunmehr mit Gaba/Elmex durch das höchste Gericht desavouiert. Doch überlassen wir die Diskussion derartiger institutioneller Fragen berufenen Experten und wenden uns der industrieökonomischen Seite zu.

2. Beeinträchtigungen des Wettbewerbs

Eine Beseitigung des Wettbewerbs liegt vor, wenn aus der Sicht der Endkunden im für sie relevanten Markt – letztlich am physischen oder virtuellen (Internethandel) Verkaufspunkt einer Wertschöpfungskette – nur noch das Produkt dieser einen Kette oder Marke (engl.: brand) zur Verfügung steht. Wirksamer Wettbewerb erfordert in der Regel, dass die Endkunden aus mindestens zwei oder mehreren voneinander unabhängigen Angeboten (also zwischen valablen Substituten verschiedener Marken: interbrand) auswählen

⁹ Art. 5 Abs. 4 KG.

¹⁰ Botschaft des Bundesrates vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905 ff.

können.¹¹ Gehen wir sinnvollerweise davon aus, dass der unter den jeweils gegebenen technisch-ökonomischen und institutionellen Umständen theoretisch mögliche Wettbewerb die adäquate kompetitive Referenz darstellt, dann liegt eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Abreden vor, wenn diese ursächlich sind für dauerhafte Abweichungen von dieser Referenz – und zwar zulasten der Endkunden.¹² Die Frage der Erheblichkeit ist dann eine Frage nach dem Ausmass dieser Abweichungen und danach, ob sie im Lichte von Art. 1 KG als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich zu beurteilen sind.

Dieser Erklärungs- oder Definitionsversuch ist natürlich tautologisch. Er sagt nur aus, dass eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, wenn der tatsächliche Wettbewerb von einer unbeeinträchtigten kompetitiven Referenz abweicht – also wenn effektiv eine Beeinträchtigung vorliegt. Trotzdem ist diese Feststellung im Kontext Gaba/Elmex nicht sinnentleert, sondern führt direkt zu den Wurzeln des mit diesem Paradigma verbundenen Regulierungsversagens: Einige Arten vertikaler Bindungen werden heute von den Behörden grundsätzlich zum Problem erklärt, ohne dass kompetitive Referenzen zum Beleg vorgelegt werden. Dies war im Prinzip so lange nicht weiter «schlimm», als dazu noch in jeder konkreten Untersuchung nach den tatsächlichen Umständen, den adäquaten kompetitiven Referenzen (ohne Abrede) und nach den Differenzen zum Marktergebnis (mit Abrede) gesucht und auf diese Weise ökonomisch nachvollziehbar begründet auf Beseitigung, erhebliche, unerhebliche oder keine Beeinträchtigung geschlossen wurde. Dass dabei die Behörden mitunter geneigt waren, ihr Ermessen im Zweifelsfall eher für als gegen eine Intervention auszunützen, war vermutlich auch ein Problem, das wir hier aber

¹¹ Je nach produktionstechnischen Gegebenheiten (Skalenerträge, Verbundvorteile in Mehrprodukteunternehmen, Netzeffekte u. a.) kann wirksamer Wettbewerb auch durch Oligopole, Duopole oder selbst durch ein angreifbares Monopol gekennzeichnet sein. Vgl. dazu Baumol/Panzar/Willing, insbesondere Ch. 2, *Industry Structure and Performance in Perfectly Contestable Markets: The Single-Product Case*, 15 ff.

¹² Vom wirksamen Wettbewerb profitieren in erster Linie die Endkunden (Konsumentenrente) – sonst kann nicht wirklich von Wettbewerb gesprochen werden. Besonders effiziente Unternehmen können Gewinne erwirtschaften (Produzentenrente), Grenzunternehmen vermögen gerade noch im Markt zu verbleiben, und ineffiziente Unternehmen fallen aus dem Markt. Wettbewerbsbehörden, die etwa auch eine faire Beteiligung der Wertschöpfungspartner am Gewinn oder einen Ausgleich von Macht innerhalb der Wertschöpfungskette anvisieren, beeinträchtigen mit ihren Interventionen den Wettbewerb. Leider sind diese Regulierungsfehler im Vollzug des Kartellrechts aus politisch-ökonomischen Gründen allgegenwärtig. Vgl. dazu Saurer (Schutz der Wettbewerber statt des Wettbewerbs) sowie die dort zitierte Literatur.

nicht diskutieren wollen, weil es jetzt in Fällen des Gaba/Elmex-Typs nur noch in Bezug auf die Bagatellfrage und allenfalls bei einer «Effizienzverteidigung» ein ökonomisch relevantes Ermessen gibt.

Wie schon erwähnt, wurden vor Gaba/Elmex zahlreiche Fälle als unerheblich beurteilt und ohne Folgen abgeschlossen. Mit Gaba/Elmex wären sie alle (bis auf Bagatellen) ohne Analyse der möglichen und der tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse als erheblich zu beurteilen, zu untersagen und zu büssen gewesen. Dies gilt vorab für die Verfahren zu Vertikalabreden gemäss Art. 5 Abs 4 KG, die seit der Inkraftsetzung dieses Artikels im Frühjahr 2004 bis zum Gaba/Elmex-Urteil Mitte 2016 eingestellt wurden. Nun werden einige Experten argumentieren, dass der Vollzug vor diesem Paradigma eben zu permissiv war und nunmehr dieser Regulierungsfehler (*zweiter Ordnung*) mit der strengeren Behandlung der Vertikalabreden korrigiert worden sei. Vermutlich sind die meisten Experten und mit Sicherheit die Mehrheit des Parlaments (Motion Français) aber gegenteiliger Auffassung: Mit Gaba/Elmex wurde der Grundstein zu einer Serie von ungerechtfertigten Marktinterventionen gelegt (Regulierungsfehler *erster Ordnung*), der unbedingt wieder entfernt werden sollte. Im Folgenden soll dargelegt werden, dass dieser Auffassung aus industrieökonomischer Sicht klar zuzustimmen ist. Dazu sind vorab noch drei nützliche Hinweise anzubringen:

1. Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 4 KG können durchaus durch andere Abreden etwa betreffend Mengen oder Kunden sowie auch durch gezielte Preis-Leistungs-Differenzierungen substituiert werden. Dadurch können die strategischen Ziele der vermiedenen Abreden auch erreicht werden, was aber mit höheren Koordinationskosten verbunden ist. Ein generelles Verbot der Vermutungstatbestände erhöht durch solche Substitutionsreaktionen tendenziell die Kosten der Wertschöpfung und beeinträchtigt dadurch den Wettbewerb: «Nützt es nichts, so schadet es.»
2. Von einer derartig behördlich induzierten Ineffizienz sind nicht nur die Unternehmen betroffen, gegen die verfügt wurde. Vielmehr wirkt das faktische Verbot von Abreden des Typs Art. 5 Abs. 4 KG qua Compliance in vielen weiteren Unternehmen. Daraus ergibt sich ein Zwangsjacken- oder Chilling-Effekt, durch den in den Märkten immense volkswirtschaftliche Schäden entstehen können, die letztlich fast ausschliesslich auf die Endkunden zurückfallen.¹³ Für die Unternehmen ist dies alles nicht sehr problematisch, sofern ihre Mitkonkurrenten in gleichem Masse von fragli-

¹³ Vgl. z. B. Emch/Saurer, Wettbewerber in der Zwangsjacke, 335.

chen Regulierungen betroffen sind. Das erklärt wohl auch die oft sehr erstaunliche Passivität der Wirtschaft in der Diskussion von strittigen kartellgesetzlichen Fragen.

3. Eine Überregulierung der vertikalen Koordination leistet einem ineffizienten Mass an vertikaler Integration Vorschub.

Diesen Punkten folgend, ist zu befürchten, dass durch Gaba/Elmex schon ein erheblicher volkswirtschaftlicher Schaden (sic!) entstanden sein könnte und weiter entsteht, solange dieses Paradigma Bestand hat. Leider findet sich dazu in der aktuelleren schweizerischen industrieökonomischen Forschung wenig bis nichts, da sich diese kaum mit konkreten Verfahren und Entscheiden der Wettbewerbsbehörden befasst. Allerdings haben sich zahlreiche Ökonomen schon lange vor Gaba/Elmex, im Jahr 2009, im Rahmen einer breit angelegten Evaluation des Kartellgesetzes intensiv mit den vertikalen Vereinbarungen befasst und sich zu deren kartellgesetzlicher Behandlung geäussert.¹⁴

3. Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten (interbrand)

Art. 5 Abs. 4 KG wurde nach einer KG-Teilrevision per 1. April 2004 in Kraft gesetzt – zuvor hatte es für vertikale Abreden keine Vermutungstatbestände gegeben. Da dieser Artikel sowie weitere Teile der Revision im Parlament umstritten waren, wurde in Art. 59a KG auch gleich eine Evaluation vorgeschrieben. Diese wurde im Jahr 2008 von zahlreichen bundesinternen und externen Studiengruppen ausgeführt. Ihre Ergebnisse sind in Einzelberichten sowie einem Synthesebericht der Leitungsgruppe festgehalten¹⁵ und wurden vom Bundesrat Anfang 2009 zur Kenntnis genommen und in einem eigenen Bericht zusammengefasst. Folgende Auszüge entnehmen wir dem bundesrätlichen Bericht:¹⁶

- «Die Wettbewerbskommission präziserte diese Bestimmung in einer Bekanntmachung so, dass heute [also 2009; Anm. d. Verf.] gewisse Typen von Vertikalabsprachen unabhängig von den betroffenen Marktanteilen quasi per se als unzulässig gelten. Damit wurde ein Risiko geschaffen, dass volkswirtschaftlich sinnvolle und gar wettbewerbsfördernde Zusam-

¹⁴ Bundesrat, Bericht gestützt auf Artikel 59a Kartellgesetz über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen (vom Bundesrat am 25. März 2009 gutgeheissen), «Differenziertere Behandlung vertikaler Vereinbarungen», 10 ff.

¹⁵ Dokumentation zur Evaluation des Kartellgesetzes, abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/evaluation-des-kartellgesetzes.html.

¹⁶ Bundesrat, «Differenziertere Behandlung vertikaler Vereinbarungen», 10–11.

menarbeitsformen zwischen Unternehmen verhindert werden. Dies widerspricht dem Zweckartikel des Kartellgesetzes und läuft der internationalen, auch europäischen Tendenz in Richtung Einzelfallbetrachtung solcher Abreden zuwider. [...]

- Es wird insbesondere moniert [durch Kritiker; Anm. d. Verf.], dass die Bekanntmachung der WEKO wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen widerspricht, indem sie namentlich die Bedeutung des interbrand-Wettbewerbs (d. h. des Wettbewerbs zwischen verschiedenen auf demselben Markt vorhandenen Marken) ungenügend berücksichtigt. [...]
- Gemäss ökonomischer Theorie und Empirie können vertikale Abreden in der Regel nur dann wettbewerbsschädigende Auswirkungen haben, wenn Unternehmen mit Marktmacht involviert sind. [...]
- Sofern auf einem Markt intensiver Wettbewerb herrscht, ist [...] wahrscheinlich, dass eine solche Restriktion effizient und wohlfahrtssteigernd ist. [...]
- Anhand von 91 Geschäften der Wettbewerbsbehörden zeigte sich, dass sich die meisten vertikalen Vereinbarungen nicht erheblich auf den Wettbewerb auswirkten. [...]
- Auch wurden von Seiten der Unternehmen Anzeichen dafür festgestellt, dass aus diesem Artikel ein Schutz von (kleinen) Wettbewerbern und nicht des Wettbewerbs resultiert.
- Die im Rahmen der Evaluation befragten Anwälte/innen vertraten die Meinung, dass die Unternehmen diese neue Gesetzesbestimmung befolgen und deshalb suboptimale, weniger effiziente Verhaltensweisen bezüglich Produktion, Vertrieb und Verkauf wählen würden.
- Mit der neuen Bestimmung und Bekanntmachung besteht folglich die Gefahr, dass effiziente vertikale Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmenden verschiedener Marktstufen verhindert werden.»

Praktisch identische Kritikpunkte hatte ein Jahr vor der Evaluation auch schon der Verfasser, der in der Evaluation als Experte befragt wurde, in einem Diskussionspapier festgehalten.¹⁷ Der Bundesrat teilte «im Grundsatz» die Auffassung der Evaluatoren, dass vertikale Abreden differenzierter beurteilt werden sollten. Er stellte darum Revisionsvorschläge zur Aufhebung des Vermutungstatbestands der Schädlichkeit vertikaler Absprachen in Aussicht. Weitergegangen ist die «Vertikalgeschichte» aber bis zum Fanal Gaba/Elmex erstaunlicherweise ganz anders. Davon nur so viel: Fünf Jahre nach der Evaluation ist die letzte KG-Revision – wie vorne erwähnt – u. a. daran gescheitert, dass

¹⁷ Saurer, 13 ff.

Art. 5 Abs. 4 KG statt aufgehoben in ein Teilkartellverbot hätte verschärft werden sollen. Dieser der differenzierten Beurteilung diametral entgegengesetzte Vorschlag kam wie ein «Schuss aus der Hüfte» von Johann Schneider-Amann aus einem neu zusammengesetzten Bundesrat, der seine Auffassung ohne Angabe rationaler Gründe (die es auch nicht gab) geändert hatte, wurde aber vom Parlament im Jahr 2014 abgelehnt. Nichtsdestotrotz schuf nur zwei Jahre später das Bundesgericht unter krasser Missachtung des Parlaments das Gaba/Elmex-Paradigma.

Die «dekretierte» grundsätzliche Erheblichkeit von Gaba/Elmex hat für die Behörden die «bequeme» Folge, sich kaum mehr mit der komplexen ökonomischen Literatur der Vertikalabreden abmühen zu müssen. Kann gezeigt werden – was in der Regel simpel ist –, dass eine Abrede des Typs Art. 5 Abs. 4 vorliegt, dann ist diese ungeachtet aller konkreten Marktumstände schon mal als erheblich zu beurteilen. Ob sie den Wettbewerb eventuell beseitigt, ist eine Frage von untergeordneter Bedeutung, die normalerweise schon mit dem blossen Hinweis auf noch vorhandenen Interbrand-Wettbewerb unter Anwendung ökonomischer Anfängerkenntnisse nachvollziehbar verneint werden kann. Schwieriger wäre die Effizienzverteidigung, die Suche nach Effizienzgründen, aufgrund derer eine Abrede im konkreten Fall doch noch gerechtfertigt und für zulässig erklärt werden könnte (sie wäre ggf. sozial und volkswirtschaftlich nützlich). Hier überlassen es die Behörden aber scheinbar weitgehend den angeklagten Unternehmen und ihren Anwälten, ihre industrieökonomischen Kompetenzen mit überzeugenden Effizienzargumenten unter Beweis zu stellen. Dabei gelingt aber diese Verteidigung soweit ersichtlich selten bis nie, und Klagen über eine «ungesetzliche Beweislastumkehr» sind oft zu hören.¹⁸

Unter diesen Umständen können wir uns hier auf die fundamentale industrieökonomische Position beschränken, wie sie schon weitgehend aus den obenstehenden Evaluationsauszügen hervorgeht. Sehr kompakt finden wir diese im Standardwerk von Motta umschrieben: «Vertical restraints and vertical mergers are anticompetitive only if they involve firms endowed with significant market power [...] Accordingly, there is no need to monitor restraints and mergers which involve firms with little market power. An efficient policy towards vertical restraints would grant exemption to all the vertical restraints and

¹⁸ Eine Problematik, die wir wieder berufeneren Experten überlassen müssen.

mergers of firms which do not have large market power. From the operational point of view, it would seem a good proxy to exempt firms with market shares below, say, 20–30% [...].»¹⁹

Würden die Behörden nach diesem Zitat verfahren (oder im Sinne des Bundesrates unmittelbar nach der KG-Evaluation), wären damit natürlich noch nicht alle potenziellen Fehlerquellen eliminiert. Besonders in Sachen Marktabgrenzung²⁰ und Definition von Marktmacht kann man immer industrieökonomische Fehler machen, und der subjektive Ermessensspielraum der Behörden kann zwar besonders durch quantitative Analysen verringert, jedoch nie ganz eliminiert werden. Aber es liegt auf der Hand, dass mit «Best Practice»-Analysen die meisten Fehler erster Ordnung (Vertikalabreden werden verboten, obwohl sie effektiv kein Problem im Sinne von Art. 1 KG darstellen) vermieden werden können. Diese Fehler werden dagegen mit der rein qualitativen Gaba/Elmex-Fiktion in allen potenziell möglichen Fällen mit Sicherheit begangen (man ist fast versucht, von «Paradigma-Paralyse» zu sprechen).

4. Kooperation zwischen Komplementären (intra-brand)

Mit Gaba/Elmex sinkt aber auf der anderen Seite – so könnte man argumentieren – die Quote von Fehlern zweiter Ordnung²¹ auf null. In der Realität sind aber die schädlichen Vertikalabreden auf Fälle beschränkt, in denen kein ausreichender Interbrand-Wettbewerb gegeben ist. Dies gilt, wie auch aus dem Motta-Zitat herauszulesen ist, auch für «harte» Abreden über Preise, Gebiete oder Kunden. Und dass es nur selten Marktverhältnisse ohne disziplinierenden Interbrand-Wettbewerb gibt, konnten ja die Behörden in der Zeit seit der Einführung von Art. 4 Abs. 5 KG bis zum Urteil Gaba/Elmex anhand ihrer Vorabklärungen und Untersuchungen gleich selber feststellen, als sie noch die industrieökonomisch fundierte Analyse pflegen mussten.

¹⁹ Motta, 377. Dazu ist anzumerken, dass Motta einen moderaten Mainstream vertritt. Es gibt auch hier Ermessensspielraum (ab wann liegt Marktmacht vor?), den Motta in der Regel durchaus interventionsgeneigt auszunutzen empfiehlt. Lesern, die sich mit skeptischeren Positionen vertraut machen wollen, ist ein Einstieg mit Borks berühmten «Antitrust Paradox» zu empfehlen: Bork 1993, 280 ff.

²⁰ Die sachlichen Märkte müssen normalerweise aus der Sicht der Endkunden abgegrenzt werden. Ein Monopol liegt vor, wenn den Endkunden nur ein Produkt einer einzigen Wertschöpfungskette angeboten wird – und nicht, wenn einem Bezüger einer spezifischen Vorleistung nur ein möglicher Lieferant gegenübersteht. Vgl. dazu z. B. Dietrich/Saurer.

²¹ Fehler zweiter Ordnung: Ein Problem im Sinne von Art. 1 KG liegt effektiv vor, der ursächliche Tatbestand (z. B. Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG) wird jedoch nicht verboten.

Bei all dem sollte nicht vergessen gehen, dass vertikale Abreden zwischen Komplementären und nicht zwischen Substituenten (Konkurrenten) getroffen werden. Im Unterschied zu Substituenten, die von gegenseitiger Ineffizienz profitieren, profitieren Komplementäre von gegenseitiger Effizienz. Jeder Teilnehmer an einer Wertschöpfungskette hat ein Interesse daran, dass «seine» Kette im Wettbewerb mit konkurrierenden Wertschöpfungsketten (interbrand) erfolgreich ist. Und dies wiederum bedingt, dass sie bei den Kunden erfolgreich ist. Effizienzgewinne der vertikalen Koordination werden somit an die Kundschaft weitergegeben. Darum sind vertikale Abreden – egal, welcher Art – unter der Bedingung eines wirksamen Interbrand-Wettbewerbs *in aller Regel* prokompetitiv und dadurch sozial und volkswirtschaftlich nützlich.

5. Beurteilung

Mit Gaba/Elmex werden – vielleicht etwas «überspitzt» gesagt – die im Bereich der Vertikalabreden sehr seltenen potenziellen Regulierungsfehler zweiter Ordnung zwar zu 100 Prozent vermieden, dafür wird jedoch in Kauf genommen, dass die häufigen potenziellen Regulierungsfehler erster Ordnung (Überregulierungen) ebenso zu 100 Prozent begangen werden. Ein derartiges Paradigma ist industrieökonomisch unter keinen Umständen vertretbar. Es desavouiert zudem den Gesetzgeber und widerspricht der verfassungsmässigen Missbrauchsgesetzgebung. Mit der Motion Français kann dieses Regulierungsversagen bei der anstehenden Gesetzesrevision eliminiert werden.

III. Dauergefahr der sektoriellen Überregulierung in der Telekommunikation

1. Vorbemerkungen

Am Beispiel der Telekommunikation kann gezeigt werden, wie unter Missachtung der tatsächlichen Marktumstände und des Interbrand-Wettbewerbs auch in der sektoriellen Wettbewerbsregulierung ständig schädliche Überregulierungen (Regulierungsfehler erster Ordnung) drohen. Und auch hier geht es um eine Spielart der «Vertikalisierung», um Beziehungen zwischen Komplementären, auf die die Behörden regulierend Einfluss nehmen wollen.

In der leitungsgebundenen Telekommunikation²² ist der Interbrand-Wettbewerb spätestens seit der digitalisierungsbedingten technischen Konvergenz der Netze vor allem durch den Wettbewerb im Angebot von multifunktions-

²² Gilt an sich auch für die mobile Telekommunikation, die wir aber hier nicht behandeln.

fähigen Kundenanschlüssen (Internet, TV, Telefon) zwischen grossen Netzbetreibern bzw. Telekommunikationsplattformen geprägt. Plattformbetreiber sind etwa die Marktführerin Swisscom, Sunrise/UPC, weitere ehemalige Kabelfernsehbetreiber und Versorgungsunternehmen. Sie sind in der Regel bereit, Mitbenützer ihrer Netze zu kommerziell optimierten Konditionen zu bedienen. Diese Mitbenützer sind heute aber faktisch immer mehr nur noch Wiederverkäufer von Unternehmens- und Haushaltanschlüssen, da sich die Konkurrenz zwischen den Diensten mit der Digitalisierung grösstenteils ins Internet und auf Endgeräte sowie Apps verlagert hat (zu globalen Unternehmen wie Google, Amazon, Microsoft, Spotify bis hin zu nationalen Kleinanbietern von Apps).

Trotzdem ist bei sektoriellen Telekommunikationsregulierungsbehörden gelegentlich immer noch zu hören, der Netzzugang müsste für Netzinhaber und Dritte diskriminierungsfrei reguliert werden, damit der Wettbewerb bei den Diensten spielen könne. Die schweizerische Kommunikationskommission ist seit Jahren bestrebt, die Mitbenützung der Plattformen bzw. den Zugang zu den Netzen und weitere Vorleistungen der Netzbetreiber stärker zu regulieren (z. B. Entbündelung der letzten Meile). Sie kann schon heute eingreifen, aber nur wenn sich die Partner im Markt nicht einigen – also subsidiär – und im konkreten Fall ein kompetitiver Regulierungsbedarf nachgewiesen werden kann, was in der Regel nur im Nachhinein – ex post möglich ist.

Dies erinnert an das Kartellgesetz vor der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG und vor allem vor Gaba/Elmex. Einen damit vergleichbaren Paradigmenwechsel fordert die Kommunikationskommission seit Jahren; sie will Netzzugänge und andere Vorleistungen der Plattformbetreiber von Amtes wegen – ex officio – und ohne Bedarfsabklärung im Einzelfall ex ante regulieren, wie dies etwa in den EU-Ländern der Fall ist. Vereinfacht geht es der Kommission vor allem darum, die kommerzielle, privatvertragliche Form der vertikalen Bindungen oder der «Vertikalisierung» von Swisscom in eine voll staatlich regulierte Form überzuführen. Im Unterschied zu Gaba/Elmex soll aber weniger mit Verboten, sondern mit Geboten und Kontrahierungszwängen gearbeitet werden. Wie bei Gaba/Elmex würde dies auch in der Telekommunikation das analytische Leben der Regulatoren sehr vereinfachen. Doch auch in der Telekommunikation und in der sektoriellen Regulierung gilt, dass der industrieökonomischen Theorie und Empirie sicher nicht fehlerfrei nachgelebt wird, wenn man sie gleich vollständig ausblendet!

2. Entwicklung der Regulierung

In der schweizerischen Telekommunikation wird seit Jahren über Regulierungen des Zugangs zu Einrichtungen oder Vorleistungen marktbeherrschender «Anbieterinnen»²³ gestritten, die natürlich vorab Swisscom in die Pflicht nehmen. Sie stellen den Kern der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung dar. Diese wurde seit der Liberalisierung 1998 erweitert, obwohl der Wettbewerb seit Anbeginn stets funktionierte und die Schweizer Marktperformance im weltweiten Vergleich immer sehr gut abschneidet.²⁴

a) *Schlanke Zugangsregulierung 1998*

Die Liberalisierung 1998 setzte darauf, dass die Konkurrenten im Normalfall aus eigenen Interessen durchaus marktkonforme Interkonnektions- und Kollokationsvereinbarungen abschliessen; marktbeherrschende Anbieterinnen sollten aber bei Bedarf dazu verpflichtet werden können. Zur Durchsetzung dieser schlanken Zugangsregulierung – eine regulierte Entbündelung der letzten Meile war zunächst nicht vorgesehen – konnte die zuständige Kommunikationskommission nur auf Klage von Beteiligten intervenieren, wenn also auf vertraglicher Basis keine Einigung erreicht wurde (subsidiär).²⁵ Es liegt in der politökonomischen Natur der Sache, dass dieses Regime den Regulierungsbehörden und den Marktneuligen zu mager war; sie liessen deshalb fast nichts unversucht, um sie zu erweitern.

b) *Unzulässige Gesetzesauslegung*

So versuchte die Kommunikationskommission zuerst, einer Marktteilnehmerin mit einer extensiven Gesetzesauslegung regulierten Zugang zu Übertragungsmedien und Mietleitungen von Swisscom zu verschaffen. Diese Auslegung erklärte das Bundesgericht aber für nicht zulässig.²⁶

²³ Dieser Begriff wird in Gesetzen und Verordnungen des Fernmeldewesens verwendet. Er ist nicht neuen Gendersprachvorschriften geschuldet, sondern kommt daher, dass faktisch immer Swisscom gemeint ist.

²⁴ Die Schweiz hat im internationalen Vergleich eine immer noch relativ «leichte» Regulierung (light-handed regulation). Für einen Ländervergleich von Regulierung und Performance sowie theoretische Erwägungen zu den Unterschieden vgl. Briglauer/Cambini/Grajek und die dort aufgeführte Literatur.

²⁵ Bundesrat, Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz, BBl 1996 III, 1427 ff.

²⁶ BGE 127 II 132.

c) *Unzulässige Ordnungsrevision*

Darauf liess sich der Bundesrat durch die Regulierungsbehörde und interessierte Marktakteure dazu verleiten, die Entbündelung sowie den Bitstrom- und Mietleitungszugang auf dem Verordnungsweg einzuführen, obwohl dies rechtlich sehr umstritten war. In der Tat befand das Bundesgericht, dass für ein solches Vorgehen keine gesetzliche Grundlage gegeben war.²⁷

d) *Gesetzesrevision 2007*

Per 1. April 2007 wurde eine Erweiterung der Zugangsregulierung per Gesetzesrevision von Art. 11 Fernmeldegesetz (FMG; SR 784.10) in Kraft gesetzt. Der regulierte Zugang wurde aber vom Parlament entgegen den Forderungen des Regulators und interessierter Kreise auf das Kupferanschlussnetz von Swisscom eingeschränkt; Anschlussnetze neuerer Generationen (Glasfaser und hybride Formen) werden nicht erfasst. Und am Subsidiaritätsprinzip wurde vom Parlament festgehalten: «Wie bisher werden die Beziehungen zwischen den Fernmeldedienstanbieterinnen von den Parteien selbst geregelt. Nur wenn eine davon die Eidgenössische Kommunikationskommission darum ersucht, kann diese [...] intervenieren und der marktbeherrschenden Anbieterin die im Gesetz vorgesehenen Pflichten auferlegen.»²⁸

e) *Konzertierte Offensive der Regulatoren*

Ab August 2008 holte sich die Kommunikationskommission prominente Hilfe: Ihr Präsident sowie der Präsident der Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher richteten gemeinsam sehr medienwirksam einen offenen Brief mit der Forderung an den Bundesrat, das Subsidiaritätsprinzip sei aufzuheben. Die Kommunikationskommission müsse ex officio und ex ante intervenieren können, falls Anhaltspunkte gegeben seien, dass Swisscom den Zugang zum Kupfernetz nicht kostengerecht und diskriminierungsfrei gewähre. Im Oktober doppelte die damalige Ständerätin Erika Forster-Vannini mit einer Motion nach,²⁹ die jedoch nur vom Ständerat angenommen wurde und somit insgesamt als abgelehnt galt.

²⁷ Bundesgerichtsurteil 2A.178/2004 vom 30. November 2004, BGE 131 II 13 ff.

²⁸ Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes, BBl 2003, 7952 ff.

²⁹ 08.3639 Motion Forster-Vannini, Teilrevision des FMG, Eingabe der ComCom, der Weko und des Preisüberwachers.

f) *Evaluationsberichte*

Im März 2009 forderte der Ständerat den Bundesrat mittels Postulat zur Evaluation des Fernmeldemarktes und zur fundierten Darlegung des regulatorischen Handlungsbedarfs auf.³⁰ Der Bundesrat hielt in seinem Evaluationsbericht fest, dass die Schweiz gut mit Telekommunikationsdienstleistungen versorgt sei. Es gebe zwar gewisse Unzulänglichkeiten im Markt und bei der Regulierung, doch würden diese keine FMG-Revision rechtfertigen.³¹ Immerhin sei diskutabel, die Zugangsregulierung auf Glasfaseranschlussnetze, Kabelfernsehnetze und sogar Mobilfunknetze auszudehnen sowie die Kommunikationskommission mit Ex-officio- und Ex-ante-Interventionskompetenzen auszustatten.

Anlässlich der Diskussion dieser Evaluation in den Kommissionen für Verkehr- und Fernmeldewesen beider Räte wünschten diese eine Nachführung der neuesten Entwicklungen, worauf der Bundesrat im März 2012 einen Ergänzungsbericht nachreichte. Und obwohl in den Daten, Fakten und Analysen keinerlei relevante Veränderungen auszumachen waren, vermeinte der Bundesrat, die künftigen Herausforderungen nunmehr deutlicher zu erkennen:

- Der technologische Wandel drohe auf Kupferanschlüsse beschränkte Regeln ins Leere laufen zu lassen;
- im Interesse der Rechtssicherheit sei eine technologieneutrale Ausgestaltung des Rechtsrahmens angezeigt;
- und zudem dessen flexiblere Handhabung zu ermöglichen.

Aus diesen Gründen wollte der Bundesrat eine weitere Vorlage zu einer FMG-Teilrevision ausarbeiten lassen.³² Sein Meinungsumschwung dürfte weniger mit den tatsächlichen Entwicklungen in den Märkten als mehr mit den ständigen Forderungen von Regulierungsbehörden und interessierten Marktteilnehmern sowie mit den politischen Veränderungen nach dem Rücktritt von Bundesrat Leuenberger zu erklären sein.

³⁰ 09.3002 Postulat KVF-S, Evaluation zum Fernmeldemarkt.

³¹ Eine Medienmitteilung, der Evaluationsbericht und weitere Unterlagen finden sich auf der Seite, abrufbar unter: <<http://www.Bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03498/index.html?lang=de>> Vgl. auch die Kurzanalyse des Evaluationsberichts von Borner et al.

³² Bundesrat, Evaluation zum Fernmeldemarkt, Ergänzungsbericht, 28. März 2012, 2.

In dieser jüngsten Revision wurde von der Verwaltung der politisch innovative, wenn auch leicht durchschaubare Versuch gestartet, den Bundesrat für den Bedarfsfall zur technologieneutralen Erweiterung der Zugangsregulierung zu ermächtigen.³³ Das Parlament erkannte aber, dass es aufgrund des notorischen Drängens der Kommunikationskommission sowieso sofort zum Bedarfsfall gekommen wäre, lehnte deshalb diese schon fast «schlaumeierische» Kompetenzdelegation ab, diskutierte über die Erweiterung und lehnte diese ebenfalls ab. Die Entbündelung der letzten Meile soll vorläufig weiterhin auf Kupferleitungen beschränkt bleiben. Allerdings soll der Bundesrat alle drei Jahre einen Bericht über die Marktentwicklung und den allfälligen weiteren Regulierungsbedarf erstellen. Das revidierte Gesetz ist Anfang 2021 in Kraft getreten, womit ein erster solcher Bericht wohl 2023 vorgelegt werden wird. Wetten, dass darin ein dringender Bedarf für die technologie neutrale Erweiterung der Zugangsregulierung auftauchen wird?

3. **Beurteilung**

Auf stetes Drängen von interessierten Kreisen (einschliesslich direkt und indirekt beteiligter Regulierungsbehörden) ist die Zugangsregulierung in den letzten Jahren erweitert worden und soll weiter erweitert werden. An der fundamentalen gesetzlichen und regulierungsökonomischen Voraussetzung für behördliche Kontrahierungs- und Preiszwänge, nämlich dem Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung der betroffenen Netzbetreiberin, hat sich jedoch noch nichts geändert. Wurde diese Voraussetzung in ersten einzelnen Verfahren nach der Liberalisierung noch geprüft, wird sie seither faktisch als Konstante betrachtet, obwohl sich Märkte und Wettbewerb dynamisch weiterentwickeln und der Wettbewerb für die Marktführerin offensichtlich viel härter geworden ist. Angesichts der technisch-ökonomischen Komplexität von Regulierungsfragen in der Telekommunikation riskiert die Politik mangels eigenen Wissens zum Spielball der Partikularinteressen von Marktteilnehmern und Regulierungsbehörden degradiert zu werden. Die Politik muss sich dieser Gefahr stärker bewusst werden. Und sie sollte keine Führungsrolle der Kommunikationskommission bei der Weiterentwicklung der regulatorischen Grundlagen akzeptieren.

In der Regulierungsökonomik ist unbestritten, dass sich eine Zugangsregulierung (Art. 11 FMG) auf monopolistische Flaschenhalse (bottlenecks) beschrän-

³³ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017, BBl 2017, 6559 ff.

ken sollte.³⁴ Eine Teilnehmeranschlussleitung stellt nur einen monopolistischen Flaschenhals dar, wenn sie unabdingbar ist, um den Kunden zu erreichen, und sich zudem nicht mit angemessenen Mitteln duplizieren lässt. Im Fall der leitungsgebundenen Erschliessung zur Versorgung von gegen 95 Prozent der schweizerischen Haushalte und Unternehmen mit modernen Telekommunikationsdiensten und TV muss allerdings dieses Theoriekonstrukt gar nicht erst bemüht werden: Fast alle Endkunden sind heute terrestrisch doppelt, nämlich mindestens mit einer Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung von Swisscom und einem Koaxialkabel eines Kabelfernsehunternehmens, erschlossen. Aufgrund der aktuellen Preise und Leistungen sind diese beiden Erschliessungen enge, wenn nicht gar perfekte Substitute. Damit ist auch die schwierige Frage obsolet, ob sich die Leitung mit angemessenen Mitteln duplizieren liesse – sie ist schon dupliziert. Auf Endkundenstufe herrscht Plattformkonkurrenz. Mit der Weiterentwicklung des Mobilfunks wird offenbar für immer mehr Kunden sogar der mobile Anschluss zum valablen Substitut des Festnetzanschlusses – immer mehr vor allem jüngere Kunden verzichten zugunsten der Mobilkommunikation auf einen Festnetzanschluss.

Mit der somit offensichtlich wirksamen Plattformkonkurrenz wurde ein Hauptziel der Liberalisierung erreicht, wie an sich auch in den diversen Evaluationsberichten nicht bestritten wird. In der Erschliessung der schweizerischen Haushalte und Unternehmen gibt es angesichts der Struktur und der dynamischen Entwicklung im Markt heute und auf unabsehbare Zeit praktisch keine monopolistischen Flaschenhälse. Also müsste man die generelle Zugangsregulierung nicht erweitern, sondern aufheben.

IV. Zusammenfassung und Politikempfehlung

Die Vertikalisierung im Sinne der vertraglichen Bindung von Partnern der Wertschöpfung durch vertikale Abreden oder Restriktionen ist ein typisches Phänomen der Leistungserstellung und des Marktauftritts in der immer stärker digitalisierten und arbeitsteiligen Welt. Die Partner einer Wertschöpfungskette sind komplementär und müssen produktiv und strategisch koordiniert sein, um im Wettbewerb gegenüber anderen, ebenfalls vertikal gebundenen oder sogar vertikal integrierten Wertschöpfungsketten bestehen zu können. Nur wenn sie die möglichen gegenseitigen Koordinations-Effizi-

³⁴ Für eine gut verständliche Darstellung dieser Theorie und ihre Anwendung in verschiedenen Netzsektoren vgl. Knieps/Weiss.

enzvorteile ausschöpfen, können sie diese im Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten (interbrand) ausspielen und so im Markt dauerhaft mit Erfolg tätig sein.

Daraus folgt aber auf der anderen Seite – aus der Perspektive der Endkunden und des Wettbewerbs –, dass bei wirksamem Interbrand-Wettbewerb vertikale Abreden den Wettbewerb im Normalfall weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen können, sondern diesen in der Regel intensivieren; sie sind gleichsam wechselseitig Ursache wie auch Wirkung (Ergebnis) des dynamischen Interbrand-Wettbewerbsprozesses.

Nur in Verbindung mit erheblicher Marktmacht eines oder mehrerer der beteiligten Wertschöpfungspartner drohen vertikale Abreden in der Tat erhebliche Beeinträchtigungen des Interbrand-Wettbewerbs zu generieren (dabei ist unter Marktmacht ausschliesslich absolute Macht auf einer Wertschöpfungsstufe und nicht etwa relative Verhandlungsmacht eines grossen Unternehmens gegenüber kleineren Partnern «seiner» Wertschöpfungskette zu verstehen).

Dies alles ist kaum bestrittene «Mainstream»-Industrieökonomik. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Art der Vertikalabreden keine entscheidende Rolle spielt. Dass in Art. 5 Abs. 4 KG die Beseitigung eines wirksamen Wettbewerbs bei vertikalen Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie bei gewissen Gebietsabreden vermutet wird, ist somit ökonomisch nicht a priori gerechtfertigt.

Daraus ergaben sich aber vor dem Bundesgerichtsurteil Gaba/Elmex noch kaum schwerwiegende Umsetzungsfehler, weil diese Vermutung durch den Nachweis von Interbrand-Wettbewerb fast immer «umgestossen» wurde. Anschliessend war im Einzelfall unter Beizug qualitativer wie quantitativer industrieökonomischer Kriterien minutiös zu prüfen, ob immerhin noch auf eine erhebliche Beeinträchtigung zu schliessen war. Mit Gaba/Elmex hat das Bundesgericht diese «ökonomisch fundierte Korrekturmöglichkeit» für vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG (wie auch für horizontale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG) aufgehoben. Mit Ausnahme von Bagatellen sowie Abreden, die als effizient betrachtet werden können, sind damit die von diesem neuen Paradigma betroffenen Abreden per se als erheblich zu betrachten, sie sind damit per se unzulässig und werden gebüsst. Im Beitrag wird gezeigt, dass diese Doktrin nicht nur ökonomisch völlig irreführend ist, sondern zudem das Parlament desavouiert, das sich vor Gaba/Elmex noch ausdrücklich gegen ein derartiges Teilkartellverbot ausgesprochen hatte. Folgerichtig hat das Parlament vor kurzem die Motion Français angenommen, um seiner Position bei der anstehenden KG-Revision wieder zwingend Nachachtung zu verschaffen.

Am Beispiel einer sehr fragwürdigen Serie von behördlichen Forderungen zur stärkeren Regulierung vertikaler Beziehungen in der Telekommunikation wird dokumentiert, dass dem «Phantomproblem Vertikalisierung» auch in der sektoriellen Wettbewerbsregulierung mit ökonomisch nicht zu rechtfertigenden Per-se-Regulierungen nachgejagt wurde. Was den allgemeinen Wettbewerbsbehörden mit höchstrichterlicher Hilfe – dank besagter Motion glücklicherweise nur vorübergehend – gelungen ist, blieb aber den sektoriellen Regulierungsbehörden in der Telekom bis jetzt grösstenteils versagt. Hier hielt nicht nur das Parlament, sondern selbst das Bundesgericht dagegen (das war freilich einige Jahre vor Gaba/Elmex).

Welche grobe Politikempfehlung soll man aus diesem Beitrag ableiten? Nach Auffassung des Verfassers hat das Parlament in Bezug auf die Wettbewerbsregulierung gemäss Kartellgesetz (generell) fast alles und gemäss Fernmeldegesetz (sektoriell) alles Wesentliche richtig gemacht (im KG entpuppte sich die Einführung der vertikalen Vermutungstatbestände als relativ harmloser Fehler). Die Regulierungsbehörden bis hin zum Bundesgericht haben dagegen offenbar immer mehr ihren politökonomischen Neigungen zum Interventionismus mit möglichst simplen Instrumenten stattgegeben. Aus diesem Grund und angesichts der Komplexität der Materie sollte die Politik den Regulierungsvollzug regelmässig von unabhängigen nationalen und internationalen Experten evaluieren lassen – und zwar nicht wie bisher unter faktischer Leitung der Regulierungsbehörden, sondern unter deren Ausschluss! Natürlich dürfen die Behörden zur Weiterentwicklung ihrer gesetzlichen Grundlagen Bedürfnisse anmelden und Vorschläge einreichen. Doch auch deren Prüfung und die Formulierung von Botschaften und Gesetzesentwürfen müsste unter Ausschluss der direkt involvierten Behörden erfolgen. Und schliesslich müssten auch einmal die Rolle der Regulierungsbehörden und ihre Aussagen in der Kommunikation unabhängig und kritisch hinterfragt werden. Mit der anstehenden KG-Revision und mit dem nächsten Bericht über den Stand der Märkte und der Regulierungsbedürfnisse in der Telekommunikation bieten sich dazu bald sehr gute Gelegenheiten.

Literaturverzeichnis

- Baumol William J., Panzar John C., Willing Robert D., Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, revised edition, Harcourt Brace Jovanovich Academic Press, New York 1988 (first edition 1982).
- Bork Robert H., The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself/Robert H. Bork, with a new introduction and epilogue, Free Press, New York 1993 (first edition 1978).
- Borner Silvio et al., Kurzanalyse der Evaluation zum Fernmeldemarkt, Basel 2010.

- Briglauer Wolfgang, Cambini Carlo, Grajek, Michal. (2018), Speeding up the internet: Regulation and investment in the European fiber optic infrastructure. *International Journal of Industrial Organization*, 61, 2018, 613 ff.
- Dietrich Marcel/Saurer Markus, Marktabgrenzung in selektiven Vertriebssystemen am Beispiel Automobilvertrieb – Ist eine Marke ein Markt? *sic!* 7/2001, 593 ff.
- Emch Daniel/Saurer Markus, Fehler programmiert, *NZZ* vom 13. Juli 2016, 10. (zit. Emch/Saurer, Fehler programmiert)
- Emch Daniel/Saurer Markus, Wettbewerber in der Zwangsjacke von Art. 5 Abs. 4 KG. Gefahr kontraproduktiver Wirkungen der Wettbewerbspolitik bei vertikalen Abreden, *sic!* 5/2008, 335 ff. (zit. Emch/Saurer, Wettbewerber in der Zwangsjacke)
- Knieps Günter/Weiss Hans-Jörg (Hrsg.), Fallstudien zur Netzökonomie, Gabler, Wiesbaden 2009.
- Motta Massimo, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Saurer Markus, Diskussionspapier zur schweizerischen Wettbewerbspolitik, Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber?, *Avenir Suisse*, Zürich 2008.
- Schwalbe Ulrich / Zimmer Daniel, *Kartellrecht und Ökonomie*, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt a. M. 2006.

Digital Markets Act: Regulating Competition Regardless of Effects

Henrique Schneider

Contents

I.	Introduction	157
II.	Specific Contents of the DMA	159
	1. Aim	159
	2. Gatekeeper	160
	3. Ex Ante Regulation in Articles 5 and 6	162
	4. Examples of Addressees	164
III.	Assessing the DMA	166
	1. How and What to Assess	166
	2. Assumptions	167
	3. Digital Sector	168
	4. Economic Effects of the DMA	170
	5. DMA and Antitrust	173
	6. Summary	175
IV.	Options for Switzerland	176
	References	178

I. Introduction

Coming full circle: In the 1800s, “trusts” marked the private U.S. economy to a large extent. For example, railroads, oil, steel, and sugar were organized in trusts. Two of the most famous trusts were U.S. Steel and Standard Oil. More than trusts, they were monopolies that controlled the supply of their product—as well as the price. The problem with one company controlling one sector of the economy is not so much the curtailment of competition but the effective barrier to market entry that it imposes. Barring competitors from entering a market is tantamount to isolation—and with it the degradation of one’s product.¹ This explains why competition law is called “antitrust” in

¹ Kirzner, 27 ff.

the U.S. and why the Sherman Act of 1890 lists the “monopolization” of markets—and not the restraint to competition from cooperative undertakings—as its main preoccupation. The original text could not be more direct:

Section 1: Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

Section 2: Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony [...].²

U.S. President Theodore Roosevelt, despite his reputation as “trust-buster,” did not use the new law at will, but targeted those trusts which had especially damaging effects on the economy. The problem he saw was that these enterprises perverted the economic system, becoming rent-seekers, and impeding new market entrants to challenge their monopolies, and, consequently, their rents.³ Neither the Sherman Act nor Roosevelt considered formal criteria alone; they were after the effects of a restraint. Roosevelt was, by his own admission, in favor of economic freedom (although later in life he would embrace more nationalist and interventionist approaches), and therefore, against any agent systematically suppressing the ability of another to enter competition. It is noteworthy that Roosevelt himself believed that Section 1 of the Sherman Act, which addresses state-agents, was even more important than section 2.⁴

John Rockefeller, the head of the nation’s largest trust, Standard Oil, was deeply distrustful of competition. In a famous quote, he denounced it as a sin. He voiced moral and economic arguments for organizing an economy or its sectors in trusts. The moral argument is that trusts are a form of cooperation ensuring an economic structure to be available to all, not only for the profitable parts of the sector. The economic argument was based on the effects of scale generated by trusts. The larger the economic agent, the more cheaply a good can be produced, which in turn benefits all its clients and customers.⁵

Jump to the 2020s: Apparently, a *sui generis* form of undertaking seems to control the internet. These “gatekeepers” organize access and manage up-

² 15 U.S.C., § 1 and 2. U.S. Const. art. 15, § 1 and 2

³ Ruddy, 68 f.

⁴ Dalton, 296 ff.

⁵ Folsom, 35 ff.

stream and downstream businesses, just as trusts did in their day. And like trusts, they might be able to bar any non-compliant agent from using the internet as an area of economic activity stifling competition and economic freedom. If this setting is correct, the European Union's (EU's) "Digital Market Act" (DMA) could play the same role that the Sherman Act once played in the offline world. And the European Commission (EC) could become the new Roosevelt.

The problem is not so much that the analogy fails, but that the economics behind the DMA fails, too. This paper explores the content of the DMA, assesses its economic reasoning and discusses what it means for Switzerland.

II. Specific Contents of the DMA

i. Aim

At the time of writing, the DMA is a proposal by the EC. It still needs consultation and political decision-making. However, in the EU, such proposals are often passed with few amendments.⁶ The DMA is modeled on existing and recent antitrust, or, in the EU-terminology, competition investigations driven by complainants and competitors seeking specific remedies in specific market contexts. It is styled as a separate and complementary tool for competition enforcers, introducing new policy objectives of "fairness and contestability."⁷ The proposed instruments and the intended changes to market dynamics are similar to competition law,⁸ with some important differences, which will be established here. The main motivation for the DMA is explained in the "Explanatory Memorandum" by the EC:

Weak contestability and unfair practices in the digital sector are more frequent and pronounced in certain digital services than others. This is the case in particular for widespread and commonly used digital services and infrastructures that mostly directly intermediate between business users and end users. The enforcement experience under EU competition rules,

⁶ Novak/Rozenberg/Bendjaballah, 475 ff.

⁷ DMA, Recital, (18). Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)COM/2020/842 final (cit. DMA)

⁸ Podszun/Bongartz, 60.

numerous expert reports and studies and the results of the OPC show that there are a number of digital services that have the following features: (i) highly concentrated multi-sided platform services, where usually one or very few large digital platforms set the commercial conditions with considerable autonomy; (ii) a few large digital platforms act as gateways for business users to reach their customers and vice-versa; and (iii) gatekeeper power of these large digital platforms is often misused by means of unfair behaviour vis-à-vis economically dependent business users and customers. The proposal is therefore further limited to a number of ‘core platform services’ where the identified problems are most evident and prominent and where the presence of a limited number of large online platforms that serve as gateways for business users and end users has led or is likely to lead to weak contestability of these services and of the markets in which these intervene. These core platform services include: (i) online intermediation services (incl. for example marketplaces, app stores and online intermediation services in other sectors like mobility, transport or energy), (ii) online search engines, (iii) social networking, (iv) video sharing platform services, (v) number-independent interpersonal electronic communication services, (vi) operating systems, (vii) cloud services and (viii) advertising services, including advertising networks, advertising exchanges and any other advertising intermediation services, where these advertising services are being related to one or more of the other core platform services mentioned above.⁹

2. Gatekeeper

The DMA introduces the notions of “digital sector”¹⁰ and “gatekeeper.”¹¹ While the very idea of a “digital sector” is already difficult to grasp (see below), the “gatekeeper” is foreign to antitrust. For this reason, it is defined at length in the proposal for the DMA and its interpreting materials. The DMA describes gatekeepers as “structuring elements”¹² of the digital economy which enjoy an entrenched intermediary position. Network effects inherently aid gatekeepers in creating significant dependencies for their users (businesses and consumers alike).¹³ These dependencies may allow gatekeepers to freely

⁹ DMA, Explanatory Memorandum, 3.

¹⁰ DMA, 1(1).

¹¹ DMA, 1(1).

¹² DMA, Explanatory Memorandum, 1.

¹³ See, for example, DMA, Explanatory Memorandum, 6, 15 and 18.

utilize unfair practices and ultimately harm consumer welfare.¹⁴ Therefore, *regardless* of harmful effects, gatekeepers have a major impact on digital markets and require oversight.¹⁵

Article 3(1) of the DMA makes the definition more operational. It begins: “A provider of core platform services shall be designated as gatekeeper if: (a) it has a significant impact on the internal market; (b) it operates a core platform service which serves as an important gateway for business users to reach end users; and (c) it enjoys an entrenched and durable position in its operations or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future.”¹⁶ It continues, then, to specify criteria for gatekeepers.

Providers of “core platform services” may be designated as gatekeepers. Intermediation, video-sharing, communication, cloud-computing and advertising services are all core platform services together with search engines, social networks and operating systems, which also fall into this category. Once a provider is qualified as a core platform service provider, it may be identified as a gatekeeper based on the qualitative criteria set out in the DMA by Article 3(2)-(8). The same proposed article includes presumption thresholds for when each of the qualitative criteria is presumed to be met. However, even if the presumption thresholds are not met, the EC still has the possibility to identify an entity as a gatekeeper.¹⁷ The qualitative criteria and presumption thresholds are:

Qualitative criteria	Presumption threshold
<p>The provider has a significant impact on the internal market</p> <p>IF</p> <p>the undertakings which owns the provider of the core platform service:</p>	<ul style="list-style-type: none"> - achieves an annual European Economic Area turnover equal to or above EUR 6.5 billion in the last three financial years <p>OR</p> <ul style="list-style-type: none"> - its average market capitalization or the equivalent fair market value amounted to at least EUR 65 billion in the last financial year, and; - it provides a core platform service in at least three Member States.

¹⁴ DMA, Explanatory Memorandum, 1.

¹⁵ DMA, Explanatory Memorandum, 20 and, especially, recital, (3).

¹⁶ DMA, 3(1).

¹⁷ DMA, 3(6).

Qualitative criteria	Presumption threshold
<p>The service is an important gateway for businesses to reach end users</p> <p>IF</p> <p>the core platform service has (in the last financial year):</p>	<ul style="list-style-type: none"> - more than 45 million monthly active end users established or located in the EU, and; - more than 10,000 yearly active business users established in the EU.
<p>The provider's position is entrenched and durable, or will be in the future</p> <p>IF</p>	<ul style="list-style-type: none"> - it meets the important gateway presumption thresholds in each of the last three financial years.

Table 1: Qualitative criteria and thresholds according to DMA Article 3 (Henrique Schneider)

The purpose of this framework is to provide flexibility for enforcement: The qualitative criteria allow the EC to designate, as gatekeepers, any providers of core platform services that exhibit similar “risks for fairness and contestability” to those large agents which are caught by the presumption thresholds.¹⁸ In turn, providers caught by these tests may attempt to oppose the designation (refute the presumption) before the EC by providing evidence that they do not enjoy a gatekeeper position.¹⁹ In both of these cases, the Commission has to assess the size, operations and position of the provider, the number of businesses depending on the platform, the number of end-users, the entry barriers generated by the advantages inherent to the provider's platform and capabilities (network effect, data), the scale and scope effects benefitting the provider, lock-in effect for users and other structural market characteristics.²⁰

3. *Ex Ante* Regulation in Articles 5 and 6

Article 5 of the DMA is, along with Article 6, the core of the Act's rules for gatekeepers and their obligations to end users and third parties. The provisions of both articles are applicable to all gatekeepers and regardless from any arm (or benefit) that their practices might cause. These provisions are therefore applicable *ex ante*. As such, they regulate gatekeepers—opposed to remedying harmful market behavior by gatekeepers.

¹⁸ Effert et al., 987 ff.

¹⁹ DMA, Explanatory Memorandum, 6.

²⁰ See DMA, 15.

Article 5 consists of seven obligations for gatekeepers:²¹

- Article 5(a) prevents the combination of personal data from other services offered by the same platform.
- Article 5(b) prohibits gatekeepers from providing services at different costs and conditions across various platforms via third-party intermediaries, and it builds in protections to allow businesses to interact with consumers outside of the core platform service.
- Article 5(c) stipulates that gatekeepers must allow business users to promote offers to and conclude contracts with end users acquired via the core platform service, regardless of whether the users also used other services provided by the gatekeeper.
- Article 5(d) prevents gatekeepers from restricting the ability of business owners to raise “issues with any relevant public authority.”
- Article 5(e) stipulates that gatekeepers must “refrain from requiring business users to use, offer, or interoperate with an identification service of the gatekeeper.”
- Article 5(f) precludes the ability of gatekeepers to force businesses or end users to subscribe to the core platform service as a condition of accessing those services.
- The seventh and final obligation of Article 5(g) establishes transparency guidelines in advertising prices, stipulating that advertisers and publishers reserve the right to request data on ad relevance and revenue.

Article 6 primarily deals with self-preferencing, discriminatory ranking, and data-sharing obligations not dissimilar to those outlined in Article 5(g).²²

- Article 6(1)(a) prohibits the use of non-public data by gatekeepers. This rule affects gatekeepers’ ability to gather data generated by both end users and business users.
- Article 6(1)(b) mandates that end users must be able to uninstall pre-installed applications.
- Article 6(1)(c) stipulates that gatekeepers shall “allow the installation and effective use of third party software applications or software application stores using, or interoperating with, operating systems of that gatekeeper and allow these software applications or software application stores to be accessed by means other than the core platform services of that gatekeeper.”

²¹ DMA, 5(a)-(g).

²² DMA, 6(1)(a)-(k).

- Article 6(1)(d) of the DMA also prohibits self-preferencing, particularly by search engines mandating nondiscriminatory ranking for third-party providers of online search engines.
- Article 6(1)(e) establishes guardrails to prevent discrimination within application software stores.
- Article 6(1)(f), on a more granular level, stipulates that gatekeepers must ensure interoperability between third-party software applications.
- Article 6(1)(g) mandates gatekeepers to provide advertisers and publishers access to “performance measuring tools,” which, in compliance with the General Data Protection Regulation (GDPR), may include data on ad revenue. This data must be provided free of charge.
- Article 6(1)(h) creates rules for gatekeepers to facilitate data portability in order to prevent siloed storage of user data that would otherwise lead to users being locked into certain platforms.
- Article 6(1)(i) specifies that gatekeepers must provide business users and authorized third parties with “high-quality, continuous, and real-time access and use of aggregated or non-aggregated data.”
- Article 6(1)(j) echoes the previous, and 6(1)(k) makes gatekeepers “apply fair and non-discriminatory general conditions of access for business users to its software application store.”
- Article 6(2) attempts to define the relevant data, saying “For the purposes of point (a) of paragraph 1 data that is not publicly available shall include any aggregated and non-aggregated data generated by business users that can be inferred from, or collected through, the commercial activities of business users or their customers on the core platform service of the gatekeeper.”²³

4. Examples of Addressees

The DMA introduces a new category of economic agent into the law, the “gatekeeper.” Even if Article 3 of the DMA tries to give a classificatory overview of what a “gatekeeper” might be, its specific meaning only becomes apparent when Articles 5 and 6 are considered. They are a list of problems that the EC – as the EU’s competition authority – is facing when treating cases under competition law. By stipulating *ex ante* obligations for “gatekeepers,” the

²³ DMA, 6(2).

Commission circumvents its practical difficulties with enforcement into legislating its aims into the DMA. The companies being investigated by the EC under competition law are the real addressees of the DMA.

An indication for the addressees of those regulations can be provided by the table below. This table is based on previous and ongoing competition cases on the EU-level and is a posterior analysis. While this table cannot serve as a prognosis for the future applications of the DMA, it makes clear which companies and behaviors the EC would like to regulate:²⁴

Rule	Potential Addressee(s)	Example
5(a)	Facebook, Google	This could prevent Facebook from harvesting personal data from Instagram and exporting that same data to Facebook, where it could target new advertising to the user in question on the same data.
5(b)	Amazon, Online Travel Agencies	This could prevent an online travel agency from using most favored nations-clauses, guaranteeing them with the lowest bid-price.
5(c)	Apple	This could force Apple to allow Apps to be offered without the use of the Apple Store.
5(d)	Standard	This would prohibit Google from barring an individual business as retorsion for that business raising an issue of Google's compliance with the rule.
5(e)	Facebook, Google	This is about businesses such as advertisers or publishers being required to use platforms' own ID solution when offering their services. It is about data collection by the gatekeepers and the refusal to use alternative ID services (e.g., publishers' own IDs).
5(f)	Facebook, Google	This could refer to various ties Google in the ad tech world, e.g., between AdX and Google Ads or YouTube and Google Ads.
5(g)	Google	Google and AdX
6(1)(a)	Amazon, Google	Amazon might be forced to disclose all sellers' data.
6(1)(b)	Apple, Google, Microsoft	Pre-installation of apps may be curtailed.

²⁴ This table is a modification and expansion of an example published by VoxEU.org, a web publication set up by the Centre for Economic Policy Research (CEPR). VoxEU is, by the way, a well-known enthusiast of the EC's several granular and intrusive regulations, available under <<https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>>.

Rule	Potential Addressee(s)	Example
6(1)(c)	Apple, Google	Apple might be forced to allow users to download apps without using the App Store.
6(1)(d)	Amazon, Apple, Google	Google Shopping’s self-preferencing
6(1)(e)	Apple	Google might be forced to allow users to access some services without subscribing (Hangouts, etc.).
6(1)(f)	Apple, Facebook, Google	This could lead Facebook to open its proprietary Application Programming Interface (API) allowing app developers to access data or functionalities on its platform and its photo-sharing site, Instagram, and software components to interact.
6(1)(g)	Facebook, Google	This would bar self-advertising across channels.
6(1)(h)	General	These are established policy goals, <i>inter alia</i> in the GDPR. They are largely re-stated here.
6(1)(i)	General	
6(1)(j)	General	
6(1)(k)	Apple, Google	Any app developer should be able to place their app in the App Store, even when it does not accept Apple’s general terms and technical standards.

Table 2: Possible addressees and examples of the regulations in the DMA (Henrique Schneider).

III. Assessing the DMA

i. How and What to Assess

In many ways, the DMA is a regulatory innovation. For the first time, the “digital sector” and its “gatekeepers” are becoming the objects of a legal act *sui generis*. The question is, however, whether this novelty is advantageous or harmful for the economic order, and to competition. There are three different levels to this question. The first is the DMA’s relationship to the economic order at large: Is it compatible with a free society, and more importantly, with a free economy—the one the EU pretends to espouse? Second, is the model on which the DMA bases its rules sound: does a “digital sector exist”; is it necessarily dependent on “gatekeepers”; does antitrust fail in addressing potential harm to the competition process originating in or magnified by the digital realm? Third, are the novel obligations of gatekeepers pro- or anti-competitive?

The first level of question involves a philosophical discussion. While it is needed, and indeed necessary, to properly assess the place of the DMA in the EU's project, this is not the place to address it. Instead, this paper focuses on the economics of antitrust and will answer the second level of questions about the model and economics of the DMA, using some remarks on the third level of questions on the effects of certain rules of the DMA to operationalize the discussion.

2. Assumptions

Before assessing the economic content of the DMA, it is worthwhile overviewing the model that the EC advances to legitimate the Act. The DMA Impact Assessment (IA), which serves, here, as a proxy for assessing the economic model of the DMA, makes assumptions begging for substantiation.²⁵ For example:

- The DMA will cause research and development (R&D) spending in the information and communication technology sectors of each Member State to double, with related increases in employment.
- Because of the DMA, a significant amount of spending on mergers and acquisitions activity by large technology companies will be replaced by R&D spending on a one-for-one basis.
- These increases in R&D spending generated by the DMA will be as socially beneficial and value-augmenting to users as previous forms of R&D spending.
- The DMA's obligations are narrowly targeted such that they will have no negative effect for users with respect to costs, quality, or functionality of core platform services today or in the future.
- Competition "in the market" is more beneficial than competition "for the market;" regulatory interventions to cause a change in the nature of competition in the digital sector will only involve minimal compliance costs and no harmful side-effects on innovation or competitive incentives.
- The DMA will reduce regulatory fragmentation caused by diverging national approaches to platforms, but in its absence 100% of cross-border trade intermediated by on-line marketplaces would be lost by 2025.
- All of these benefits can be achieved with only 30-90 EC employees, and no other enforcement costs at EU institutional level.

²⁵ DMA Impact Assessment, Part 1.

Additionally, the IA does not evaluate the economic impact of the specific prohibitions or obligations of the DMA. A study that assumes its own conclusions seems suspicious.

3. Digital Sector

The DMA explains the digital sector as the sector of products and services provided by means of or through information society services,²⁶ referencing the point (b) of Article 1(1) of Directive (EU) 2015/1535,²⁷ the definition of “information society services.” According to that Directive, these include “any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.”²⁸ “At a distance” means that “the service is provided without the parties being simultaneously present.” “By electronic means” suggests that the “service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed, and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means.” Finally, “at the individual request of a recipient of services” specifies that “the service is provided through the transmission of data on individual request.”²⁹

Economics, however, casts serious doubts over these legal definitions. An underlying premise of the DMA is that digital markets can be separated from non-digital markets for purposes of applying *ex ante* regulatory requirements. However, many industries—not just internet platforms—are increasingly being transformed by digital technologies. In different “traditional” sectors of the economy firms compete against one another to reach users and consumers through multiple business channels, including the digital. Also, individual businesses are increasingly adopting digital tools in the planning and production of goods, in extracting value from data, in using digital outlets for branching out into new markets and updating their strategies. In short, business models are incorporating digital instruments. This is usually referred to as “digital transformation”.³⁰ As a consequence, if “digital transformations” is indeed happening across sectors, activities, and business cases, then, the

²⁶ DMA, 2(4).

²⁷ DMA, 2(3).

²⁸ Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (codification), art. 1 (1)b.

²⁹ Art. 1(1)(b) Directive (EU) 2015/1535.

³⁰ See, for example, Westerman/Bonnet/McAfee, 42 ff.

digital is encountered in multiple facets and combinations in an economy. By the EU's legal line of thought, then, everything is digital. But, logically, if everything is digital, what is the added-value or even the sense of regulating the digital realm separately?

Even if the focus is restricted to a narrow view of digital services, these almost always supervene upon non-digital services, tangible goods, or infrastructure. For example, while Uber is an application,³¹ it relies on millions of “real-world” people, cars, or streets combining them with other digital services, e.g., payment and routing, which are, on their own, dependent on several non-digital elements. Digital and non-digital channels are intertwined. Separating the digital from the non-digital is, therefore, conceptually wrong, and practically impossible.³²

When narrowing the scope even more by concentrating only on markets, the DMA's distinction cannot hold. Within a given industry, digital and analogue agents compete to reach end-users through distinct means, each having its own particular costs and benefits. To illustrate: When Amazon decided to sell books over the internet, it did not create a digital market. Even in selling online, it competed against all other bookstores in brick-and-mortar presences, book-clubs selling books via print catalogues, and many more. Assuming Amazon is the only online retailer of books and music but has no more than a 30 percent global market share for books, does this make Amazon a monopoly in the digital market for books? Conceptionally and empirically not, because there no such thing as an online bookshop market distinct from the off-line bookshop market. The only relevant market for antitrust purposes is the product market, encompassing online and offline distribution channels irrespectively. The French National Competition Authority (*Autorité de la Concurrence*) clearly adopted this position in the case of the merger between Fnac and Darty in 2016.³³ In the two French retailers' competition assessment, the French Competition Authority considered that offline and online markets were part of the same relevant market for antitrust purposes. Indeed, the sales taking place through digital distribution channels greatly impact offline sales in stores, and vice versa. Consequently, the competitive constraints come to play for products independently of the distribution channels they chose – be they in-store or digital. “Digital” is not a market but a distribution channel: it

³¹ Uber is the app intermediating between driver-users and rider-users of the app. Both groups of users use Uber as a marketplace.

³² Schneider, 63 ff.

³³ *Autorité de la Concurrence*, Decision FNAC/Darty, 16-DCC-111, and Decision 18-D-16, July 27.

is a different (often innovative) way of reaching end-consumers in well-known markets. Thus, competition takes place in that product market, not on the digital channel.³⁴

So, according to the DMA and even in this, the narrowest view of the “digital sector”, what is the ratio of physical versus digital sales necessary for a company to be considered a digital company? For example, if Amazon were to increase its offline sales, could it transform itself into a non-digital company under the proposed DMA? The DMA cannot give an answer, since it does not take the integration of business models and markets, let alone their internal dynamic and change into account. Regulating companies according to fixed, rigid categorizations runs the risk of misapprehending the business realities and the business dynamics inherent to highly volatile and dynamic markets.

4. Economic Effects of the DMA

Based on the questionable premise that a “digital sector” exists separately from the physical one, relying on overly optimistic assumptions about its own effects, and lacking a self-critical evaluation, the DMA could lead to dire economic effects. The most important are enumerated here; for the sake of the argument, this subsection develops possible economic effects of the Act assuming that there is a “digital sector”, i.e., accepting one of the DMA’s premises.³⁵

The DMA could hinder the widespread adoption of digital technologies in sectors, activities, and business models. First, it creates extra regulatory costs for agents that have adopted or created digital means. These extra costs may undermine the competitiveness of these agents. Akin to the General Data Protection Regulation’s (GDPR) effects, which are beneficial mainly for “big tech” companies and detrimental to the other companies,³⁶ the DMA creates extra regulatory costs that raise both existing barriers and barriers to entry, thereby preserving the current situation with the incumbents. The dynamics of once-rapidly changing markets is perverted so that digital innovation may

³⁴ Genevaz/Vidal, 30 ff.

³⁵ This sub-section is largely based on Schneider, 1 ff. and Teece/Kahwaty, 1 ff.

³⁶ Kostov, Nick / Schechner, Sam, GDPR Has Been a Boon for Google and Facebook, The Wall Street Journal, June 17, 2019, available under: <<https://www.wsj.com/articles/gdpr-has-been-a-boon-for-google-and-facebook-11560789219>> (“the rules have also made it harder for third parties to collect lucrative personal information like location data in Europe to target ads. This gives the tech giants another advantage: they have direct relationships with consumers that use their products, allowing them to ask for consent directly from a much large pool of individuals”).

slow down. Secondly, the reduced competitiveness of the digital agents as opposed to the non-digital agents in the same industry deters digital transformation, slowing down or even preventing disruption, thereby stifling technological innovation. The regulatory obligation to share data, grant access, and encourage innovation among rivals makes it cheaper (if not free) for firms to copy market leaders' innovations. The regulation makes imitation more attractive at the expense of innovation. Thus, the interaction between regulation and innovation yields a negative impact since excessive and artificially created competition stifles innovation. In other words, innovation laggards benefit from the regulation, enabling them to imitate the innovation leaders that are, themselves, deterred from innovating at subsequent stages in order to avoid further regulatory-driven free-ridership problems. Regulation-created rivalry artificially generates competition at the expense of innovative market leaders because asymmetric regulation requires disclosure and access be given to rivals—which thus gain a strategic and decisive advantage through regulation, at no cost. This risk of free-riding appears in the DMA in multiple instances. For example, the DMA states that the gatekeepers should be obligated to ensure access under similar conditions to, and guarantee interoperability with, the same operating system, hardware or software features that are available or used in the provision of any ancillary services by the gatekeeper. This obligation, laid down in Articles 5 and 6 of the DMA, overlooks the innovation dynamics resulting from the initial creation and subsequent innovations, designing an operating system with proprietary services attached to it as an incentive to create the operating system in the first place.³⁷

More practically, what would be the innovation incentives for Apple if the company were prevented from favoring its own proprietary apps (e.g., iMessage, Maps, Safari, etc.) through either pre-installed or prominent placements in the App Store? The prescribed equal access would prevent self-preferencing and equally undermine essential proprietary assets and services of the company's innovations. The obligation deters innovation both at the upstream level (e.g., updates on operating systems, as Apple's ability to appropriate its innovations would decrease) and at the downstream level (e.g., updates and the creation of Apple's apps would be blighted since the expected benefits derived from these investments would decrease). Similarly, should Android OS be granted equal access to app developers without Google being able to self-preference its apps, Android OS's freely and openly licensable characteristics would be put at risk. Indeed, Google may recoup its investments and innovations through a more traditional, chargeable business

³⁷ De Streel/Larouche, 46 ff.

model. In both instances, innovation laggards would benefit from the regulatory obligations, whereas the innovation leaders would reduce their investment levels. The overall impact on innovation and competition would by no means be guaranteed to be positive under the DMA.³⁸

Furthermore, the DMA creates a skewed playing field against digital channels. To impose a specific regulation, such as the DMA does for digital channels, while not imposing it on non-digital channel for the same product means the competition regulators wish to enforce an asymmetric regulation at the expense of a level playing field. There is also a further regulatory skew against those companies identified as “gatekeepers.” The key to understanding this is recognizing the DMA’s focus on increasing the contestability of core platform services rather than digital markets. The core platform services’ contestability suggests that the DMA is exclusively designed to uproot the digital gatekeepers’ market positions in favor of other *digital* agents. Such an objective would be equivalent to an artificial selection of firms destined to replace current digital gatekeepers. Current digital gatekeepers seem condemned to be replaced by other digital players. It is therefore wrong to assume that current digital gatekeepers enjoy “unassailable” market positions. By achieving greater contestability of core platform services, the DMA helps non-market leaders replace current digital gatekeepers. Such an objective does not convey clear benefits regarding consumer welfare and innovation, especially if the replacing firms provide inferior services. This objective also incentivizes rent-seeking behaviors of free riding at the expense of innovation incentives. To illustrate, does greater contestability of core platform services mean Google’s search engine needs to be subject to greater contestability by promoting Microsoft’s Bing or the French search engine Qwant? To pursue such an objective would ignore consumer preferences and would inevitably deter Google’s innovation pace without increasing other firms’ innovation capabilities. Consequently, it appears that the confusion between the promotion of greater contestability of core platform services as opposed to digital markets reveals that the real intention of the EC in this respect is to replace current digital gatekeepers with other digital players irrespective of consumer benefits and innovation. Consequently, the confusion over the “digital market” reveals that the DMA’s bias is instead toward the allegedly unassailable market position of gatekeepers.

Under the DMA, imposing *ex ante* antitrust enforcement without any effects-based safeguards on a handful of companies is intended to address perceived shortcomings of competition enforcement. But inflexible and heavy-handed

³⁸ Hovenkamp, 489 ff.

regulation, undermining existing antitrust tools, and unpredictable consequences for consumer welfare are a high price to pay for being the first to experiment with the regulation of “fairness and contestability” in the digital economy.

5. DMA and Antitrust

Traditional antitrust law permits market leadership and large firms. Even potentially harmful conduct is permitted as long as it creates, on balance, improved efficiencies and benefits for consumers, including lower prices. In fact, competition enforcement in most developed markets around the world has trended toward an objective, economic, effects-based approach focused on establishing anticompetitive conduct through due process. These investigations put weight on efficiency objectives and consumer welfare, rather than targeting a certain level of market concentration.³⁹ On the other hand, antitrust enforcement officials in Europe “have tended to favor protecting potential competitors, even if market leaders have managed to outperform competitors and gain consumer loyalty through their ingenuity and smart acquisitions.”⁴⁰

By introducing *ex ante* remedies, the DMA pushes antitrust into the realm of the regulatory. Metaphorically speaking, competition law is conceived as a “call” on market-processes, assuming that they are generally self-regulating, and only stepping in if they produce outcomes that are detrimental to competition.⁴¹ The cost of the call is borne by competition authorities having to step in and make a case against potential anticompetitive behaviors. In a turn of doctrine, the DMA is a “put” on market-processes assuming that at least the gatekeepers of digital markets neither act according to competition if left unchecked nor are disciplined in the market-processes, and therefore must be directed before entering into that process. The cost of the put is borne by the digital gatekeepers by having to conform with all stipulations of the antitrust authority turned into a regulator of their activities.

Shifting the focus of competition intervention from efficiency to market-structure objectives would push competition law in a new direction toward a

³⁹ Kuenzler, 249 ff.

⁴⁰ Manne/Auer, 1289 f.

⁴¹ Calls and puts are options. Options that give their holder the right to buy a specific stock (or index) are called call options, and options that give their holder the right to sell a specific stock (or index) are called put options. An agent buys a call option because the agent feels optimistic about the future of the underlying asset. Inversely, the buyer of a put option feels pessimistic about the future of the underlying.

structural (“big is bad”) approach that favors smaller European competitors.⁴² U.S. platforms are particularly concerned with the prohibitions and obligations that would limit their ability to engage in conduct that is pro-competitive, efficient, and welfare-enhancing. In other words, a company’s size would determine whether the new set of *ex ante* competition rules apply to it. That approach would ignore the dynamic competition that gatekeepers bring to the market, the consumer welfare generated by the existing framework, and the innovation and investment incentives necessary to generate future technological breakthroughs.⁴³

In the realm of so-called digital markets, and focusing on gatekeepers in these markets, the DMA does away with the various safeguards of antitrust. Prioritizing the interests of competitors, suppliers and business users of digital platforms, the DMA regulates *ex ante* the activities, and more specifically, the prices of these gatekeepers. The DMA does not even allow the EC to modify the obligations imposed if they prove counterproductive and harmful. This lack of a safety valve is particularly troubling given that much of what will be prohibited by the DMA is known to create value for consumers and business users alike. While the EC has largely assumed good outcomes of the DMA, it is difficult to assess the real economic effects of the many prohibitions and regulations according to the DMA.⁴⁴

The DMA does not allow for any of the safeguards that exist under the enforcement of competition according to antitrust laws. These safeguards protect and preserve pro-competitive behavior to the benefit of consumers, innovators and entrepreneurs. They include an effects-based assessment that considers the likely effects of conduct both beneficial and detrimental to competition: It considers a counterfactual, assessing what the world would look like in the absence of allegedly anti-competitive conduct. These safeguards help keep over-enforcement and purely formal enforcement in check, ensuring that competition is maintained while allowing for innovative, differentiated or “first movers” to earn rewards in the market-processes.⁴⁵

⁴² Majumdar, 0003603.

⁴³ The DMA constitutes a dramatic turn to the use of an *ex ante* regulatory mechanism intended to overlap and operate in parallel with traditional European antitrust methods. As a sweeping overhaul of European competition policy, the DMA could threaten certain operations of U.S. firms in Europe, discriminate in favor of European companies, and provide opportunities for systemic rivals—including subsidized Chinese firms—to achieve long-term non-economic goals.

⁴⁴ De Streel/Larrouche, 52.

⁴⁵ Jamison, 1 ff.

Given the size and scale of the companies likely to be designated as gatekeepers under the DMA, one would hope for more safeguards to ensure that this European regulation does not do more harm than good. That is why, under competition law, courts have imposed evidentiary requirements for the imposition of the kinds of far-reaching remedies proposed under the DMA.⁴⁶ These safeguards are necessary to protect fundamental principles of an open-market economy, including property rights, freedom of contract and the freedom to conduct a business. Breaking up companies, digital tools or services rightly requires proof of harm that will be remedied by government-mandated product design changes. But the DMA does away with that, as well. Without these checks and balances, the DMA could soon become an attractive alternative for overzealous enforcers seeking to avoid the legitimate constraints of competition law. This is particularly true if, as proposed by some policymakers, fragmented national enforcement of the DMA was allowed.

6. Summary

The DMA replaces economically-sound, effects-driven antitrust law with *ex ante* regulation based on bad economics and suspicious modeling. The DMA could slow the adoption of digital technologies by European industry for three main reasons:

- Increasing regulatory costs are likely to drive up barriers to entry, thereby reinforcing rigidity in the economy and status quo companies. Incentives for smaller and medium-sized platforms to innovate and scale up will be suppressed, as anticipated threshold effects inject uncertainty into their calculations; growth and success will be met with increased regulatory scrutiny, possible legal liability and an anticipated inability to claim the earned monetary rewards of their innovative efforts in Europe.
- The DMA's *ex ante* regulatory proposals will reduce incentives for large online platforms to provide new, innovative products and services to European businesses and consumers. Restrictions on gatekeepers, including prohibitions on bundling and adjacent market entry, would directly suppress the ability of platforms to innovate by developing new products and services for customers. Specifically, Articles 5 and 6 overlook the innovation dynamics resulting from the initial creation and subsequent innovations of a service. Companies who are closing in on the threshold for meeting gatekeeper status may be disincentivized from creating a new service that would bring in additional users. For example, this concern

⁴⁶ Colomo, 251 ff.

could dissuade a large platform provider from investing in a new telehealth channel with on-demand services for fear of outgrowing its established regulatory category. DMA restrictions will hamper existing gatekeepers from competitively constraining one another, particularly outside of their own “lane,” for example, Apple with search functions or Microsoft with digital advertising.

- As large online platforms are constrained, opportunities for natural affiliations between relatively less-digitized European firms and highly digitized U.S. firms will be reduced.

IV. Options for Switzerland

In 1988, the Federal Council stated in the Integration Report that “Europe-friendly” legislation is necessary to ensure the competitiveness of Switzerland as a production location and as a place to work. “Our goal must be, in areas of cross-border significance (and only there), to achieve the greatest possible compatibility of our legislation with that of our European partners.”⁴⁷ In Swiss law, there is also the maxim of an interpretation of Swiss laws in conformity with European laws. In addition to this, on 1 December 2014, the agreement between the Swiss Confederation and the European Union concerning cooperation on the application of their competition laws (CC 0.251.268.1) entered into force. The agreement enables the Swiss Competition Commission and the Directorate-General for Competition of the EC to notify and coordinate enforcement activities and to exchange information. It also contains clear rules concerning compliance with the existing procedural guarantees of the concerned parties.⁴⁸

None of these linkages, however, impose a Swiss adaptation to the DMA. On the contrary, since the DMA is a new body of law and regulation, it does not fall under any of the rules or norms having already been adopted by Switzerland, whether unilaterally or not. Any such linkages notwithstanding, adapting to or interpreting Swiss law in accordance with the EU is particularly difficult in antitrust and competition matters. First, the principle of economic freedom is enshrined in the Swiss Constitution,⁴⁹ and second, the same Constitution⁵⁰

⁴⁷ Bericht des Bundesrates vom 24. August 1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, BBl 1988 III 249, 380.

⁴⁸ See also Rab/Stempler/Brei, 136 ff.

⁴⁹ Federal Constitution, 27.

⁵⁰ Federal Constitution, 96.

and the appropriate law⁵¹ are explicit about any antitrust action being taken according to anticompetitive behaviors—and not by-object.⁵² The Swiss legal system considers this “effects doctrine” to be a clear differentiator between Swiss and European laws.⁵³

As seen above, the DMA is not such a tool in antitrust law but rather a new kind of regulation. It is the regulation of the “digital sector” and its “gatekeepers.” This, however, does not open the door for a new type of link with Switzerland. Any sectorial regulation must be grounded in a sufficient Constitutional basis. At the time of writing, there is no such basis for introducing any sector-specific regulation in Switzerland or to accommodate for a reading of existing Swiss laws supporting such a regulatory intent.

Switzerland has, then, three options for how to deal with the DMA. The first would be to incorporate it into Swiss Law. One possible advantage of this option would be to continue, secure, or pave the way to more integration into the Common Market. The disadvantages are numerous. The same arguments voiced above about the many failures of the DMA would also apply in Switzerland. The second option is to take a wait-and-see position, i.e., take some time to decide how to act while observing the implementation of the DMA in the EU, the reaction of the agents in the market, and the general economic impact. The advantage of this option is not being committed to any pre-determined course of action but waiting for empirical information. There are, however, several disadvantages. First, Switzerland would be faced with pressure by the EU—but also by the market agents—to decide how to act. Second, the lack of decision could be taken by the agents in the market as a gap in regulatory stability. This might make them weary of Switzerland. Third, a wait-and-see position still needs a framework on how to decide and when to decide. Such frameworks have shown to be difficult to develop and implement. The third option is to refute the DMA completely and instead position the country, based on the “effects doctrine” as a safe harbor for digital transformation and innovation. The obvious disadvantage to such a course is the pressure exercised by the EU on Switzerland for regulatory harmonization. The advantages of this third option are, however, numerous. The closer and more interventionist the EU becomes, the more will it lag technologically. Switzerland improving its technological position would provide the country

⁵¹ Article 1 of the Cartel Act reads: “The purpose of this Act is to prevent the harmful economic or social effects of cartels and other restraints of competition and, by doing so, to promote competition in the interests of a liberal market economy.”

⁵² See, for example, Swiss Administrative Court B-8399/2010, E. 6.1.3.

⁵³ Swiss Administrative Court B-8399/2010, E. 6.1.3.

with yet another differentiator vis-à-vis the EU making it more independent from its lump economic risk. Also, EU-based companies might want to switch some of their operations to Switzerland to avoid the intrusiveness of the EU. More importantly, agents using online presences would continue to supply Switzerland with novel and differentiated products, even if they decided against provisioning EU Member States as a result of impeding expropriation-like regulation. In decidedly refuting the DMA Switzerland could continue to engage in global competition, which benefits the country as a whole, its businesses and its consumers.

Coming full circle: The Sherman Act was a groundbreaking because it is based on sound economics. The DMA is not; it has especially problematic economic effects. While the trusts of their time stifled competition, it is not clear if that is the case with “gatekeepers.” For them, the competition is one click away. The Sherman Act wanted to remedy problems in markets, paying attention to the effects of competition. The DMA intends to regulate *ex ante* focusing on formal criteria without regard for effects. President Roosevelt, while using the Sherman Act aggressively, did so in order to foster competition and innovation. The EC envisages protectionism. In sum: The Sherman Act was legislation for the future of a free market; the DMA is backward-looking regulation for an ever-more planned economy.

References

- Colomo Pablo Ibañez, “Regulatory” and “Antitrust” Remedies in EU Competition Law, In: Remedies in EU Competition Law, Alphen aan den Rijn 2020, 251 – 172.
- Dalton Kathleen, Changing Interpretations of Theodore Roosevelt and the Progressive Era, In: A Companion to the Gilded Age and Progressive Era, Hoboken 2017, 296-307.
- De Streel Alexandre / Larouche Pierre, The European Digital Markets Act Proposal: How to Improve a Regulatory Revolution, *Concurrences* 21.2 (2021), 46-63.
- Eifert Martin et al., Taming the giants: The DMA/DSA package, *Common Market Law Review* 58.4 (2021), 987-1028.
- Folsom Burton, *The Myth of the Robber Barons*, New York 2003.
- Genevaz Simon / Vidal Jerome, Going Digital: How Online Competition Changed Market Definition and Swayed Competition Analysis in Fnac/Darty, *Journal of European Competition Law & Practice* 8.1 (2017), 30-35.
- Hovenkamp Herbert, *The Looming Crisis in Antitrust Economics*, Boston University Law Review 101 (2021), 489-545.

- Kirzner Israel, The driving force of the market: The idea of competition in contemporary economic theory and in the Austrian theory of the market process, in: *Why economists disagree: An introduction to the alternative schools of thought* (Hrsg. David L. Prychitko), Albany 1998, 27-52.
- Kuenzler Adrian, Competition law enforcement on digital markets—lessons from recent EU case law, *Journal of Antitrust Enforcement* 7.2 (2019), 249-278.
- Jamison Mark, *Applying antitrust in digital markets: Foundations and approaches*, Boston College Intellectual Property Technology Forum Working Paper (2020).
- Majumdar Sumit, Stick Versus Carrot: Comparing Structural Antitrust and Behavioral Regulation Outcomes, *The Antitrust Bulletin* June (2021): 0003603X211023463.
- Manne Geoffrey/Auer Dirk, Antitrust Dystopia and Antitrust Nostalgia: Alarmist Theories of Harm in Digital Markets and Their Origins, *George Mason Law Review* 28.4 (2021): 1281-1398.
- Novak Stéphanie/Rozenberg Olivier/Bendjaballah Selma, Enduring consensus: why the EU legislative process stays the same, *Journal of European Integration* 43.4 (2021), 475-493.
- Podszun Rupprecht/Bongartz Philipp, The Digital Markets Act: Moving from Competition Law to Regulation for Large Gatekeepers, *Journal of European Consumer and Market Law* 10.2 (2021), 60-67.
- Rab Suzanne/Stempler Ilyse/Brei Gerald, EU and Swiss Competition Law: Navigating the Boundaries, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts-und Finanzmarktrecht* 12.2 (2012), 136-144.
- Ruddy Daniel, *Theodore the Great: Conservative Crusader*, Washington, D.C. 2016.
- Schneider Henrique, *Creative Destruction and the Sharing Economy: Uber as disruptive innovation*, Cheltenham 2017. (cit. Schneider Creative Destruction)
- Schneider Henrique, *European Union Antitrust Policy in the Digital Era*, Competitive Enterprise Institute Issue Analysis No. 8 (2020). (cit. Schneider EU Antitrust Policy in the Digital Era)
- Westerman George/Bonnet Didier/McAfee Andrew, *Leading digital: Turning Technology into Business Transformation*. Cambridge, MA 2014.
- Teece David/Kahwaty Henry, *Is the Proposed Digital Markets Act the Cure for Europe's Platform Ills? Evidence from the European Commission's Impact Assessment*, BRG Institute Working Paper (2021).

Die vorliegende Publikation nimmt das 25-jährige Bestehen des Kartellgesetzes (KG) zum Anlass, dessen Zielsetzung und Instrumente im Lichte der technologischen und wirtschaftlichen Entwicklungen auf den Prüfstand zu stellen. Vertreter der Wissenschaft und Wirtschaft befassen sich u.a. mit der Erfassung zeitgenössischer Kartellformen durch das KG, mit den Implikationen der Digitalisierung sowie der institutionellen Struktur der Wettbewerbsbehörde. Die Autoren erkennen an vielen Stellen Reformbedarf und entwickeln Lösungsansätze für die Anpassung des Kartellrechts an neue Marktgegebenheiten. Die Publikation möchte hiermit einen Beitrag zur Reformdebatte leisten.