Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht

MONIQUE STURNY*

A. Einleitung

Das schweizerische Kartellgesetz («KG»)[1] hat sich seit seiner Entstehung im Jahr 1962 bis heute von einem rudimentären, äusserst kartellfreundlichen hin zu einem materiell weitgehend europakompatiblen Erlass entwickelt. Dieser Beitrag analysiert, nach welchen Gesichtspunkten Konvergenzen und Divergenzen zum europäischen Recht in den bisherigen KG-Revisonen angestrebt und umgesetzt wurden.[2] Dabei stellt sich die Frage, ob Angleichungen und Abweichungen vom Gesetzgeber bewusst erfolgten und ob diese in den Gesetzgebungsprozessen sachlich begründet wurden. Diesem Themenkreis soll im Folgenden nachgegangen werden, indem zunächst der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht im Laufe der Zeit dargestellt wird (dazu B.). Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Analyse des Einflusses des europäischen Rechts auf das materielle schweizerische Kartellrecht im Rechtssetzungsprozess. Im Anschluss daran werden die Motive und Ursachen für Divergenzen (dazu C.) und Konvergenzen erörtert (dazu D.). Zusätzlich wird der Frage nachgegangen, ob die Konvergenzen zum europäischen Recht im Bereich des Kartellrechts einem freien Entscheid des Gesetzgebers entspringen oder ob diese angesichts der engen Verflechtungen mit der EU zunehmend notwendig sind und damit für die Schweiz zu einem Souveränitätsverlust führen (dazu E.).[3]

---

* lic. iur., Rechtsanwältin, LL.M. Die vorliegende Arbeit stützt sich auf die Ergebnisse des Dissertationsprojekts der Autorin zum Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht.

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

2 Siehe «Die Europakompatibilität im schweizerischen Wirtschaftsrecht: Konvergenz oder Divergenz? Lay Summary» (<http://www.iew.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/dwr/iew/content/e3911/e4043/e4619/europakompat_natfondsproj_ger.pdf>, zuletzt besucht am 6. September 2012).

3 *Ibid.*

B. Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts

I. Phase der bewussten Divergenz zum europäischen Kartellrecht

Bekanntlich war die Schweiz lange eines der am stärksten kartellierten Länder der Welt mit einer ausgeprägten KMU-Struktur.[4] Eine wichtige Stütze der Kartellordnung stellten die Verbände und Genossenschaften dar, welche in vielen Wirtschaftszweigen einerseits staatliche Ordnungsfunktionen wie die Regelung der Berufsausbildungen oder das Sammeln statistischer Daten wahrnahmen,[5] andererseits aber auch rein kartellistische Zwecke verfolgten, indem sie Preise oder Löhne festsetzten, Gebietszuteilungen vornahmen oder Kartellaussenseiter und ausstiegswillige Kartellmitglieder sanktionierten.[6] Angesichts der hohen Akzeptanz der Kartellwirtschaft wurden Wettbewerbsabsprachen als grundsätzlich zulässig und nützlich angesehen. In Anwendung des Missbrauchsprinzips wurde unter dem KG von 1962[7] und dem revidierten KG von 1985[8] lediglich eine Bekämpfung von missbräuchlichen Verhaltensweisen von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen angestrebt.[9] Die einzige Schranke der Kartellierung wurde darin gesehen, dass die wirtschaftliche Freiheit der Wettbewerber nicht übermässig beeinträchtigt werden durfte.[10] Unter diesem Vorbehalt wurde eine durch die Marktteilnehmer geschaffene Kartellordnung und eine gegen-

4 Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements («PBK»), Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der PBK, Bern 1957, S. 52, siehe auch S. 34; Michael Bernegger, Die Schweiz und die Weltwirtschaft: Etappen der Integration im 19. und 20. Jahrhundert, in: Paul Bairoch/Martin Körner (Hrsg.), La Suisse dans l'économie mondiale/Die Schweiz in der Weltwirtschaft, Genf/Zürich 1990, S. 429 ff., S. 452; Votum Theus, StenBull SR 1962, S. 192.

5 Votum Hackhofer, StenBull NR 1962, S. 627.

6 Bernegger (Fn. 4), S. 447; siehe zum Ganzen André Mach, La Suisse entre internationalisation et changements politiques internes, La législation sur les cartels et les relations industrielles dans les années 1990, Zürich/Chur 2006, S. 156; vgl. Votum Schürmann, StenBull NR 1962, S. 613; Erich Gruner, Der Einfluss der schweizerischen Wirtschaftsverbände auf das Gefüge des liberalen Staates, Schweizerische Zeitschrift für Geschichte, Jg. 6, 1956, S. 315 ff., S. 324.

7 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1962 über Kartelle und ähnliche Organisationen (Kartellgesetz); AS 1964 53.

8 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (Kartellgesetz); AS 1986 874.

9 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10. September 1937, BBl 1937 II 833 ff., S. 889; Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV (vgl. heute: Art. 96 BV).

10 Pierre Tercier, Du droit des cartels au droit de la concurrence, ZSR 1993, S. 399 ff., S. 403; PBK (Fn. 4), S. 160 f.; Votum Rohner, StenBull SR 1962, S. 187; PBK (Fn. 4), S. 205; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961, BBl 1961 II 553 ff., S. 560; Leo Schürmann, Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962, Zürich 1964, S. 59 ff.

seitige Konkurrenzierung im freien Markt als gleichwertig eingestuft.[11] Entsprechend der grundsätzlichen Skepsis gegenüber einem Eingreifen gegen Kartelle und ähnliche Organisationen kam der damaligen schweizerischen Kartellkommission keine Verfügungskompetenz zu, sondern lediglich die Möglichkeit, Empfehlungen auszusprechen.[12]

In dieser Phase, welche das erste schweizerische KG von 1962 und die KG-Revision von 1985 umfasst, entschied sich der Gesetzgeber bewusst gegen eine Anlehnung an das europäische Kartellrecht. Das europäische Kartellrecht wurde zwar im Gesetzgebungs- und Revisionsprozess vereinzelt rechtsvergleichend erwähnt. Die Konzepte des europäischen Kartellrechts, wie namentlich das grundsätzliche Kartellverbot gemäss dem damaligen Art. 85 EWGV oder die Ausrichtung auf den Schutz des wirksamen Wettbewerbs wurden aber bewusst abgelehnt. Die rechtsvergleichenden Hinweise in den Materialien zum KG von 1962 und jenem von 1985 bezogen sich ausserdem nicht vorrangig auf europäisches Kartellrecht, sondern gleichermassen auch auf US-amerikanisches und deutsches Kartellrecht.

II. Phase des autonomen Nachvollzugs des europäischen Kartellrechts

1. Die Kartellrechtsnovelle von 1995

Im Rahmen der Kartellrechtsnovelle von 1995 fand ein eigentlicher Paradigmenwechsel statt. Die materiellen Bestimmungen des schweizerischen Kartellrechts wurden weitgehend an jene des europäischen Rechts angeglichen. Gleich wie das europäische Kartellrecht basiert das schweizerische KG seither auf dem Konzept des wirksamen Wettbewerbs.[13] Die materiellen Bestimmungen sind in die drei Säulen Wettbewerbsabreden, missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen unterteilt und folgen damit der in allen modernen Wettbewerbsrechten verwendeten Terminologie.[14] Auch bei der inhaltlichen Ausgestaltung

11 Vgl. Willy Dürrhammer, Zur Novellierung des schweizerischen Kartellgesetzes, WuW 1979, S. 392 ff.

12 Walter A. Stoffel/Joseph Deiss, La décartellisation en Suisse: influences européennes, in: Walter A. Stoffel/Joseph Deiss (Hrsg.), La décartellisation en Suisse: influences européennes, Fribourg 1999, S. 1 ff., S. 9.

13 Marino Baldi, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 3 ff.

14 Statt vieler Matthias Amgwerd, Autonomer Nachvollzug von EU-Recht durch die Schweiz unter spezieller Berücksichtigung des Kartellrechts, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 73, Basel: Europainstitut 1998, S. 57; Carl Baudenbacher, Kartellrechtsreform 2001 – Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga 1995 nun die Qualifikation für die Champions' League?, in: Jürg Furrer/Bruno Gehrig (Hrsg.), Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik, FS für Franz Jaeger, Zürich 2001, S. 353 ff., S. 363; Stoffel/Deiss (Fn. 12), S. 12; Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

dieser drei Säulen hat sich der Gesetzgeber eng an das europäische Kartellrecht angelehnt.[15] Ausserdem ist bei der Umschreibung der gerechtfertigten Arten von Wettbewerbsabreden nach Art. 6 KG eine Orientierung am europäischen System der Gruppenfreistellung erkennbar.[16] Eine Konvergenz brachte schliesslich im institutionellen Bereich die Einführung einer Verfügungskompetenz und neuer Untersuchungsbefugnisse der Wettbewerbskommission («Weko»), allerdings damals noch ohne die Möglichkeit, direkte Sanktionen zu verhängen.

Trotz den weitreichenden Angleichungen an das europäische Kartellrecht bestanden zwischen dem europäischen Kartellrecht und dem KG von 1995 mehrere Divergenzen. Ein grundlegender Unterschied ist insbesondere die Anwendung des Missbrauchsprinzips in Bezug auf Wettbewerbsabreden in der Schweiz im Gegensatz zum europäischen Verbotsprinzip. Ein Übergang zu einem Verbotsprinzip wurde anlässlich der Revision von 1995 als kaum durchsetzbar und zu zeitintensiv eingestuft, da der Kartellartikel (Art. 96 BV) nach Ansicht des Gesetzgebers keine Verbotsgesetzgebung zulassen würde.[17]

Divergenzen bestanden auch im Bereich der Fusionskontrolle. Die Einführung einer präventiven Fusionskontrolle stiess in Wirtschaftskreisen auf erhebliche Kritik, weshalb sich der Gesetzgeber mit relativ schwachen Aufgreif- und Eingreifkriterien begnügte.[18] Das schweizerische Recht wurde in diesem Bereich bewusst weniger griffig ausgestaltet als dasjenige der EU.[19]

---

vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff. («Botschaft 1994»), S. 544; Votum SIMMEN, Berichterstatterin, AmtlBull SR 1995, S. 852.

15 Zur Anlehnung an das europäische Kartellrecht im Bereich der Wettbewerbsabreden: statt vieler BALDI (Fn. 13), S. 18; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5–8, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 21 ff., S. 32, 34 ff.; STOFFEL/DEISS (Fn. 12), S. 15. Zur Anlehnung an das europäische Recht in Bezug auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung siehe Votum SIMMEN, Berichterstatterin, AmtlBull SR 1995, S. 858; BSK KG-MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, Art. 7 N 9.

16 AMGWERD (Fn. 14), S. 57; Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 531.

17 Statt vieler Votum GEMPERLI, AmtlBull SR 1995, S. 847; WAK Protokoll NR, Sitzung vom 9./10. Januar 1995, S. 4, 10, 37.

18 Dazu LEDERGERBER, Berichterstatter, AmtlBull NR 1995, S. 1057; WAK Protokoll NR, Sitzung vom 20./21./22. Februar 1995, S. 67; WAK Protokoll NR, Sitzung vom 9./10. Januar 1995, S. 31 und Anhang 2, 7. Siehe Votum JAEGER, AmtlBull NR 1995, S. 1062, 1096 und Votum BLOCHER, AmtlBull NR 1995, S. 1064, 1097 f.; WAK Protokoll NR, Sitzung vom 9./10. Januar 1995, S. 31. Zu den Aufgreifkriterien in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle im Besonderen: siehe Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 579; WAK Protokoll NR, Sitzung vom 20./21./22. Februar 1995, S. 84; ROGER MALLEPELL, Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die schweizerische Gesetzgebung 1993–1995, Schweizer Schriften zur europäischen Integration, Heft Nr. 21, Bern/Zürich 1999, S. 33.

19 Damals Art. 2 Abs. 3 VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1989 L 395/1; wurde ersetzt durch die VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 L 24/1; Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 584; Votum COUCHEPIN, Berichterstatter, AmtlBull NR 1995, S. 1101; WAK Protokoll NR, Sitzung vom 20./21./22. Februar 1995, S. 67, 81.

Ein wichtiger Unterschied zum europäischen Kartellrecht bestand schliesslich darin, dass im KG von 1995 keine direkten Sanktionen vorgesehen waren. Im Gegensatz zur Europäischen Kommission konnte die Weko Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen erst bei einem Verstoss gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung oder einen Beschwerdeentscheid oder bei einem Zuwiderhandeln gegen einen im Rahmen der Fusionskontrolle ergangenen Entscheid aussprechen.[20] Die Integration direkter Sanktionen in den Revisionsentwurf wurde damals politisch als nicht tragbar eingestuft und hätte die Revision als Gesamtes gefährdet.[21] In den Materialien zum KG von 1995 wird allerdings der Verzicht auf direkte Sanktionen und die diesbezügliche Divergenz zum europäischen Kartellrecht weder offengelegt noch begründet.

2. *Frage der Qualifikation als autonomer Nachvollzug*

Angesichts der beschriebenen grundsätzlichen Angleichung des schweizerischen Kartellrechts an jenes der EU anlässlich der Kartellrechtsnovelle von 1995 stellt sich die Frage, ob die Anlehnung als autonomer Nachvollzug des europäischen Kartellrechts zu qualifizieren ist. Unter *autonomem Nachvollzug* wird die Übernahme von EU-Recht verstanden, ohne dass dazu eine staatsvertragliche Verpflichtung der Schweiz besteht.[22] Beim autonomen Nachvollzug wird eine grösstmögliche «Europakompatibilität» oder «Europaverträglichkeit» der schweizerischen Bestimmungen mit jenen der EU angestrebt, wobei der Begriff der Europakompatibilität oder Europaverträglichkeit vorliegend in einem juristischen Sinne verstanden wird als Äquivalenz der schweizerischen und der europäischen Normen. Ziel ist somit die Übernahme identischer Normen oder von Regeln mit einer gleichen Wirkung.[23] Der autonome Nachvollzug kann umfassend oder auch nur punktuell in Bezug auf einzelne Bestimmungen eines Erlasses erfolgen. Er basiert stets auf einem *bewussten politischen Entscheid* der Legislative, das schweizerische Recht möglichst im Einklang und in Übereinstimmung mit dem EU-Recht auszugestalten.[24]

---

20 Art. 50 ff. aKG (in der Fassung vom 6. Oktober 1995); Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 619.

21 ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 61; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Bern 2007, S. 78 m.w.H.

22 Vgl. MATTHIAS OESCH, Brüssel und Luxemburg bald wichtiger als Bern und Lausanne, Plädoyer 5/11, S. 33 ff.

23 Vgl. Bericht über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess vom 24. August 1988, BBl 1988 III 249 ff. («Integrationsbericht 88»), S. 380; AMGWERD (Fn. 14), S. 10; MALLEPELL (Fn. 18), S. 11; BRUNO SPINNER/DANIEL MARITZ, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, FS für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 127 ff. m.w.H.

24 THOMAS COTTIER/DANIEL DZAMKO/ERIK EVTIMOV, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf/Florence Rivière (Hrsg.), Schwei-

Kein autonomer Nachvollzug liegt demgegenüber vor, wenn ausländisches Recht eher zufällig oder willkürlich in das schweizerische Recht übernommen wird.[25] Letzteres unterscheidet den autonomen Nachvollzug von der *Rechtsvergleichung* im klassischen Sinne. Im Rahmen der Rechtsvergleichung werden verschiedene Rechtsordnungen gleichwertig als Inspirationsquelle beigezogen, ohne dass eine bestimmte Rechtsordnung bevorzugt oder ein bestimmter Zweck verfolgt wird.[26] Anders als beim autonomen Nachvollzug basiert die Anlehnung nicht auf einem politischen Entscheid des Gesetzgebers und es besteht keinerlei Verpflichtung, ausländisches Recht zu übernehmen.[27] Wird ausländisches Recht in die schweizerische Gesetzgebung auf diese Weise nur unsystematisch und freiwillig übernommen, ohne dass ein politischer Entscheid hierzu besteht, wird in der Lehre auch von einer «eklektischen Anregung» oder «Abkupferung» gesprochen.[28] Bei einer solchen «eklektischen Anregung» wird das EU-Recht oftmals frei auf die schweizerischen Verhältnisse und Problemstellungen angepasst. Demgegenüber wird das EU-Recht beim autonomen Nachvollzug typischerweise möglichst unverändert für ein bestimmtes Rechtsgebiet oder einen Teilaspekt desselben übernommen.[29]

Die rechtsvergleichende eklektische Anregung («Abkupferung») unterscheidet sich vom autonomen Nachvollzug auch hinsichtlich der Rechtsfolgen. Gemäss den Grundsätzen der teleologischen und historischen Auslegung nach dem Willen des Gesetzgebers ist autonom nachvollzogenes Recht durch die rechtsanwendenden Behörden und Gerichte europakompatibel zu interpretieren, wobei nicht nur das bisherige, sondern auch künftiges EU-Recht zu berücksichtigen ist.[30]

3. *Autonomer Nachvollzug im Rahmen der Kartellrechtsnovelle von 1995*

Gemäss der Botschaft zur KG-Revision aus dem Jahr 1994 («Botschaft 1994»)[31] lehnt sich der Revisionsvorschlag «in gewissen Bereichen an die bestandenen Vorgaben des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union an», sofern nicht «aufgrund der Unterschiede in der Sache» oder «im System» abweichende schweizerische Lösungen angezeigt sind.[32] Als Beispiele für Bereiche, für welche eigenständige Lösungen notwendig sind, werden einerseits die «Fusionskontrolle in einer kleinen offenen Volkswirtschaft» und andererseits das schweizerische Missbrauchsprinzip («die schweizerische Wirtschaftsverfassung lässt keine Verbotsgesetzgebung zu») genannt.[33] Bei einer näheren Untersuchung der Botschaft 1994, der Diskussionen in den WAK des National- und Ständerats und in den Plenarsitzungen der beiden Räte finden sich allerdings relativ wenige Hinweise auf korrespondierendes EU-Recht. Die Herstellung der Europakompatibilität des schweizerischen KG wird in den Materialien auch nicht explizit als Ziel der Revision genannt.

Das Bundesgericht hat im Urteil *Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk* vom 11. April 2011 daraus den Schluss gezogen, dass der «schweizerische Gesetzgeber [das EU-Recht] nicht in erster Linie zwecks Herstellung einer Europarechtskonformität autonom [...] nachvollziehen» wollte.[34] Dem ist zu widersprechen. Wie nachfolgend gezeigt wird, erfolgte die Orientierung am EU-Recht entgegen der Ansicht des Bundesgerichts nicht unsystematisch und freiwillig, sondern basierte auf einem politischen Entscheid, das schweizerische Recht möglichst europakompatibel auszugestalten. Die Angleichung des schweizerischen Kartellrechts an jenes der EU im Rahmen der Totalrevision von 1995 ist deshalb als *autonomer Nachvollzug* zu qualifizieren und nicht bloss als rechtsvergleichende «eklektische Anregung» oder eher zufällige «Abkupferung» des EU-Rechts. Die Ausführungen des Bundesgerichts sind auch widersprüchlich, da gerade *kein* autonomer Nachvollzug vorliegen würde, wenn – wie vom Bundesgericht argumentiert – keine Europakompatibilität angestrebt worden wäre.

Der Grundstein zur Politik des autonomen Nachvollzugs des EU-Rechts wurde im Bericht des Bundesrats über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess vom 24. August 1988 («Integrationsbericht 88»)[35] gelegt, in welchem der Bundesrat postulierte, dass in Bereichen, welchen eine grenzüberschreitende Bedeutung zukommt, eine «grösstmögliche Vereinbarkeit» der schweizerischen Rechtsvorschriften mit jenen der «europäischen Partner» angestrebt werde. Ein automatischer Nachvollzug des europäischen Rechts war aber nicht vorgesehen. Vielmehr sollten lediglich ungewollte oder unnötige neue Rechtsunterschiede zwischen dem schweizerischen und dem eu-

zerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Bern 2004, S. 357 ff., 360 f.; PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009), S. 31 ff., 54; OESCH (Fn. 22), S. 36.

25 COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV (Fn. 24), S. 364.

26 COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV (Fn. 24), S. 389; OESCH (Fn. 22), S. 36. Ausführlich zur Rechtsvergleichung: KUNZ (Fn. 24), S. 34 ff.

27 COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV (Fn. 24), S. 389.

28 So KUNZ (Fn. 24), S. 41 und 44 ff.

29 OESCH (Fn. 22), S. 36.

30 COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV (Fn. 24), S. 363 ff.; ERNST KRAMER, Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode, in: Heinz-Dieter Assmann/Gert Brüggemeier/Rolf Sethe (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens, Baden-Baden 2001 (Grundlagen und Schwerpunkte des Privatrechts in europäischer Perspektive, Bd. 3), S. 31 ff., 46; KUNZ (Fn. 24), S. 57 und 72 ff.

31 Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 471.

32 Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 531.

33 Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 531. Ebenso BALDI (Fn. 13), S. 18; MARINO BALDI, Zur Konzeption des Entwurfs für ein neues Kartellgesetz, in: Roger Zäch/Peter Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, S. 253 ff., 294.

34 BGer 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011, E. 4.3.2 – *Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk*; siehe dazu DAVID LEHNER, Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts, in: Jusletter vom 22. August 2011, Rz. 4.

35 Siehe Fn. 23.

ropäischen Recht verhindert werden. Zu diesem Zweck beschloss der Bundesrat 1988, dass in sämtlichen Botschaften und Anträgen für Verordnungen, welche eine Rechtsmaterie mit grenzüberschreitenden Auswirkungen betreffen, ein Kapitel zur Vereinbarkeit des geplanten Erlasses mit europäischem Recht einzufügen sei.[36] Die Europakompatibilitätsprüfung im Gesetzgebungsprozess wurde 1995 in einem Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes näher konkretisiert.[37]

Auch nach dem EWR-Nein hat der Bundesrat in der Swisslex-Botschaft von 1993 an der Fortführung der systematischen Europaverträglichkeitsprüfung des schweizerischen Rechts festgehalten, wie sie seit 1988 im Gesetzgebungsprozess praktiziert wurde.[38] Das schweizerische Recht sollte nach Ansicht des Bundesrats weiterhin möglichst europakompatibel ausgestaltet werden, wobei die Politik des autonomen Nachvollzugs nicht länger auf grenzüberschreitende Bereiche beschränkt war.[39] Die in der Swisslex-Botschaft postulierte Politik des autonomen Nachvollzugs zielte bewusst auf eine möglichst weitgehende Europakompatibilität des schweizerischen Rechts ab.[40] Da die Kartellrechtsnovelle von 1995 Bestandteil des mit der Swisslex-Botschaft eingeleiteten Reformprogramms zur binnenwirtschaftlichen Erneuerung war, galt auch für diese das grundsätzliche Ziel der Europakompatibilität, soweit nicht aus sachlichen oder systembedingten Gründen Divergenzen angezeigt waren.[41] Ein Indiz dafür, dass eine möglichst weitgehende Kongruenz des schweizerischen und europäischen Kartellrechts angestrebt wurde ist auch darin zu sehen, dass der Bundesrat in der Botschaft 1994 Vorteile einer Orientierung am europäischen Kartellrecht benannte: einerseits konnten damit bewährte Konzepte übernommen werden und andererseits konnte eine Übereinstimmung der Verhaltensmassstäbe für Unternehmen, welche sowohl dem EU- als auch dem Schweizer Recht unterstehen, erreicht werden.[42] Auch dies spricht dafür, dass die Übernahme

36 Integrationsbericht 88 (Fn. 23), S. 380; AMGWERD (Fn. 14), S. 24; SPINNER/MARITZ (Fn. 23), S. 128; MALLEPELL (Fn. 18), S. 12.

37 BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007; MALLEPELL (Fn. 18), S. 12.

38 Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, BBl 1993 I 805 ff. («Swisslex-Botschaft»), S. 821; vgl. OESCH (Fn. 22), S. 33.

39 COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV (Fn. 24), S. 361 m.w.H.

40 So auch MARC AMSTUTZ, Normative Kompatibilitäten. Zum Begriff der Europakompatibilität und seiner Funktion im Schweizer Privatrecht, in: Astrid Epiney/Florence Rivière/Sarah Theuerkauf/Markus Wyssling, (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Bern 2005, S. 235 ff.; THOMAS PROBST, Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht, in: Franz Werro/Thomas Probst, (Hrsg.), Le droit privé suisse face au droit communautaire européen. Questions acutelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats/Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts. Aktuelle Fragen aus dem Haftpflicht- und Vertragsfecht, Bern 2004, S. 13 ff.

41 Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 531; so auch PHILIPP CANDREIA, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 4.

42 Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 471.

des EU-Rechts anlässlich der KG-Revision von 1995 als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren ist und der Gesetzgeber das Ziel verfolgte, ein möglichst europarechtskonformes schweizerisches KG herzustellen.[43]

III. Phase der vermehrten Orientierung an der «Best Practice»

1. Die KG-Revision von 2003

Seit der KG-Revision von 1995 verfügte die Schweiz zwar über ein modernes materielles Kartellrecht. Im Unterschied insbesondere zum EU, dem US-amerikanischen und deutschen Kartellrecht konnte die Weko aber keine direkten Sanktionen aussprechen.[44] Dieses Manko war bei der Aufdeckung des «Vitaminkartells», an welchem unter anderem das Schweizer Unternehmen Hoffmann-La Roche AG als ein Hauptakteur[45] an einer weltweiten Preisfestsetzungs- und Marktaufteilungsabsprache beteiligt war, besonders eklatant. Während die Kartellmitglieder unter anderem in den USA und in der EU mit hohen direkten Geldbussen belegt wurden, konnte die Weko in ihrem Entscheid vom 19. April 2000 lediglich die Widerrechtlichkeit des Kartells feststellen, unter Androhung einer Busse für einen allfälligen Verstoss gegen die Verfügung.[46] Diese Situation gab den entscheidenden Anstoss zur Einführung direkter Sanktionen und einer Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht und damit zur KG-Revision 2003, welche am 1. April 2004 in Kraft trat. Auslöser war somit ein politischer Druck zur Angleichung des Sanktionssystems an die internationale «Best Practice». In der Botschaft zur KG-Revision aus dem Jahr 2001 («Botschaft 2001»)[47] sprach der Bundesrat zwar von einer «Nachbildung»[48] der im EU-Recht verankerten Lösung. Gleichzeitig wurden aber im Vergleich zur Revision von 1995 vermehrt rechtsvergleichende Hinweise gemacht auf ausländische Erfahrungen mit direkten Sanktionen und Bonusregelungen.[49]

43 Vgl. CARL BAUDENBACHER, Vertikalbeschränkungen im neuen schweizerischen Kartellgesetz, AJP 7/96, S. 826 ff., 832; CARL BAUDENBACHER, Zur Revision des schweizerischen Kartellgesetzes, AJP 11/94, S. 1367 ff., 1372.

44 Art. 50 ff. aKG (in der Fassung vom 6. Oktober 1995); Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff. («Botschaft 2001»), S. 2027.

45 Die europäische Kommission hat Hoffmann-La Roche als «Haupttriebkraft und Hauptnutzniesser» der Vitaminkartelle bezeichnet; Medienmitteilung der Kommission vom 21. November 2001, IP/01/1625.

46 RPW 2000/2, S. 186 ff., insbesondere S. 194 ff. und 196; FRANZ HOFFET, Die schweizerische Kartellrechtsrevision von 2003 – ein zweiter Paradigmenwechsel?, in: Ingo Brinker/Dieter H. Scheuing/Kurt Stockmann (Hrsg.), Recht und Wettbewerb, FS für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, München 2006, S. 191 ff., S. 197; BAUDENBACHER (Fn. 14), S. 364; ZIMMERLI (Fn. 21), S. 87 f.

47 Siehe Fn. 44.

48 Botschaft 2001 (Fn. 44), S. 2026.

49 Siehe Botschaft 2001 (Fn. 44), S. 2026 f., 2037 ff.

Eine weitere Neuerung betraf anlässlich der KG-Revision von 2003 die Erweiterung des Marktbeherrschungsbegriffs in Art. 4 Abs. 2 KG. Der Bundesrat orientierte sich dabei an den aus dem deutschen Kartellrecht stammenden Konzepten der überragenden Marktstellung und relativen Marktmacht,[50] allerdings ohne die Anlehnung an das deutsche Recht offenzulegen.[51] Ebenso wenig wurde in der Botschaft 2001 die Frage der Europakompatibilität des ergänzten Marktbeherrschungsbegriffs thematisiert. Der Bundesrat wies in der Botschaft 2001 lediglich darauf hin, dass die Frage der Europakompatibilität des schweizerischen KGs durch die Revision nicht tangiert werde.[52] Dies ist allerdings insofern widersprüchlich, als dass die aus dem deutschen Recht entliehenen Konzepte der überragenden Marktstellung und relativen Marktmacht nicht deckungsgleich sind mit dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung des europäischen Kartellrechts.[53] Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde demgegenüber argumentiert, dass der Marktbeherrschungsbegriff auch in der geänderten Fassung weiterhin europakompatibel sein solle.[54] Aufgrund dieser Widersprüchlichkeiten im Entstehungsprozess ist die Tragweite des revidierten Marktbeherrschungsbegriffs in der Lehre nach wie vor stark umstritten.[55]

Zwei zusätzliche Stossrichtungen, welche sich erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen entwickelten waren einerseits Massnahmen gegen die «Hochpreisinsel» Schweiz durch die Verhinderung von Marktabschottungen durch Vertikalabreden (siehe dazu nachfolgend IV.) und andererseits die verbesserte Berücksichtigung der Interessen der KMUs. Letzteres führte zur Einführung einer Kompetenznorm in Art. 6 Abs. 1 lit. e KG, wonach in einer Bekanntmachung oder Verordnung die Voraussetzungen umschrieben werden können, unter denen bestimmte Abreden zwischen KMUs als in der Regel gerechtfertigt gelten können. Die Sonderregelung für KMUs wurde vom deutschen Kartellrecht beeinflusst und wurde im Parlament ohne Hinweise auf die Frage der Europakompatibilität angenommen.[56] Am 19. Dezember 2005 hat die Weko in Anwendung des Art. 6 Abs. 1 lit. e KG die Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (sog. KMU-Bekanntmachung) erlassen. Es handelt sich dabei aber nicht um eine allgemeine de minimis-Bekanntmachung nach europäischem Vorbild.[57]

Zusammenfassend zeigt sich, dass sich der Gesetzgeber bei der Erweiterung des Marktbeherrschungsbegriffs und bei der Einführung des Art. 6 Abs. 1 lit. e KG im Sinn einer «eklektischen Anregung» am deutschen Recht orientierte. Dies erfolgte in unsystematischer Weise gleich einem «cherry picking», um Interessen der KMUs zu berücksichtigen.[58] Allerdings wurde zumindest bei der Revision des Marktbeherrschungsbegriffs nach dem Willen des Parlaments das Kriterium der Europakompatibilität als Rahmen beibehalten.

2. *Evaluation und laufende KG-Revision*

a. *Evaluation und erstes Revisionspaket*

In den Jahren 2008 und 2009 wurde im Rahmen der Evaluation[59] des KGs eine umfassende Rechtsvergleichung des schweizerischen Kartellrechts insbesondere mit jenem der EU, Deutschlands, Frankreichs, der Niederlande, dem Vereinigten Königreich und der USA durchgeführt.[60] Mit der Evaluation wurde beabsichtigt, einen allfälligen Revisionsbedarf zu ermitteln und den Stand der schweizerischen Regeln im Vergleich zur internationalen Best Practice zu überprüfen.[61] Im Anschluss an die Evaluation wurde die gegenwärtig laufende KG-Revision eingeleitet, um die identifizierten Defizite des schweizerischen Kartellrechts zu beheben. Die in einem ersten Revisionspaket vorgeschlagenen Hauptpunkte der Revision betrafen die Stärkung der Weko als unabhängige Institution, eine differenzierte Behandlung vertikaler Abreden, Anpassungen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle und die Prüfung von Massnahmen zur Beschleunigung der Verfahren.[62] Die Revisionsvorschläge basierten auf den Ergebnissen der KG-Evaluation und deren rechtsvergleichenden Studien und waren somit nicht primär auf das Ziel ausgerichtet, Europarechtskonformität herzustellen. Eine Angleichung an das EU-Kartellrecht wurde lediglich im Bereich der Zusammenschlusskontrolle explizit vorgeschlagen.[63] Divergenzen zum EU-Kartellrecht bestanden insbesondere bei der damals vorgeschlagenen Einzelfallbetrachtung

50 Botschaft 2001 (Fn. 44), S. 2033, 2045.

51 § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB betreffend die überragende Marktstellung und § 20 Abs. 2 GWB betreffend die relative Marktmacht. Marc Amstutz/Mani Reinert, Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht? (Teil I), sic! 7/8/2005, S. 537 ff., S. 539 ff.; Hoffet (Fn. 46), S. 199; BSK KG-Reinert/Bloch, Art. 4 Abs. 2 N 47.

52 Botschaft 2001 (Fn. 44), S. 2051 f.

53 Amstutz/Reinert (Fn. 51), S. 540 ff.; BSK KG-Reinert/Bloch, Art. 4 Abs. 2 N 47.

54 Vgl. WAK Protokoll NR, Sitzung vom 8./9. Juli 2002, S. 42 ff.; WAK Protokoll NR, Sitzung vom 2./3. September 2002, Kurzkommentar zu Antrag 44; WAK Protokoll SR, Sitzung vom 29./30./31. Januar 2003, S. 30; zur Unzweckmässigkeit einer vom europäischen Recht abweichenden Regelung auch: Exposé in der Beilage zum WAK Protokoll SR, Sitzung vom 29./30./31. Januar 2003, S. 19; Votum Bundesrat Deiss, AmtlBull NR 2003, S. 832.

55 Hoffet (Fn. 46), S. 199. Für eine Übersicht über die verschiedenen heute vertretenen Lehrmeinungen siehe BSK KG-Reinert/Bloch, Art. 4 Abs. 2 N 24 ff.

56 WAK Protokoll NR, Sitzung vom 14. Januar 2002, S. 20; WAK Protokoll NR, Sitzung vom 8./9. Juli 2002, S. 8 f.

57 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. 2001 C 368/07.

58 Zur «eklektischen Anregung» siehe Kunz (Fn. 24), S. 44 f.

59 Siehe Art. 59a KG. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008, («Synthesebericht»), S. IX.

60 Anhang 10 zum Synthesebericht (Fn. 59).

61 Vgl. Synthesebericht (Fn. 59), S. 15.

62 Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen («Erläuternder Bericht»), S. 6.

63 Erläuternder Bericht (Fn. 62), S. 31 f.

von Vertikalabreden im Einklang mit der internationalen Tendenz in diesem Bereich.

b. *Zweites Revisionspaket*

Infolge der Annahme der Motion Schweiger[64] Ende 2010 wurde ein zusätzliches Projekt zur Revision des kartellgesetzlichen Sanktionssystems in Angriff genommen. Die Motion verlangte einerseits eine sanktionsmindernde Berücksichtigung von Compliance-Anstrengungen der Unternehmen und andererseits die Einführung von Strafsanktionen für natürliche Personen. Die beiden Revisionsaspekte dieses zweiten Pakets stehen nicht unter dem Einfluss des europäischen Kartellrechts. Der Bundesrat lehnt die Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen – und damit eine Abkehr von der europäischen Rechtstradition – ab, sah sich aber gezwungen, im Hinblick auf die Vernehmlassung, welche im Jahr 2011 durchgeführt wurde, Vorschläge zu deren Einführung vorzubereiten.[65] Dieser Revisionsaspekt wurde in der Zwischenzeit aufgrund der negativen Reaktionen im Vernehmlassungsverfahren fallengelassen.[66] In Bezug auf die vorgeschlagene strafmindernde Berücksichtigung von Compliance-Programmen betont der Bundesrat, dass eine solche international die Ausnahme darstelle und insbesondere von den Gerichten der EU abgelehnt werde.[67]

c. *Drittes Revisionspaket*

Zu den beiden Revisionspaketen kam schliesslich im Herbst 2011 ein drittes hinzu, welches im Zusammenhang mit den Massnahmen gegen die Frankenstärke und die mangelnde Weitergabe von Währungsvorteilen steht. Im Auftrag des Bundesrats hat das EVD am 23. September 2011 einen Entwurf mit erläuterndem Bericht[68] zur Änderung von Art. 5 KG publiziert, wonach horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen und Gebietsabschottungen neu *per se* verboten sind, gleichzeitig aber im Einzelfall eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz möglich ist.[69] Anfang Oktober 2011 wurde bezüglich dieses dritten Revisionsteils eine konferenzielle Vernehmlassung durchgeführt.

64 Der Wortlaut der Motion Schweiger (07.3856) ist wiedergegeben im Erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Teil 2: Umsetzung der Motion Schweiger (07.3856): Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht («Erläuternder Bericht, Teil 2»), S. 2.

65 Erläuternder Bericht, Teil 2 (Fn. 64), S. 16 f., 50.

66 Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012 3905 ff. («Botschaft 2012»), S. 3920.

67 Erläuternder Bericht, Teil 2 (Fn. 64), S. 17.

68 Erläuternder Bericht, Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit: Anpassung von Artikel 5 Kartellgesetz gemäss Entscheid des Bundesrates vom 17. August 2011 («Erläuternder Bericht, Teil 3»).

69 Erläuternder Bericht, Teil 3 (Fn. 68), S. 1; siehe dazu Marc Amstutz/Mani Reinert, Das Kartellgesetz ist kein Mittel gegen den starken Franken, NZZ vom 19. Oktober 2011, S. 30.

Gemäss dem erläuternden Bericht des EVD (Teil 3) führt die vorgeschlagene Neuerung zu einer «Annäherung der Kartellbekämpfung an internationale Standards (insbesondere an die Gesetzeslage in der EU, ohne diese zu kopieren [...])».[70] Weiter wird erwähnt, dass bei der Ausarbeitung des Revisionsvorschlags ein vollständiger Übergang zu einem Verbotsprinzip mit Rechtfertigungsmöglichkeiten im Einzelfall sowie durch Gruppenfreistellung entsprechend der Regelung in der EU erwogen wurde. Eine solche Angleichung an das EU-Recht wurde aber wegen des zu grossen damit verbundenen Aufwands verworfen. Darüber hinaus wurde ein allgemeines Abredeverbot mit Erlaubnisvorbehalt nach europäischem Vorbild als nicht mit dem Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 BV vereinbar angesehen.[71]

Der vorgeschlagene Übergang zu einem Teilkartellverbot versucht, die europäische Regelung in Art. 101 AEUV nachzubilden, ohne aber einen Systemwechsel hin zu einem Verbotsprinzip mit Freistellungsverordnungen zu vollziehen. Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass die schweizerische Regelung über das EU-Recht hinausgeht.[72] Ein formbasierter Ansatz widerspricht zudem dem internationalen Trend hin zu einem «more economic approach», also einem wirkungsbasierten Beurteilungsmassstab für Wettbewerbsabreden.[73] Fraglich ist schliesslich auch die Verfassungsmässigkeit der vorgeschlagenen Neuerung, da ein von den Auswirkungen auf den Wettbewerb unabhängiges kartellgesetzliches Verbot statuiert wird.[74]

d. *Kriterium der Europakompatibilität in der Botschaft 2012*

Im Frühjahr 2012 ist die Botschaft zu den drei erwähnten Revisionspaketen («Botschaft 2012»)[75] erschienen. Die wichtigsten aus dem ersten Revisionspaket stammenden Neuerungen betreffen die verbesserte institutionelle Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidinstanz, die Angleichung der Zusammenschlusskontrolle an jene der EU, eine Stärkung des zivilrechtlichen Verfahrens und eine Verbesserung des Widerspruchsverfahrens nach Art. 49a Abs. 3 KG. In teilweiser Umsetzung des zweiten Revisionspakets wird in der Botschaft 2012 zudem die sanktionsmindernde Berücksichtigung von Compliance-Programmen vorgeschlagen. Schliesslich soll entsprechend dem Vorschlag im dritten Revisionspaket in Art. 5 KG zu einem Teilkartellverbot übergegangen werden.

70 Erläuternder Bericht, Teil 3 (Fn. 68), S. 3.

71 Erläuternder Bericht, Teil 3 (Fn. 68), S. 3 f.

72 Siehe Amstutz/Reinert (Fn. 69). Der Ausgestaltung der Rechtfertigungsgründe wird eine entscheidende Bedeutung zukommen. Deren Konkretisierung in einer Verordnung oder Bekanntmachung steht zur Zeit noch aus; Erläuternder Bericht, Teil 3 (Fn. 68), S. 7; Economiesuisse, Eingabe im Rahmen der Vernehmlassung Teilkartellverbot, 10. Oktober 2011 <http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/Vernehmlassung%20Teilkartellverbot%2010Okt11%20-%20final.pdf> (zuletzt besucht am 6. September 2012), S. 6.

73 Ebenso Amstutz/Reinert (Fn. 69).

74 Economiesuisse (Fn. 72), S. 5; Amstutz/Reinert (Fn. 69).

75 Siehe Fn. 66.

Gemäss der Botschaft 2012 ist ein Hauptziel der Revision, «der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung Rechnung [zu] tragen, um eine Wirksamkeit des Kartellrechts zu garantieren, die den Bedürfnissen einer fortgeschrittenen und stark in den internationalen Handel integrierten Wirtschaft entspricht».[76] Der Bundesrat setzt sich in der Botschaft 2012 viel eingehender mit dem EU-Recht auseinander als dies in den bisherigen Revisionen der Fall war. Auf das Verhältnis der vorgeschlagenen Neuerungen zum europäischen Recht wird nicht nur im allgemeinen Kapitel «Rechtsvergleichung, insbesondere mit dem europäischen Recht» eingegangen, sondern auch bei den Ausführungen zu den einzelnen Neuerungen. Der Einfluss des EU-Rechts wird damit viel transparenter, was aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüssen ist. Ein eigentlicher autonomer Nachvollzug des EU-Rechts ist im Bereich der Zusammenschlusskontrolle geplant hinsichtlich den materiellen Prüfkriterien und Verfahrensabläufen. Eine gewisse Konvergenz zum EU-Recht besteht überdies beim vorgeschlagenen Übergang zu einem Teilkartellverbot für Wettbewerbsabreden. Das Ausmass der Kongruenz der schweizerischen mit der europäischen Regelung wird insbesondere von der Ausgestaltung der Rechtfertigungsgründe abhängen. Diesbezüglich ist gemäss der Botschaft 2012 geplant, dem europäischen Recht Rechnung zu tragen, allerdings «unter Berücksichtigung der in der Schweiz geltenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen».[77]

IV. Entwicklungsverlauf im Bereich der Vertikalabreden

Ein abweichender Entwicklungsverlauf im Vergleich zu den beschriebenen Phasen zeigt sich im Bereich der Vertikalabreden. Anlässlich der Kartellrechtsnovelle von 1995 wurde zunächst auf die Einführung eines Vermutungstatbestandes für vertikale Preisbindungen zweiter Hand und absolute Gebietsschutzabreden verzichtet. Damit war das schweizerische Kartellrecht in dieser Hinsicht weniger streng als das europäische, welches diese beiden Abredetypen seit jeher als Kernbeschränkungen einstufte, welche kaum je einer Rechtfertigung zugänglich waren. Der Verzicht auf einen Vermutungstatbestand wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratung damit begründet, dass Vertikalabreden oftmals aus Effizienzgründen gerechtfertigt seien und deshalb stets ein Abwägen der Vor- und Nachteile bedinge.[78]

Erst im Rahmen der KG-Revision von 2003 wurde der Kampf gegen die «Hochpreisinsel» Schweiz in den Vordergrund gerückt und daraus folgend die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung für vertikale Preisbindungen zweiter Hand und absolute Gebietsschutzabreden eingeführt. Eine härtere Gangart gegenüber Vertikalabreden wurde auch von der Weko eingeschlagen in den Vertikalbekanntmachungen der Weko von 2002 und 2007.[79] Damit widersprach die Schweiz dem internationalen Trend hin zu einem «more economic approach» insbesondere im Bereich der Vertikalabreden, welcher vermehrt auf eine Einzelfallbetrachtung abstellt.[80] Obwohl Preisbindungen zweiter Hand und vertikale absolute Gebietsschutzabreden im EU-Recht nach wie vor als Kernbeschränkungen angesehen werden, wird der Umgang mit diesen Abredetypen in den revidierten Leitlinien für vertikale Beschränkungen[81] aus dem Jahr 2010 etwas gelockert in dem neu präzisiert wird, dass auch Kernbeschränkungen im Einzelfall durchaus zulässig sein können, sofern sie die anwendbaren Effizienzkriterien erfüllen. Im Rahmen der gegenwärtig laufenden KG-Revision war wie erwähnt zunächst geplant, entsprechend dieser internationalen Tendenz im Bereich der Vertikalabreden wieder zu einer verstärkten Einzelfallbetrachtung überzugehen.[82]

Mitte August 2011 hat der Bundesrat als Reaktion auf die mangelnde Weitergabe von Wechselkursschwankungen an die Konsumenten im Zusammenhang mit der Frankenstärke wie beschrieben erneut eine Kehrtwendung vollzogen und vorgeschlagen, insbesondere vertikale Preisbindungen und Gebietsabschottungen neu an ihrer Form anzuknüpfen und als grundsätzlich unzulässig einzustufen. Vorbehalten bleibt lediglich eine Effizienzeinrede, welche vom Unternehmen vorzubringen und nachzuweisen ist.[83] Im Bereich der Vertikalabreden zeigt sich somit im Laufe der Zeit eine gegenläufige Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts im Vergleich zu jenem der EU.

C. Motive und Ursachen für Divergenzen

Aus den Materialien zu den bisherigen Gesetzgebungs- und Revisionsprozessen zum KG sind die folgenden Motive und Ursachen für Divergenzen zum EU-Recht erkennbar:

76 Botschaft 2012 (Fn. 66), S. 3916.

77 Botschaft 2012 (Fn. 66), S. 3943.

78 Vgl. WAK Protokoll NR, Sitzung vom 9./10. Januar 1995, S. 38. Siehe auch WAK Protokoll NR, Sitzung vom 20./21./22. Februar 1995, S. 51 f.

79 Vertikalbekanntmachung vom 18. Februar 2002 (RPW 2002/2, S. 404 ff.), ersetzt durch die Vertikalbekanntmachung vom 2. Juli 2007 (RPW 2007/4, S. 675 ff.; diese wurde abgelöst durch die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010, RPW 2010/3, S. 606 ff.). Siehe insbesondere die Aufzählung von per se erheblichen Tatbeständen in Ziff. 10 und 12 der Vertikalbekanntmachung von 2007; siehe dazu Synthesebericht (Fn. 59), S. 74.

80 Insbesondere US Supreme Court, vom 28. Juni 2007, *Leegin v. PSKS*; vgl. statt vieler Melanie Ariane Schwaderer, Eine Frage der Abwägung: Form- oder wirkungsbasierter Ansatz?, Zugleich zu US Supreme Court, vom 28. Juni 2007 – Leegin v. PSKS, WuW 6/2008, S. 653 ff.; Synthesebericht (Fn. 59), S. 75.

81 Mitteilung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130/1 vom 19. Mai 2010, Rz. 47. Siehe statt vieler Stephan Simon, Die neue Kartellrechtsverordnung (EU) Nr. 330/2010 für Vertriebs- und Lieferverträge, EWS, Heft 12, Dezember 2010, S. 497 ff., 500.

82 Synthesebericht (Fn. 59), S. 75 ff.; Erläuternder Bericht (Fn. 62), S. 17 f.

83 Erläuternder Bericht, Teil 3 (Fn. 68), S. 6 f.

Als politisch neutrales, kleines Land ohne internationale Machtposition oder -bestrebungen verspürte die Schweiz in der Vergangenheit *kaum politischen Druck* von aussen zum Erlass eines wirksamen Kartellgesetzes nach europäischem Vorbild.[84] Erst seit den 2000er-Jahren zeigte sich in Bezug auf das Sanktionssystem, dass ein Abweichen von der internationalen «Best Practice» ohne sachliche Gründe für die Schweiz aus politischer Sicht nicht vertretbar ist. Auch aus *volkswirtschaftlicher Sicht* bestand bis zu Beginn der 1990er-Jahre kein unmittelbarer Anlass zum Einschreiten gegen Kartelle und Marktmachtmissbräuche sowie zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Die Kartellwirtschaft konnte durch protektionistische Massnahmen wie namentlich Schutzzölle wirksam aufrechterhalten werden. Eine weitere Ursache für die langjährige divergierende Rechtslage bis zum KG aus dem Jahr 1995 ist in der *breiten Akzeptanz der Kartellwirtschaft* in der Schweiz zu sehen und die Selbstorganisation der schweizerischen Wirtschaft in Verbänden. Auch heute sind insbesondere die Wirtschafts- und Gewerbeverbände sowie beispielsweise der schweizerische Bauernverband gut vernetzt und in der Politik stark vertreten. Ebenso konnten sich Interessenvertreter (Economiesuisse, Gewerbeverband, Gewerkschaften und Bauernverband) bis heute Sitze in der Weko sichern und dort spezielle Ausstandsregeln (Art. 22 Abs. 2 KG) für sich in Anspruch nehmen.

Insbesondere im Rahmen der Teilrevision von 1985 war das Bestreben, die schweizerische *KMU-Struktur zu erhalten* und vor zu intensivem Wettbewerb zu schützen ein wichtiges Motiv gegen eine Orientierung am ausländischen und insbesondere europäischen Kartellrecht.[85] Ein Heranziehen des europäischen oder auch des US-amerikanischen Kartellrechts wurde teils als problematisch angesehen, da sich die KMU-lastigen Marktstrukturen in der Schweiz wesentlich von jenen in der EG und in den USA unterschieden.[86] Als Rechtfertigung für eine im Vergleich zu ausländischen Kartellrechten wesentlich schwächere Wettbewerbspolitik wurde in der Botschaft aus dem Jahr 1981 zudem das Fehlen von Rohstoffen, die starke Importkonkurrenz sowie eine ausgeprägte Exportorientierung als *spezifische Eigenschaften der schweizerischen Wirtschaft* genannt, welche *ohnehin zu einem Wettbewerbsdruck* führen.[87]

84 Dies steht im Gegensatz insbesondere zu Deutschland, welchem nach dem Zweiten Weltkrieg ein Kartellrecht nach amerikanischem Vorbild seitens der alliierten Siegermächte aufgezwungen wurde. Gesetz Nr. 56 der Militärregierung Deutschland vom 12. Februar 1947; abgedruckt bei Oswald Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln/Berlin 1956, S. 634 ff. Statt vieler Udo Woll, Die Konvergenz der Kartellgesetze in Europa, Parallelen der Entwicklung der nationalen Wettbewerbsrechte im 20. Jahrhundert, Baden-Baden 2002, zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2002 I, S. 42 f., 52 f.

85 Namentlich Votum Muheim, Berichterstatter, AmtlBull SR 1982, S. 516; ähnlich auch Votum Weber, AmtlBull NR 1985, S. 42.

86 Votum Fischer-Hägglingen, AmtlBull NR 1985, S. 17.

87 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13. Mai 1981, BBl 1981 II 1293 ff., S. 1315.

Weitere Gründe für Divergenzen zum europäischen Kartellrecht waren bei sämtlichen KG-Revisionen *negative Reaktionen in den Vernehmlassungsverfahren* und *Referendumsdrohungen*, welche teils aus *interessenpolitischen Motiven* wirksam als Druckmittel eingesetzt wurden. Dadurch wurden die Gesetzesvorlagen verwässert und den Revisionsvorschlägen die schärfsten Zähne gezogen. Ein Grund für Divergenzen zum EU-Recht war ausserdem verschiedentlich die *fehlende Verfassungsmässigkeit* von Reformvorhaben. Im Rahmen der KG-Revision von 1995 und der gegenwärtig laufenden Revision wurde beispielsweise die Einführung einer Verbotsgesetzgebung nach europäischem Vorbild als mit der schweizerischen Wirtschaftsverfassung unvereinbar angesehen.[88] Ebenso wurde anlässlich der Revision von 2003 die Einführung einer generellen direkten Sanktionierbarkeit von Kartellrechtsverstössen nach europäischem Vorbild aus verfassungsrechtlichen Gründen als nicht möglich eingestuft.[89] Der Gesetzgeber wählte in diesen Fällen ein *pragmatisches Vorgehen* und entschied sich für Divergenzen zum EU-Recht, um die Revisionen zu beschleunigen oder nicht zu gefährden.

Manche Divergenzen ergaben sich in der Vergangenheit auch gestützt auf *ökonomische Erkenntnisse*, wie beispielsweise beim Verzicht auf einen Verbotstatbestand oder eine vermutungsweise Unzulässigkeit vertikaler Preis- und absoluter Gebietsschutzabreden anlässlich der Totalrevision von 1995. Verschiedene Divergenzen ergeben sich schliesslich aus notwendigen *Anpassungen an die Problemlage in der Schweiz*. Beispielsweise wurden die Schwellenwerte der Aufgreifkriterien in der Fusionskontrolle den schweizerischen Gegebenheiten angepasst (und im internationalen Vergleich bewusst sehr hoch angesetzt). Derartige Divergenzen finden in den Materialien oftmals keine spezielle Erwähnung, wie beispielsweise bei der Ausklammerung des im EU-Recht anwendbaren Zwischenstaatlichkeitskriteriums (nach Art. 101 und 102 AEUV) bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach schweizerischem Kartellrecht.

D. Motive für Konvergenzen

Das wichtigste Motiv für den autonomen Nachvollzug des europäischen Kartellrechts anlässlich der KG-Revision von 1995 ist wie oben gezeigt im Ziel zu sehen, eine möglichst weitgehende *Europakompatibilität* des schweizerischen

88 Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 531; ebenso Baldi (Fn. 13), S. 18; Baldi (Fn. 33), S. 294.

89 Siehe Art. 49a Abs. 1 KG; Botschaft 2001 (Fn. 44), S. 2035. Um verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber einer Einführung direkter Sanktionen entgegenzutreten wurde überdies ein Meldeverfahren eingeführt, welches den Unternehmen die Möglichkeit bieten soll, die Zulässigkeit einer geplanten Verhaltensweise vor deren Umsetzung durch die Wettbewerbsbehörde klären zu lassen (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG).

Kartellrechts herzustellen.[90] Gemeint ist damit eine möglichst weitgehende Übereinstimmung der europäischen und schweizerischen Kartellrechtsbestimmungen, sofern nicht aus sachlichen oder systembedingten Gründen abweichende schweizerische Lösungen angezeigt sind.

Ein weiteres Motiv für eine Konvergenz zum europäischen Kartellrecht ist, dass es sich bei diesem um ein *bewährtes und erprobtes Rechtssystem* handelt.[91] Das europäische Kartellrecht wurde durch eine grosse Fallpraxis mit Leitentscheiden sowie durch zahlreiche Verordnungen, Bekanntmachungen und Leitlinien stetig konkretisiert und weiterentwickelt, was sich auch auf die *Rechtssicherheit* günstig auswirkt.[92] Eine Übereinstimmung des schweizerischen mit dem europäischen Kartellrecht minimiert ausserdem *Compliance-Kosten und Sanktionsrisiken* für Unternehmen, welche dem Anwendungsbereich beider Rechtsordnungen unterstehen.[93] Laut der Botschaft 1994 wird durch die Übernahme von Regelungen aus dem europäischen Kartellrecht «eine gewisse Gewähr geboten, dass die schweizerischen und die europäischen Massstäbe bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht in einem grundsätzlich widersprüchlichen Verhältnis zueinander stehen.»[94]

Ein wichtiges Motiv für eine Angleichung des schweizerischen Kartellrechts an jenes der EU ist zudem die *extraterritoriale Anwendung des EU-Kartellrechts*. Art. 101 und 102 AEUV erfassen Verhaltensweisen, welche sich zumindest potenziell auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken, unabhängig davon, ob der Sitz der beteiligten Unternehmen innerhalb oder ausserhalb der EU liegt.[95] Aufgrund dessen extraterritorialer Anwendung und der *engen wirtschaftlichen Verflechtung* der Schweiz mit der EU ist das EU-Kartellrecht für eine Vielzahl schweizerischer Unternehmen relevant. Auch die Lage der Schweiz als kleines Land inmitten der EU und die faktische Dominanz des EU-Rechts im europäischen Raum legen eine Orientierung am EU-Recht nahe.

Durch die Angleichung an das EU-Recht kann eine *Gleichbehandlung* von international tätigen Grossunternehmen, welche ihr Verhalten am europäischen Kartellrecht ausrichten müssen mit kleineren, ausschliesslich innerhalb der

90 A.M. BGer 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011, E. 4.3.2. – *Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk*.

91 Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 471, 633; Anlehnung im Sinne einer klassischen Rezeption, ähnlich der Übernahme des römischen Corpus Iuris Civilis im Europa des 14.–16. Jahrhunderts; AMGWERD (Fn. 14), S. 21 m.w.H.

92 Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 529; BALDI (Fn. 33), S. 293; AMGWERD (Fn. 14), S. 48; MICHAL GAL, Market conditions under the magnifying glass: the effects of market size on optimal competition policy, American Journal of Comparative Law, Spring 2002, 50 Am. J. Comp. L., S. 303 ff.

93 Allgemein zur Angleichung des schweizerischen Rechts an das europäische zwecks Vermeidung von Kosten für Unternehmen und Konsumenten, welche durch abweichende Bestimmungen entstehen würden, siehe SPINNER/MARITZ (Fn. 23), S. 128.

94 Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 633.

95 Botschaft 1994 (Fn. 14), S. 528 f.

Schweiz tätigen Unternehmen, erreicht werden.[96] Eine Angleichung der Rechtsrahmen hilft, *Wettbewerbsverzerrungen* und eine *Isolation* des Schweizer Markts zu verhindern.[97] Für eine Konvergenz zum EU-Recht sprechen aber nicht nur wirtschaftspolitische Motive, sondern auch europapolitische Überlegungen. Eine Rechtsharmonisierung dient nicht zuletzt auch dazu, sämtliche *integrationspolitischen Optionen der Schweiz offen zu halten*.[98]

E. Frage des Souveränitätsverlusts

Angesichts des grossen Einflusses des EU-Rechts auf die schweizerische Kartellgesetzgebung stellt sich die Frage, ob die Schweiz faktisch zum autonomen Nachvollzug des europäischen Kartellrechts gezwungen ist, obwohl sie ihr Recht formal autonom festsetzen kann, oder ob die Konvergenz einem freien Entscheid des Gesetzgebers entspringt.[99]

Für den Bereich des Kartellrechts ist der Souveränitätsverlust der Schweiz differenziert zu beurteilen. Einerseits besteht eine faktische Einschränkung der Autonomie,[100] da ein europakompatibles schweizerisches Kartellrecht wie erwähnt verschiedene Vorteile bringt (wie namentlich Rechtssicherheit und geringere Compliance-Kosten für Unternehmen), weshalb Abweichungen nur in begründeten Fällen sinnvoll erscheinen. Vor diesem Hintergrund ist auch der in der Swisslex-Botschaft getroffene Entscheid zur grundsätzlichen Europakompatibilität der Massnahmen zur marktwirtschaftlichen Erneuerung, wozu auch die Kartellrechtsnovelle von 1995 gehört, zu sehen.[101]

Andererseits ist die Befürchtung, dass sich die Schweiz mit der Ausrichtung auf die Politik der Europakompatibilität ihrer Wahlmöglichkeiten in Bezug auf die Ausgestaltung des Kartellrechts nahm, zu relativieren. Zum einen hat sich der Bundesrat anlässlich der Revision von 1995 lediglich insoweit am europäischen Kartellrecht orientiert, als nicht aus sachlichen oder systematischen Gründen abweichende Lösungen angezeigt waren. Das europäische Kartellrecht wurde zwar grundsätzlich autonom nachvollzogen, aber nicht zwingend

96 AMGWERD (Fn. 14), S. 48.

97 Siehe Ziff. VII. der Präambel der Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2010.

98 Swisslex-Botschaft (Fn. 38), S. 834; zum Ganzen AMGWERD (Fn. 14), S. 22; OESCH (Fn. 22), S. 34.

99 Insbesondere SPINNER/MARITZ (Fn. 23), S. 127 ff. und 137; vgl. COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV (Fn. 24), S. 362 f.

100 Zur faktisch eingeschränkten Autonomie der Schweiz siehe THOMAS COTTIER, Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, ZBJV 1997, S. 217 ff., S. 227 f.

101 Zum schleichenden Souveränitätsverlust siehe: MATTHIAS OESCH, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, erscheint demnächst in: Stefan Griller/Peter-Christian Müller-Graf/René Schwok (Hrsg.), Kleine Staaten innerhalb und ausserhalb der EU, Wien, Springer Verlag 2012.

oder automatisch übernommen.[102] Zum andern ist das Parlament nicht an die Politik des autonomen Nachvollzugs des EU-Rechts gebunden. Dies zeigt sich in den Gesetzesmaterialien zu den bisherigen KG-Revisionen deutlich. In den parlamentarischen Beratungen zu den KG-Revisionen von 1995 und 2003 kam dem Kriterium der Europakompatibilität eine wichtige, aber nicht eine überragende Bedeutung zu und die Frage der Europakompatibilität wurde in den Diskussionen nicht systematisch berücksichtigt. Ebenso können Revisionspunkte, welche durch Motionen initiiert werden (wie beispielsweise die oben erwähnte Motion Schweiger), zu nicht europakompatiblen Neuerungen führen. Diesbezüglich besteht für den Gesetzgeber eine relativ grosse Souveränität hinsichtlich der Ausgestaltung des schweizerischen Kartellrechts. Dieser Spielraum könnte sich in Zukunft allerdings schmälern. In der Botschaft 2012 wird erwähnt, dass das Kooperationsabkommen zwischen der EU und der Schweiz, welches gegenwärtig ausgehandelt wird, von einem «vergleichbaren Rechtsbestand» im Bereich des Wettbewerbs in der Schweiz und der EU ausgehe.[103] Der Bundesrat weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Divergenzen zwischen den beiden Rechtsordnungen «das gute Funktionieren des Kooperationsabkommens» beeinträchtigen könnten.[104] Der definitive Inhalt des Kooperationsabkommens und der Einfluss desselben auf die schweizerische Souveränität sind zum jetzigen Zeitpunkt noch offen.[105]

F. Schlusswort

Unter dem Einfluss des EU-Rechts hat sich das schweizerische KG zu einem modernen und griffigen Erlass gegen Wettbewerbsbeschränkungen entwickelt. Im Gegensatz zum materiellen Kartellrecht blieb die schweizerische kartellrechtliche Behördenstruktur jedoch seit den Anfängen der Kartellgesetzgebung weitgehend unverändert,[106] was insbesondere seit der Einführung direkter Sanktionen kritisch zu beurteilen ist.[107]

102 Siehe dazu auch BGer 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011, E. 4.3.2 – *Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk*; LEHNER (Fn. 34), Rz. 4.

103 Botschaft 2012 (Fn. 66), S. 3919 f.

104 Bericht des Bundesrats zur Abschreibung der Motion Schweiger vom 15. Februar 2012, BBl 2012 1835 ff., S. 1848.

105 Ein Entwurf des Kooperationsabkommens zwischen der EU und der Schweiz über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 1. Juni 2012 ist einsehbar unter ‹http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2012/com2012_0245de01.pdf› (besucht am 6. September 2012).

106 Siehe dazu ausführlich MARCEL DIETRICH, Constitutional Limits for the Structure of the Swiss Competition Authority, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Current Developments in European and International Competition Law, 16th St. Gallen International Competition Law Forum ICF 2009, S. 41 ff.

107 Allerdings hilft für eine Reform des institutionellen Bereichs eine Orientierung am EU-Recht nicht weiter, da die EG Kommission ihrerseits als Untersuchungs-, Anklage- und Entscheidbehörde in einem fungiert; DIETRICH (Fn. 106), S. 51.

Die Rezeption des EU-Rechts seit der KG-Revision von 1995 ist als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren. Die jüngsten Entwicklungen mit der 2009 abgeschlossenen KG-Evaluation und der laufenden Revision zeigen, dass man sich bei der Weiterentwicklung des schweizerischen Kartellrechts zwar nach wie vor vorrangig auf EU-Recht stützt, vermehrt aber auch rechtsvergleichend an der internationalen «Best Practice» orientiert. Dementsprechend wird der autonome Nachvollzug des europäischen Kartellrechts durch «eklektische Anregungen» aus anderen Rechtsordnungen überlagert. Aus der Qualifikation als autonomen Nachvollzug folgt die Verpflichtung für die Weko und die zuständigen Gerichte, das KG grundsätzlich europakompatibel auszulegen, wobei nicht nur das bisherige, sondern auch künftiges EU-Recht zu berücksichtigen ist.[108] Dies gilt allerdings nicht für jene Bereiche, für welche bewusst vom EU-Recht abgewichen wurde. In diesem Zusammenhang ergeben sich Schwierigkeiten daraus, dass in den Materialien in der Vergangenheit meist nicht explizit zum Ausdruck kam, welche Bestimmungen aus dem EU-Recht übernommen wurden und folglich europakompatibel auszulegen sind. Die Anlehnung an das EU-Recht manifestierte sich meist bloss aufgrund der faktischen Übereinstimmung der schweizerischen und europäischen Bestimmungen. Es ist deshalb zu begrüssen, dass in der Botschaft 2012 auch in den Detailausführungen zu den einzelnen Revisionspunkten vermehrt auf Parallelen zum EU-Recht hingewiesen wird.[109]

Zusammenfassung

Der Einfluss des EU-Rechts auf die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts lässt sich grob in drei Phasen unterteilen. Anlässlich der Entstehung des ersten Kartellgesetzes (KG) aus dem Jahr 1962 und der ersten KG-Revision aus dem Jahr 1985 hat sich der Gesetzgeber bewusst gegen eine Anlehnung an das europäische Kartellrecht entschieden. In dieser ersten Phase wurde das europäische Recht lediglich vereinzelt rechtsvergleichend beigezogen. In einer zweiten Phase wurde das europäische Kartellrecht anlässlich der KG-Revision von 1995 autonom nachvollzogen. Im Nachgang zum EWR-Nein wurde im Zuge der Politik der Europakompatibilität eine möglichst weitgehende Harmonisierung mit dem europäischen Kartellrecht angestrebt, soweit nicht aus sachlichen oder systembedingten Gründen abweichende Lösungen angezeigt waren. In einer dritten Phase, welche die KG-Revision von 2003 und die gegenwärtig laufende Revision umfasst, orientierte sich der Gesetzgeber vermehrt an der inter-

108 COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV (Fn. 24), S. 363 ff.; KRAMER (Fn. 30), S. 46; KUNZ (Fn. 24), S. 57 und 72 ff.

109 Allgemein hierzu KRAMER (Fn. 30), 46 f.

nationalen Best Practice. Die Europakompatibilität des schweizerischen Kartellrechts bleibt aber auch in der gegenwärtig laufenden Revision ein wichtiges Leitprinzip. Da ein europakompatibles schweizerisches Kartellrecht sowohl aus wirtschafts- und integrationspolitischen Gründen, als auch aus Sicht der Unternehmen Vorteile bringt, besteht faktisch eine gewisse Einschränkung der Souveränität des Gesetzgebers hinsichtlich der Ausgestaltung des schweizerischen Kartellrechts.