

# Ein Kartellgesetz der Wirtschaft

Anne-Cathrine Tanner

## Inhaltsübersicht

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

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.

### I. 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

---

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

## 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.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> 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>>.

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Auch die OECD hat im Jahre 2006 im Rahmen einer umfangreichen Evaluierung der schweizerischen Wettbewerbsbehörden diverse Kritikpunkte angebracht.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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-

---

<sup>4</sup> 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.

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

<sup>6</sup> 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).<sup>7</sup> 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]).<sup>8</sup> Die WEKO geniesst somit im Grundsatz ein hohes Mass an Autonomie und untersteht in fachlicher und inhaltlicher Hinsicht keiner Aufsicht.<sup>9</sup>

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

– 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.

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Komm. KG-Meier/Bruch, Art. 19, N 6.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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 KG<sup>11</sup> kann das WBF das Sekretariat mit der Eröffnung einer Untersuchung beauftragen.<sup>12</sup>

Zusätzliche Abhängigkeiten vom WBF bestehen in Bezug auf das Rechtsmittelverfahren. Die WEKO ist nicht befugt, selbständig Beschwerde gegen Entschiede des Bundesverwaltungsgerichts zu erheben.<sup>13</sup> 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 administriert<sup>14</sup> – 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-

---

<sup>11</sup> 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.

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

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

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

lichen Gericht verneint werden.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Siehe BGE 139 I 72 E. 4 S. 80 f.

<sup>16</sup> Baudenbacher, 23 f.

<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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 Schmid<sup>19</sup>), 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.<sup>20</sup>

*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,<sup>21</sup> wäre jedoch dem bestehenden Behördenmodell sicherlich vorzuziehen. So bestünde bspw. die Möglichkeit, Kommissionsschreiberinnen und Kommissionsschrei-

---

<sup>18</sup> BBl 2012, 3923.

<sup>19</sup> Siehe Votum von Schmid Martin in: Amtl. Bull. SR 2013, 325.

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

<sup>21</sup> 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 Herausforderungen<sup>22</sup> 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

---

<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

---

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

<sup>24</sup> BBl 2012, 3932.

<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>
- 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.<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup> Diese Argumentation verkennt, dass Unternehmen gemäss Art. 49a Abs. 3 KG lediglich solche Vorhaben melden dürfen, denen eine potenziell sanktionsbedrohte Wettbewerbsbeschränkung (siehe

---

<sup>26</sup> BBl 2012, 3933.

<sup>27</sup> BBl 2012, 3933.

<sup>28</sup> BBl 2012, 3983.

Art. 49a Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 und 4 resp. Art. 7 KG) innewohnt.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

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-

---

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

<sup>30</sup> BBl 2012, 3933.

<sup>31</sup> 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».<sup>32</sup>

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

---

<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> Zu berücksichtigen gelte überdies, dass eine in Aussicht gestellte Sanktionsminderung nicht das Rechtsinstitut der Bonusregelung untergrabe.<sup>34</sup>

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.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup>

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-

---

<sup>33</sup> BBl 2012, 3931 f.

<sup>34</sup> BBl 2012, 3931 f.

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

<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup>

#### 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.<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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.

---

<sup>37</sup> 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.

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

<sup>39</sup> 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) *Marktbeherrschungskriterien 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 Marktbeherrschungskriterien 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.<sup>40</sup> Demnach sollen Netzwerkeffekte sowie Grössenvorteile eine tendenziell konzentrationsfördernde Wirkung entfalten, während das Vorliegen von Multihoming als konzentrationsmindernd qualifiziert wird.<sup>41</sup> Die Aussagekraft von Marktanteilen ist hingegen aufgrund der hohen (Innovations-)Dynamik in der Digitalökonomie eingeschränkt.<sup>42</sup>

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.<sup>43</sup>

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

---

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

<sup>41</sup> Evans/Schmalensee, 164.

<sup>42</sup> Siehe hierzu bspw. Monopolkommission, Rz. 56.

<sup>43</sup> Heinemann, Algorithmen, 29.

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

<sup>45</sup> Heinemann, Algorithmen 29.

einer zumindest konkludenten Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise voraus. Demgegenüber erfüllt blosses Parallelverhalten, wenn auch stillschweigend kollusiv, den vorbeschriebenen Tatbestand nicht.<sup>46</sup> Stillschweigende, auf Algorithmen beruhende Kollusion fällt somit nicht unter den Begriff der Wettbewerbsabrede.<sup>47</sup> Es drängt sich daher eine kritische Bewertung der bestehenden Regelung auf. Dabei gilt es zu evaluieren, ob es einer gesetzlichen Ausweitung des geltenden Kartelltatbestands bedarf<sup>48</sup> oder ob bereits eine digitale Interpretation des Abrede-Begriffs ausreichen würde.<sup>49</sup>

### cc) Datenzugang

Daten gelten als zentraler Inputfaktor vieler Wertschöpfungsprozesse. Die Bearbeitung von (Nutzer-)Daten ermöglicht es Unternehmen, die Qualität ihrer eigenen Dienste zu optimieren<sup>50</sup>, neue Geschäftsfelder zu erschliessen<sup>51</sup>, ziel-

---

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Heinemann, Algorithmen, 27.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Heinemann, Algorithmen, 28.

<sup>50</sup> So trägt bspw. jede Nutzeranfrage bei einer Suchmaschine zur Verbesserung des entsprechenden Algorithmus bei.

<sup>51</sup> 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 schalten<sup>52</sup> oder auch Preisdifferenzierungen<sup>53</sup> vorzunehmen. Es liegt daher nahe, dass die Kontrolle über bestimmte Daten(-sätze) bei der Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens miteinfließen muss.<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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».

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> Schweitzer et al., 128 f.

<sup>57</sup> 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.