



School of  
Management and Law



**Atelier de la Concurrence**  
Grundlagenpapier

**Braucht das Kartellrecht noch Ökonomie und Ökonomen?**  
Bedeutung einer Wissenschaft im Wandel

**Aus dem Inhalt**

Gesetzliche Rahmenbedingungen  
Entwicklungen in der Rechtsprechung  
Ökonomie bei Wettbewerbsabreden  
Ökonomie bei Marktbeherrschung  
Ökonomie in der Zusammenschlusskontrolle

**Verfasser**

Dr. Daniel Schiess

# Braucht das Kartellrecht noch Ökonomie und Ökonomen?

## Bedeutung einer Wissenschaft im Wandel

In der Europäischen Union wird mit dem «more economic approach» ein ökonomischer Analyseansatz im Wettbewerbsrecht gepflegt. Die Rechtsprechung in der Schweiz erlaubt dagegen bei gewissen Wettbewerbsbeschränkungen einen Verzicht auf den Nachweis ökonomischer Auswirkungen. In der Zusammenschlusskontrolle erlauben die hohen Eingriffshürden zudem selten eine Intervention der Wettbewerbsbehörden. Führt dies hierzulande zu einem «less economic approach»?

### 1 Gesetzliche Rahmenbedingungen

Das Kartellgesetz dient dem Schutz des Wettbewerbs in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung. Der Gesetzgeber hat dabei einen entscheidenden Einfluss auf die Bedeutung ökonomisch fundierter Ansätze bei der Verfolgung dieses Ziels.

#### 1.1 Kartellgesetz 1985

Mögliche volkswirtschaftliche Schäden durch Kartelle und Unternehmenszusammenschlüsse fanden im Kartellgesetz von 1985<sup>1</sup> kaum Berücksichtigung: So war eine Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen gar nicht erst vorgesehen. Zur Bewertung von Vor- und Nachteilen von Kartellen kam die sogenannte «Saldomethode» zur Anwendung, welche grosszügige – kaum ökonomisch fundierte – Rechtfertigungsmöglichkeiten vorsah. Die für Entscheide zuständige Kartellkommission war zudem von Interessenvertretern geprägt. Darüber hinaus verfügte das mit der Durchführung von Verfahren betraute Sekretariat der Kartellkommission nur über beschränkte personelle Ressourcen. Schlussendlich stellten Entscheide der Kartellkommission ohnehin nur Empfehlungen ohne jegliche Bindungswirkung dar.

#### 1.2 Kartellgesetz 1995

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Inkrafttreten: 1. Juli 1986; Aufhebung: 1. Februar 1996.

Das Kartellgesetz 1995<sup>2</sup> legte mit der Abschaffung der «Saldomethode» den Grundstein zu einem modernen, auf ökonomischen Prinzipien basierenden Kartellrecht. So kann seither nur der Bundesrat unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen und untersagte Unternehmenszusammenschlüsse aus «Gründen von übergeordneten öffentlichen Interessen». das heisst aus Rechtfertigungsgründen nicht ökonomischer Natur, ausnahmsweise zulassen. Von dieser Möglichkeit wurde bislang jedoch noch nie Gebrauch gemacht.

Mit dem Kartellgesetz 1996 wurden insbesondere gewisse Arten von Wettbewerbsabreden untersagt: So wurden **Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, als unzulässig erklärt.**

Die **Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Art. 5 Abs. 3 KG betrifft konkret «harte» horizontale Wettbewerbsabreden**, d.h. Absprachen zwischen Konkurrenten über:

- a. die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG). Inkrafttreten: 1. Februar 1996.

c. die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

Zur Berücksichtigung von positiven ökonomischen Effekten von Wettbewerbsabreden hat der Gesetzgeber in **Art. 5 Abs. 2 KG die Möglichkeit einer Rechtfertigung von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz** geschaffen.

Es wurde auch das **Instrument einer Sanktionierung** von solchen «harten» Kartellen eingeführt. Dies allerdings erst bei einem wiederholt festgestellten Verstoss, was die abschreckende Wirkung einer möglichen Sanktion stark einschränkte.

Auch das Instrument der **Zusammenschlusskontrolle wurde eingeführt**. Die WEKO erhielt damit die Kompetenz, Unternehmenszusammenschlüsse zu untersagen oder nur unter Auflagen und Bedingungen zuzulassen. Die Hürden für einen solchen Eingriff wurden jedoch hoch angesetzt. So unterliegen nur wenige Zusammenschlüsse überhaupt der Kontrolle durch die Wettbewerbskommission. Dies aufgrund der hohen Umsatzschwellen, welche eine Überprüfung durch die WEKO überhaupt auslösen. Zudem kann die WEKO nur dann eingreifen, wenn ein Zusammenschluss

- eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt;
- und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

**Auch missbräuchliche Verhaltensweisen durch marktbeherrschende Unternehmen** hat der Gesetzgeber als unzulässig erklärt. Dies ist der Fall, wenn marktbeherrschende durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktge-

genseite benachteiligen. Um dies zu konkretisieren, hat der Gesetzgeber in **Art. 7 Abs. 2 KG einen Katalog an Regeltatbeständen** geschaffen, welcher folgende Elemente umfasst:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Auch bei unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen galt jedoch, dass diese erst in einem Wiederholungsfall sanktioniert werden konnten.

Auf institutioneller Ebene wurde mit der Ablösung der Kartellkommission durch die Wettbewerbskommission die Rolle der Ökonomie ebenfalls gestärkt. So setzt sich diese in der Mehrheit aus unabhängigen Sachverständigen zusammen, welche in der Praxis entweder einen ökonomischen oder juristischen Hintergrund haben. Auch das Sekretariat der Wettbewerbskommission wurde entsprechend den neuen Aufgaben ausgebaut.

### 1.3 Teilrevision 2003

Die wohl bedeutendste Neuerung in der Teilrevision des Kartellgesetzes von 2003<sup>3</sup> war die

<sup>3</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251); Änderung vom 20. Juni

**Einführung der direkten Sanktion:** Damit können unzulässige Wettbewerbsabreden und Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung bereits beim ersten Verstoss sanktioniert werden und nicht erst im Wiederholungsfall. Gleichzeitig wurde auch das Instrumentarium der Wettbewerbskommission zur Aufdeckung von Wettbewerbsbeschränkungen erweitert. So können seither einerseits Hausdurchsuchungen durchgeführt werden, andererseits können Unternehmen vom Instrument der Bonusmeldung Gebrauch machen.

Aus ökonomischer Sicht ist jedoch insbesondere die **Ausweitung der Vermutungstatbestände auf vertikale Wettbewerbsabreden mit der Schaffung von Art. 5 Abs. 4 KG** hervorzuheben. Damit besteht seither die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung bei vertikalen Wettbewerbsabreden, d.h. zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (wie beispielweise zwischen Herstellern und Händlern)

- über Mindest- oder Festpreise
- sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

Auch bei **vertikalen Wettbewerbsabreden** besteht gemäss **Art. 5 Abs. 2 KG die Möglichkeit einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz.**

#### 1.4 Gescheiterte Teilrevision 2012

Das im September 2014 im Parlament gescheiterte Teilrevision des Kartellgesetzes<sup>4</sup> umfasste verschiedenste institutionelle und materielle Anpassungen. Aus Sicht der Ökonomie waren bei diesem Reformversuch insbesondere zwei Elemente von besonderer Bedeutung. Einerseits war bei Wettbewerbsabreden die **Einführung**

**eines Teilkartellverbots** mit Rechtfertigungsmöglichkeit vorgesehen. Andererseits sollte mit der **Einführung des SIEC-Tests** die Eingriffsschwelle in der Zusammenschlusskontrolle gesenkt werden. SIEC steht dabei für «significant impediment to effective competition». Unter dem SIEC-Test genügt für ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden, wenn ein Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.

Der SIEC-Test war eines der wenig umstrittenen Elemente bei der gescheiterten Kartellgesetz-Revision, so dass dessen zukünftige Einführung im Rahmen einer punktuellen Gesetzesrevision durchaus denkbar ist.

## 2 Entwicklung in der Rechtsprechung

Die Entwicklung des Kartellgesetzes zeigt, dass aus Sicht des Gesetzgebers bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen und Zusammenschlüssen eine ökonomisch fundierte Sicht wichtig ist. Art und Umfang der ökonomischen Analyse bei konkreten Fällen in der Praxis hängt jedoch auch wesentlich von der Auslegung des gesetzlichen Rahmens durch die Gerichte ab. Anhand ausgewählter Leiturteile zu den drei Säulen des Kartellgesetzes – Wettbewerbsabreden, Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung und Zusammenschlusskontrolle – wird dieser Rahmen nachfolgend aufgezeigt.

### 2.1 Wettbewerbsabreden: GABA

Bei Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG – also harte horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden – besteht die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Diese greift aber nur, falls eine **erhebliche** Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Lange Zeit hat die WEKO beim Kriterium der Erheblichkeit eine komplexe Abwägung von qualitativen und quantitativen

2003; AS 2004 1385.

<sup>4</sup> Vgl. Botschaft vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde; BBl 2012 3905.

Kriterien vorgenommen.

Mit dem Urteil vom 28. Juni 2016 in Sachen GABA<sup>5</sup> hat das Bundesgericht zur Frage der Erheblichkeit – anhand der Beurteilung einer vertikalen Gebietsschutzabrede betreffend Zahnpasta – Klarheit geschaffen und festgehalten, dass **Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG den Wettbewerb aufgrund ihres Gegenstandes grundsätzlich erheblich beeinträchtigen**. Dabei genüge es, dass eine solche Abrede den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen könne. **Ein Nachweis tatsächlicher ökonomischer Auswirkungen oder der Umsetzung der Abrede sei nicht erforderlich.**

Wettbewerbsabreden, welche unter die Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallen, sind gemäss der GABA-Rechtsprechung somit nur in zwei Fällen zulässig:

- Bei Vorliegen eines Bagatellfalls.
- Wenn die Wettbewerbsabreden gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.

Mit dem GABA-Urteil bedarf es somit für eine Sanktionierung harter Wettbewerbsabreden keines Nachweises von tatsächlichen ökonomisch nachteiligen Auswirkungen.

## 2.2 Marktbeherrschung: DCC

Mit Urteil vom 21. Mai 2019 hat das Bundesverwaltungsgericht eine Sanktion der WEKO gegen die SIX Group AG wegen einer unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG bestätigt.<sup>6</sup> Das WEKO-Verfahren erfolgte vor dem Hintergrund einer Schnittstellen-Verwei-

5 BGE 143 II 297, E. 5.1.4., Gaba.

6 Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018, Six Group AG, SIX Payment Services AG gegen Wettbewerbskommission, i.S. Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

gerung bezüglich der DCC-Funktionalität bei Bezahlterminals. Mittels dynamischer Währungsumrechnung (Dynamic Currency Conversion; DCC) können Kartenzahlungen bei einem Händler wahlweise in der lokalen Währung oder in einer Fremdwährung erfolgen.

Eine der Kernaussagen des DCC-Urteils – soweit man diesem in der vorliegenden Kürze gerecht werden kann – betrifft die Frage der Notwendigkeit des Nachweises einer Wettbewerbschädigung bei Regeltatbeständen gemäss Art. 7 Abs. 2 KG. Insbesondere anhand einer näheren Betrachtung der Regeltatbestände hinsichtlich der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) und der Koppelung (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass:<sup>7</sup>

- für die **Regeltatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG keine ökonomische Schädigungstheorie im Einzelfall («theory of harm»)** geprüft werden muss, da der Gesetzgeber entschieden habe, dass tatbestandliches Verhalten schädlich sei.
- **Art. 7 KG «kein Erheblichkeitsmerkmal im Sinne einer Geringfügigkeitsschwelle aufweist»**. Der Wettbewerb auf dem Markt sei durch die Anwesenheit des Marktbeherrschers sowieso schon geschwächt, weshalb jede Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch ein nicht dem Leistungswettbewerb entsprechendes Verhalten verhindert werden müsse.
- zur Erfüllung des Tatbestands von Art. 7 KG **keine tatsächlich verifizierbaren Auswirkungen** eingetreten sein müssen, sondern «bereits eine potenziell nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb für die Verwirklichung eines tatbestandlichen wettbewerbswidrigen Verhaltens ausreicht». Art. 7 KG

7 Vgl. SIMON BANGERTER, DCC-Urteil reduced, in: Jusletter 14. Oktober 2019.

stelle daher ein **Gefährdungsdelikt** dar. setzt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat damit – vergleichbar mit der GABA-Rechtsprechung – die Bedeutung quantitativer Elemente, und damit dem ökonomischen Nachweis von Auswirkungen auf dem Markt, auch für die Missbrauchskontrolle nach Art. 7 KG auf minimiert. So kommt es zu einer Verschiebung der Abwägung zwischen ökonomischen Vor- und Nachteilen in den Bereich der Prüfung sachlicher Rechtfertigungsgründe («legitimate business reasons»).

### 2.3 Zusammenschlüsse: Berner Zeitung/Tamedia

Bei der Zusammenschlusskontrolle hat das Bundesgericht bereits in einem Urteil vom 22. Februar 2007 in Sachen Berner Zeitung/Tamedia<sup>8</sup> wesentliche Fragen hinsichtlich der Eingriffsschwelle geklärt. Bei der Zulassung eines, zuvor von der WEKO untersagten, Zusammenschlusses hat das Bundesgericht insbesondere die **Eigenständigkeit des Kriteriums einer möglichen Wettbewerbsbeseitigung** als Voraussetzung für eine Untersagung eines Zusammenschlusses bestätigt. So genüge es für ein Eingreifen der WEKO nicht, dass ein Zusammenschluss bloss zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Allerdings **genüge die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs**.

Auch wird keine **vollständige Wettbewerbsbeseitigung vorausgesetzt indem der Verbleib eines blossen Restwettbewerbs nicht genügend ist, um wirksamen Wettbewerb sicherzustellen**. Damit wurde der Anspruch an den Nachweis ökonomisch negativer Auswirkungen eines Zusammenschlusses sehr hoch ange-

8 Urteil (2A.327/2006) des BGer vom 22. Februar 2007 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung i. S. Wettbewerbskommission gegen Berner Zeitung AG, Tamedia AG und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i. S. Unternehmenszusammenschluss, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 4. Mai 2006 (RPW 2007/2, 331 ff.).

## 3 Ökonomie bei Wettbewerbsabreden

Das GABA-Urteil führte bei weitem nicht zu einer Bedeutungslosigkeit der Ökonomie bei der Analyse von Wettbewerbsabreden. Zwar erübrigen sich bei harten Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufwändige Ausführungen zu möglichen quantitativen und qualitativen Effekten einer betrachteten Verhaltensweise. Jedoch finden sich auch in der GABA-Rechtsprechung ökonomische Argumente, weshalb beispielsweise Wettbewerbsabreden über Preise entweder unerheblich oder sogar wohlfahrtssteigernd sein können. So kann die Frage einer möglichen Unerheblichkeit einer Wettbewerbsabrede, beispielsweise aufgrund vernachlässigbarer Marktanteile der Beteiligten, im **Rahmen der Aussonderung von Bagatellfällen** berücksichtigt werden. Und für die **Prüfung möglicher ökonomisch positiver Auswirkungen von Wettbewerbsabreden verlangt der Gesetzgeber explizit in Art. 5 Abs. 2 KG die Prüfung von ökonomischen Effizienzgründen**. So sind insbesondere vertikale Wettbewerbsabreden aus ökonomischer Sicht ambivalent und können durchaus auch volkswirtschaftlich vorteilhaft sein. Dem trägt im Übrigen auch die nach dem GABA-Urteil überarbeitete Vertikalbekanntmachung<sup>9</sup> Rechnung.

Man könnte demnach durchaus folgern, dass das GABA-Urteil was die Erheblichkeit betrifft in erster Linie *methodischer* Natur ist, indem die vertiefte Prüfung der **materiellen Wirkungen einer Wettbewerbsabrede nicht als Frage der Erheblichkeit, sondern Gegenstand der Effizienzprüfung** betrachtet wird.<sup>10</sup> Zudem darf nicht vergessen werden, dass

9 Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 (Vertikalbekanntmachung, VertBek) Stand am 22. Mai 2017).

10 MARINO BALDI, Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden, AJP 2017, 613 ff.

Ökonominnen und Ökonomen bezüglich Wettbewerbsabreden bei **weitem nicht nur mit lehrbuchmässigen Preisabsprachen und ähnlich «klaren» Verhaltensweisen** konfrontiert werden. So hatte sich die WEKO in den letzten Jahren beispielsweise mit der Frage auseinanderzusetzen, wie Bruttopreisabsprachen kartellrechtlich einzuordnen sind.<sup>11</sup> Auch setzte die WEKO sich mit der Frage auseinander, in welchem Umfang Online-Buchungsplattformen die Preissetzungsfreiheit von deren Partner-Hotels vertraglich einschränken dürfen.<sup>12</sup>

Auch können Ökonominnen und Ökonomen einen Beitrag zur **Aufdeckung von Kartellen** leisten. So hat das Sekretariat der WEKO ein Screening-Tool zur Erkennung von Auffälligkeiten im Bieterverhalten bei Submissionsverfahren entwickelt, welches zur Aufdeckung von Submissionskartellen beitragen kann.<sup>13</sup>

Mit dem GABA-Urteil des Bundesgerichts hat sich zudem die Rechtsprechung in der Schweiz der Handhabung von Hardcore-Wettbewerbsabreden im EU-Recht angenähert: So muss in der EU auch lediglich aufgezeigt werden, dass eine «bezweckte» Wettbewerbsabrede vorliegt. Auch dies zeigt, dass die GABA-Rechtsprechung mit einem *more economic approach* absolut vereinbar ist.<sup>14</sup>

Zusammenfassend ist auch nach dem GABA-Urteil des Bundesgerichts eine differenzierte und ökonomisch fundierte Herangehensweise an Wettbewerbsabreden gefordert.

11 Vgl. Verfügung der WEKO vom 29. Juni 2015 in Sachen Badeszimmer, verfügbar unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>.

12 RPW 2016/1, 67ff., Online-Buchungsplattformen für Hotels.

13 DAVID IMHOF, YAVUZ KARAGÖK und SAMUEL RUTZ, Screening For Bid Rigging—Does It Work?, (2018) *Journal of Competition Law & Economics* 14(2) 235.

14 Siehe auch ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: *Jusletter* 29. Juni 2015.

## 4 Ökonomie bei Marktbeherrschung

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen DCC hat die Notwendigkeit sowohl einer Darlegung einer fallspezifischen «*theory of harm*», als auch des Nachweises einer tatsächlichen Wettbewerbswirkung bei Vorliegen von Regeltatbeständen gemäss Art. 7 Abs. 2 KG verneint. Es darf dabei allerdings nicht vergessen werden, dass das DCC-Urteil noch durch das Bundesgericht zu beurteilen ist. Zudem sind auch spezifische Fälle von im DCC-Urteil nicht vertieft behandelten Regeltatbeständen vor den Beschwerdeinstanzen hängig, wie beispielsweise der Entscheid der WEKO in Sachen Preissystem Post vor dem Hintergrund einer Diskriminierung von Handelspartnern.<sup>15</sup>

Anderorts hat das Bundesverwaltungsgericht im DCC-Urteil die **Bedeutung der ökonomischen Analyse** und dessen Anwendung seitens der WEKO letztlich bestätigt. Dies betrifft insbesondere die **zentrale Frage, ob ein Unternehmen überhaupt eine marktbeherrschende Stellung innehat und damit überhaupt erst der Missbrauchsaufsicht gemäss Art. 7 KG untersteht**. Gerade hierzu braucht es eine ökonomisch solide Marktabgrenzung und eine umfassende Würdigung des aktuellen und zukünftigen Marktumfeldes. Auch die Frage einer möglichen **sachlichen Rechtfertigung** ist eindeutig ökonomischer Natur.

Schliesslich zeigt auch ein Seitenblick ins europäische Ausland, dass die Bedeutung der Ökonomie bei Verfahren zu Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung zyklischen Entwicklungen unterworfen ist. Während die Europäische Kommission bei der Untersuchung von

15 Vgl. Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 in Sachen Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen, verfügbar unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>

Marktbeherrschungs-Fällen den *more economic approach* mit grosser Konsequenz anwendet, fanden Argumente hinsichtlich (möglicher) ökonomischer Auswirkungen von solchen Verhaltensweisen bei den Beschwerdeinstanzen zeitweise wenig Anklang. Zuletzt hat sich jedoch der EuGH wieder vermehrt auf ökonomische Überlegungen berufen: So fordert der EuGH in seinem Urteil in Sachen *Intel*<sup>16</sup> bezüglich Treuerabatten, dass zu prüfen sei, ob diese geeignet waren, den Wettbewerb zu beschränken.

## 5 Ökonomie in der Zusammenschlusskontrolle

Der aktuell in der Schweiz angewandte Marktbeherrschungstest setzt die Hürde für ein Eingreifen der WEKO bei Unternehmenszusammenschlüssen sehr hoch an. **Gerade wegen der hohen Eingriffsschwelle ist eine umfassende ökonomische Analyse der Auswirkungen eines Zusammenschlusses unumgänglich.**

Bei einer Untersagung von Zusammenschlüssen durch die WEKO als *ultima ratio* – wie zuletzt beim Zusammenschluss von Ticketcorner und Starticket<sup>17</sup> – ist eine sorgfältige **Marktabgrenzung sowie eine umfassende ökonomische Analyse der Marktstellung der Zusammenschlussparteien sowie deren aktuellen und zukünftigen Marktumfelds** unabdingbar.

Auch im Zusammenhang mit einer möglichen **kollektiven Marktbeherrschung** hat sich die WEKO mit komplexen ökonomischen Fragestellungen auseinanderzusetzen, wobei eine Vielzahl ökonomisch fundierter Beurteilungskriterien zur Anwendung kommt.<sup>18</sup>

Anlässlich des Zusammenschlusses von Sunri-

se und UPC prüfte die WEKO im laufenden Jahr die Frage einer **kollektiven marktbeherrschenden Stellung von Sunrise/UPC gemeinsam mit Swisscom im Markt für Breitbandinternet gegenüber Privatkunden/-innen geprüft**, aber schlussendlich verneint. Dies unter anderem mit Verweis darauf, dass die Zusammenschlussparteien (mit dem Kabelnetz) und Swisscom (mit dem Kupferkabelnetz) unterschiedliche Technologien einsetzen und von ihrer Marktausrichtung und ihren Interessen genügend unterschiedlich sind. Demnach erscheint gemäss Einschätzung der WEKO eine Koordination zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom unwahrscheinlich.<sup>19</sup>

Im Juni 2019 hat die WEKO erstmalig einen Zusammenschluss **trotz einer möglichen Wettbewerbsbeseitigung ohne Auflagen oder Bedingungen zugelassen** und der Schaffung des schweizweit grössten Containerterminals – **Gateway Basel Nord** – zugestimmt. Dies gestützt auf die sogenannte **«Abwägungsklausel» im Kartellgesetz** (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG). Diese Bestimmung sieht vor, dass ein Zusammenschluss trotz möglicher Wettbewerbsbeseitigung zuzulassen ist, falls dieser eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt. Im konkreten Fall kam die WEKO zum Schluss, dass das Projekt Gateway Basel Nord zu einer möglichen Wettbewerbsbeseitigung in einem Teilbereich des Containerumschlags führt. Jedoch führt das Zusammenschlussvorhaben gemäss Einschätzung der WEKO zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen Bereichen des kombinierten Verkehrs, insbesondere im Gütertransport auf der Schiene, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung im

16 EuGH, Urteil vom 06.09.2017 - C-413/14 P, Intel.

17 Vgl. RPW 2018/3, 616 ff., Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG.

18 Vgl. beispielsweise RPW 2015/4, 751 Rz 62 f., Saint-Gobain/Sika.

19 Vgl. hierzu die Medienmitteilung der WEKO i.S. der Genehmigung von Sunrise-UPC und den dazugehörigen Presserohstoff. Verfügbar unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-76531.html>>.



Bereich Umschlagsleistungen überwiegt.<sup>20</sup>

Die Rolle von Ökonominnen und Ökonomen bei der Analyse von Zusammenschlussvorhaben ist bereits unter dem (permissiven) Marktbeherrschungstest absolut zentral. Falls in einer **zukünftigen Revision des Kartellgesetzes der SIEC-Test eingeführt würde**, würde die Eingriffsschwelle gesenkt und mit der entsprechenden Regelung in der EU harmonisiert. Insbesondere würde der SIEC-Test auch eine differenziertere Betrachtung der ökonomischen Vor- und Nachteile von Unternehmenszusammenschlüssen erlauben.<sup>21</sup>

## 6 Fazit

Bei jeglicher Anpassung von kartellrechtlichen Bestimmungen und der Rechtsprechung taucht unweigerlich die Frage auf: «Braucht es nun mehr/weniger/gleich viel/gar keine Ökonominnen und Ökonomen?» Eine typisch ökonomische Antwort darauf wäre wohl: «Das kommt ganz auf die Annahmen an...»

Selbstverständlich haben **Vermutungstatbestände und Regelbeispiele durchaus eine «Selektionsfunktion im Hinblick auf wirtschaftswissenschaftliche Theorien»**.<sup>22</sup>

Was aber mit Bestimmtheit gesagt werden kann: **Berichte vom Tod der Ökonomie im Kartellrecht sind stark übertrieben**. Jedoch ist die Rolle von Ökonominnen und Ökonomen im Kartellrecht einem steten Wandel unterworfen: Im Bereich der Wettbewerbsabreden und miss-

bräuchlicher Verhaltensweisen akzentuiert sich dieser Wandel in einer Verschiebung der ökonomischen Vor- und Nachteilsabwägung in den Bereich der Prüfung sachlicher Rechtfertigungsgründe. Dabei bedingt die Anwendbarkeit der Missbrauchsnorm (Art. 7 KG) gleichbleibend eines – ökonomisch zu erbringenden – Nachweises einer marktbeherrschenden Stellung. Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle sind die ökonomischen Hürden, aufgrund der eigenständigen Bedeutung des Kriteriums einer möglichen Wettbewerbsbeseitigung, als sehr hoch einzustufen.

Auch in Zukunft erwarten Ökonominnen und Ökonomen im wettbewerbsrechtlichen Umfeld vielfältige **Herausforderungen**. Dies einerseits in einem wandelnden gesetzlichen Umfeld, wie bei einer möglichen Einführung des SIEC-Tests in der Zusammenschlusskontrolle. Andererseits sind von der Ökonomie auch Antworten auf Fragestellungen betreffend Marktmacht durch Daten sowie zum Einfluss von global tätigen digitalen Unternehmen gefordert.

20 Vgl. hierzu die Medienmitteilung der WEKO i.S. der Genehmigung von Gateway Basel Nord und den dazugehörigen Presserohstoff. Verfügbar unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-75385.html>>.

21 Vgl. CHRISTIAN JAAG, NOËMI JACOBBER und SAMUEL RUTZ, Einführung des SIEC-Tests – Auswirkung auf die Schweizer Fusionskontrolle, Studie im Auftrag des SECO, 2017.

22 Vgl. hierzu ANDREAS HEINEMANN, Missbrauch von Marktmacht, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 45 (52 f.).

## Quellenverzeichnis

### Materialien

- BGE 143 II 297, E. 5.1.4., Gaba.
- EuGH, Urteil vom 06.09.2017-C-413/14P, *Intel*.
- Urteil (2A.327/2006) des BGer vom 22. Februar 2007 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung i. S. Wettbewerbskommission gegen Berner Zeitung AG, Tamedia AG und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i. S. Unternehmenszusammenschluss, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 4. Mai 2006 (RPW 2007/2, 331 ff.).
- Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018, Six Group AG, SIX Payment Services AG gegen Wettbewerbskommission, i.S. Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

### Literatur

- MARINO BALDI, Nach dem GA-BA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden, AJP 2017, 613 ff.
- SIMON BANGERTER, DCC-Urteil reduced, in: Jusletter 14. Oktober 2019.
- ANDREAS HEINEMANN, Missbrauch von Marktmacht, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 45 (52 f.).
- DAVID IMHOF, YAVUZ KARAGÖK UND SAMUEL RUTZ, Screening For Bid Rigging—Does It Work?, (2018) Journal of Competition Law & Economics 14(2) 235.
- CHRISTIAN JAAG, NOËMI JACOBBER und SAMUEL RUTZ, Einführung des SIEC-Tests – Auswirkung auf die Schweizer Fusionskontrolle, Studie im Auftrag des SECO, 2017.
- ANNEC. WITT, The more economic approach to EU antitrust law, Oxford: Hart Publishing, 2016.

### Weiterführende Literatur

- GAETANO GENONI, Ökonomische Modelle, Konzepte und Analysemethoden im Kartellrecht: Eine Darstellung der ökonomischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts und der Einbeziehung von Erkenntnissen der ökonomischen Wissenschaft in die rechtliche Beurteilung von horizontalen Unternehmenszusammenschlüssen im Kartellrecht, Zürich, Schulthess Verlag, 2018.