

Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

Letzte Änderung: 30.06.2023

PDF erstellt am: 07.10.2026



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

INHALTSVERZEICHNIS

Vorb. zu Art. 58 – 59 KG	5
Art. 58 KG	27
Art. 59 KG	35

KOMMENTIERUNG ZU

Vorb. zu Art. 58 – 59 KG

Eine Kommentierung von Anne Mirjam Schneuwly / Giulia
Sonderegger

ZITIERVORSCHLAG

Anne Mirjam Schneuwly/Giulia Sonderegger, Vorbemerkungen zu Art. 58–59 KG, in: Patrick Krauskopf (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

Kurzzitat: OK-Schneuwly/Sonderegger, N. XXX zu Vorb. zu Art. 58–59 KG.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines zum Kapitel 6	7
A. Anwendungsbereich und Abgrenzung.....	7
1. Abgrenzung zum Auswirkungsprinzip.....	8
a. Begriffsbestimmung	8
b. Problematik der beschränkten behördlichen Zusammenarbeit.....	9
c. Verhältnis des Auswirkungsprinzips zu Kapitel 6.....	9
2. Verstoss gegen Wettbewerbsregeln in internationalen Abkommen	10
a. Wettbewerbsnormen in internationalen Abkommen	10
b. Grundsätzlicher Ausschluss von unmittelbar anwendbarem Wettbewerbsrecht.....	10
B. Diplomatisches Ziel	11
C. Praktische Relevanz durch beschränkten Anwendungsbereich	13
II. Instrumente der formellen Zusammenarbeit	14
A. Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU	15
B. EFTA-Übereinkommen	15
C. Freihandelsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (FHA)	16
D. Luftverkehrsabkommen	18
E. WTO-Abkommen	18
1. GATT	18
2. GATS	19
3. TRIPS-Abkommen.....	20
III. Instrumente der informellen Zusammenarbeit	21
A. OECD.....	21
B. ICN	22
Materialien	22
Literaturverzeichnis	23

I. ALLGEMEINES ZUM KAPITEL 6

Der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr wird durch internationale Zusammenarbeit – und damit einhergehend das Abschliessen von internationalen Abkommen – geschützt. Dabei muss die Ausführung internationaler Abkommen überwacht und allfällige Unvereinbarkeiten mit einer Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden. Kapitel 6 des Kartellgesetzes zielt genau darauf ab und sieht konkrete Massnahmen zur Beseitigung einer unvereinbaren Wettbewerbsbeschränkung vor, für den Fall, dass eine solche bei der Ausführung eines internationalen Abkommens festgestellt wird.¹ Genauer gesagt, verfolgt es einen **diplomatischen Zweck** bzw. soll es **die internationale Zusammenarbeit fördern** und die innerstaatliche Umsetzung von nicht direkt anwendbaren Wettbewerbsnormen in internationalen Abkommen gewährleisten, um dadurch handelspolitische Konflikte zu vermeiden.²

A. Anwendungsbereich und Abgrenzung

Art. 58 und 59 KG kommen zum Zuge, wenn Unternehmen unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Praktiken³ in der Schweiz an Tage legen, welche aber Auswirkungen nur oder zum grössten Teil im Ausland haben – m.a.W. **Wettbewerbsbeschränkungen mit Auslandwirkung**.⁴ Kapitel 6 findet jedoch keine Anwendung auf Sachverhalte, in denen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Ausland stattfinden und sich auf die Schweiz auswirken; in solchen Fällen ist Art. 2 Abs. 2 KG heranzuziehen.⁵ Zu Abgrenzungszwecken wird nachfolgend das Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2

-
1. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 2; Martenet/Heinemann, S. 293; Zäch, S. 549; Botschaft WTO 1994, S. 624.
 2. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 1; CR-Merkt, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 4; siehe auch Botschaft KG 1981, S. 1309 f.
 3. Wettbewerbswidrige Praktiken sind alle Verhaltensweisen oder Transaktionen, gegen die Strafen, Sanktionen oder andere Abhilfen in nationalen Wettbewerbsgesetzen oder Wettbewerbsvorschriften in internationalen Abkommen verhängt sind. In der Regel geht es um Vereinbarungen zwischen Unternehmen und den Missbrauch von marktbeherrschenden Stellungen.
 4. OFK-Borer, Art. 58 KG N. 2; Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 2; CR-Merkt, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 8; Zäch, S. 549.
 5. Kommentar KG-Ducrey, Vorb. zu Art. 58 und 59 KG N. 4; Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 4.

KG) kurz vorgestellt, bevor auf den Anwendungsbereich der internationalen Abkommen und insbesondere der Freihandelsabkommen eingegangen wird.

1. Abgrenzung zum Auswirkungsprinzip

a. Begriffsbestimmung

- 3 Im Schweizer Recht definiert Art. 2 Abs. 2 KG den örtlichen Geltungsbereich mittels des sogenannten **Auswirkungsprinzips** (*effects doctrine*).⁶ Es berechtigt die nationale Wettbewerbsbehörde, ihre Hoheitsgewalt auf jeden Sachverhalt anzuwenden, der sich auf ihrem Territorium auswirkt,⁷ auch wenn die wettbewerbsschädigende Praktik sich nicht auf ihrem eigenen Gebiet abspielt. Entsprechend wird das Schweizer Kartellgesetz extraterritorial angewandt, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung Inlandsauswirkungen aufweist.⁸ Im Ansatz kann dies zu einem Souveränitätseingriff im fremden Staat führen, was wiederum zu diplomatischen Konflikten zwischen den betroffenen Staaten oder bis zu einem Handelskrieg ausarten kann.⁹ Zur Konfliktvermeidung bei extraterritorialer Anwendung von nationalem Wettbewerbsrecht können die Staaten bilaterale oder multilaterale völkerrechtliche Übereinkommen über die Anwendung der nationalen Wettbewerbsnormen verfassen.¹⁰
- 4 Es stellt sich also die Frage, inwieweit das nationale Wettbewerbsrecht eines Staates, Kontrolle über grenzüberschreitende Geschäftstätigkeiten ausüben kann. Denn transnationale Unternehmen operieren in einem Spannungsverhältnis nationaler Abhängigkeiten und es ist für eine nationale Behörde schwierig, Aktivitäten zu kontrollieren, die über die Grenzen dieses Staates hinausgehen.¹¹ Die **extraterritoriale Anwendung** nationalen Kartellrechts kann ausserdem – je nach Staat – sehr unterschiedlich ausfallen. Bei solchen transnationalen Sachverhalten können wirtschaftlich

6. Dike Kommentar-Heizmann/Mayer, Art. 2 KG N. 55; Merkt, S. 126 f.; Weber, V/2 SIWR, S. 42; Zurkinden/Wenger, S. 1330.

7. BSK-Amstutz/Gohari, Art. 2 KG N. 149; Immenga, S. 8; Terhechte Rz. 11; Weber, V/2 SIWR, S. 42; Zurkinden/Wenger, S. 1327 ff.

8. Merkt, S. 106; Zurkinden, Extraterritoriale Anwendung, S. 283 f.

9. Oeter/Petersen, Rz. 4.

10. Immenga, S. 8; Oeter/Petersen, Rz. 7; Zurkinden, Extraterritoriale Anwendung, S. 284; siehe weiter auch BSK-Amstutz/Gohari, Art. 2 KG N. 168.

11. Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis/Hahn, S. 795.

und politisch schwächer gestellte Staaten kaum die Durchsetzung ihrer eigenen Rechtsordnung (extraterritoriale Anwendung) gegen bedeutendere bzw. stärkere Staaten verlangen.¹²

b. Problematik der beschränkten behördlichen Zusammenarbeit

Problematisch bei der extraterritorialen Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts ist die beschränkte **behördliche Zusammenarbeit** bzw. die räumlich begrenzte Ermittlungsmöglichkeit der Wettbewerbsbehörden. Dies ist u.a. darauf zurückzuführen, dass der Austausch vertraulicher Informationen zwischen Wettbewerbsbehörden in der Regel nicht zulässig ist.¹³ Gemäss dem **Souveränitätsgrundsatz** obliegt die Ermittlung einer Wettbewerbsverletzung der nationalen Wettbewerbsbehörde des Staates, in dem die Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Will der Veranlassungsstaat Ermittlungen im Ausland anstreben, so kann er dies nur auf dem Weg der Rechtshilfe tun.¹⁴ Kooperiert die angerufene Wettbewerbsbehörde nur mangelhaft oder verweigert die Rechtshilfe, muss der Veranlassungsstaat, mangels ausreichender Informationen über die unternehmerische Verhaltensweise bzw. mangels Beweis der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des Verhaltens, das Verfahren einstellen.¹⁵ Aus diesem Grund ist es umso wichtiger, dass internationale Kooperationsmechanismen vorhanden sind, die den sachverhalts- und verfahrensbezogenen Informationsaustausch garantieren.

c. Verhältnis des Auswirkungsprinzips zu Kapitel 6

Kapitel 6 bezieht sich nicht auf die Anwendung und Durchsetzung von nationalen Wettbewerbsregeln auf Wettbewerbsbeschränkungen mit Auslandwirkung im Sinne des Auswirkungsprinzips. In der Regel wird der Auswirkungsstaat die Wettbewerbsbeschränkung ahnden bzw. die ausländische Wettbewerbsbehörde wird ihr nationales Wettbewerbsrecht direkt und extraterritorial gegenüber Unternehmen mit Sitz in der Schweiz anwenden, ohne auf die in internationalen Abkommen vorgesehenen Konsultationsmechanismen zurückzugreifen.¹⁶ Es stellt sich somit die Frage

12. Immenga, S. 7.

13. Immenga, S. 8; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 26 ff.; Oeter/Petersen, Rz. 5.

14. Oeter/Petersen, Rz. 5; siehe auch Immenga, S. 8.

15. Oeter/Petersen, Rz. 5; siehe auch Immenga, S. 8.

16. CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 8.

des Nutzens von Art. 58–59 KG, welche im folgenden Abschnitt analysiert wird.

2. Verstoss gegen Wettbewerbsregeln in internationalen Abkommen

- 7 Nebst dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten in der Schweiz mit Auslandwirkung muss untersucht werden, ob eine Verletzung von mittelbar anwendbaren Wettbewerbsnormen vorliegt.

a. Wettbewerbsnormen in internationalen Abkommen

- 8 Die Art. 58 und 59 KG bilden kein materielles Wettbewerbsrecht, sondern unterstützen lediglich die Durchsetzung materiell-rechtlicher Wettbewerbsregeln in internationalen Abkommen bzw. **Freihandelsabkommen**, die zum Ziel haben, Handelshemmnisse abzubauen. Prominente Beispiele sind das EFTA-Übereinkommen, die Freihandelsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EFTA) sowie die WTO-Handelsabkommen.¹⁷ Diese Abkommen beinhalten häufig auch Regeln gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, welche nur eine begrenzte Reichweite haben. Dies gründet darauf, dass diese Regeln materiell-rechtlich keine direkte Wirkung haben und auch verfahrensrechtlich keine echte internationale Zusammenarbeit ermöglichen, da sie den Austausch vertraulicher Informationen zwischen Wettbewerbsbehörden nicht zulassen.¹⁸ Es wird aber anerkannt, dass auch Staatsverträge, welche keine Wettbewerbsregeln im Sinne des Kartellgesetzes enthalten, sondern Anti-Dumping-Regeln oder allgemeine Schutzvorschriften zum diskriminierungsfreien Wettbewerb aufführen, unter Kapitel 6 fallen.¹⁹

b. Grundsätzlicher Ausschluss von unmittelbar anwendbarem Wettbewerbsrecht

- 9 Kapitel 6 erlaubt es den Schweizer Behörden Untersuchungen durchzuführen und Massnahmen gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu ergreifen, die ihren

17. Kommentar KG-Ducrey, Vorb. zu Art. 58 und 59 KG N. 1; OFK-Borer, Art. 58 KG N. 1; Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 3 und 5; BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 2; CR-Merkt, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 2; SHK-Reinert, Art. 58 KG N. 2; Zäch, S. 549; Zurkinden, V/2 SIWR, S. 537.

18. CR-Merkt, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 8; Zäch, S. 549

Ursprung in der Schweiz haben und gegen die in internationalen Abkommen enthaltenen Wettbewerbsregeln verstossen. Dabei zielt es primär auf **nicht direkt anwendbar** (engl. *non self executing*) Normen ab, d.h. die vor Gericht nicht direkt durchgesetzt werden können.²⁰ Der Anwendungsbereich umfasst somit Teile internationaler Abkommen, die eines speziellen Mechanismus bedürfen, um durchgesetzt zu werden. Zudem greifen die Art. 58–59 KG auch nicht, wenn gemeinsame Organe im (Freihandels-)Abkommen vorgesehen sind, die sowohl die materiellen Wettbewerbsregeln anwenden als auch den landesrechtlichen Vollzug dieser Vorschriften regeln.²¹ Denn wie Ducrey es klar ausdrückt, sind keine gesetzlichen Ausführungsbestimmungen notwendig für unmittelbar anwendbares internationales Wettbewerbsrecht, da es bereits von den innerstaatlichen Behörden angewendet wird.²²

M.a.W. ist die WEKO kompetent, um auf *self executing*-Regeln zu reagieren. 10
Wird eine wettbewerbsbeschränkende Verhalten in der Schweiz mit Auslandwirkung festgestellt, welche nicht auf *self executing*-Wettbewerbsregeln gründen, sind der WEKO die Hände gebunden und gemäss Art. 58–59 KG muss das Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) einschreiten.

B. Diplomatisches Ziel

Das Wettbewerbsrecht ist ein integraler Bestandteil der Wirtschaftspolitik 11
eines Staates und hat zum Ziel, den Wettbewerbsmechanismus vor den endogenen Gefahren der wirtschaftlichen Freiheit zu schützen. In erster Linie

19. Zurkinden, V/2 SIWR, S. 537.

20. Botschaft KG 1994, S. 623 f.; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 4; Zurkinden, V/2 SIWR, S. 537; siehe auch BGE 124 III 90.91, wo das Bundesgericht befunden hat, dass die direkte Anwendbarkeit einer Norm voraussetzt, dass die in Frage stehende staatsvertragliche «Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar [sein muss], um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden; die Normen muss mithin justiziabel sein, die Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben, und Adressat der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein.» Wie nachfolgend noch ausgeführt wird, scheint eine Anwendung der Art. 58–59 KG auf *self executing*-Wettbewerbsregeln jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen. In diesem Sinne auch Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 14.

21. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 7; Zurkinden, V/2 SIWR, S. 535 f. zur organisatorischen Regelung siehe Kommentar KG-Ducrey, Vorb. zu Art. 58 und 59 KG N. 3.

22. Kommentar KG-Ducrey, Vorb. zu Art. 58 und 59 KG N. 3; Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 14.

darf die Freiheit nicht dazu benutzt werden, den Wettbewerb auf den Märkten auszuschalten.²³ In bilateralen und internationalen Abkommen verpflichten sich die Vertragsstaaten, materielle Kartellrechtsvorschriften einzuhalten und im Inland durchzusetzen. Art. 58 und 59 soll sicherstellen, dass die Schweiz als Vertragspartei von solchen Abkommen ihre **Verpflichtungen einhält**; denn als Konsequenz eines allfälligen Nichthandelns drohen ihr Vergeltungsmassnahmen.²⁴

- 12 Bei der Beurteilung des Zwecks von Kapitel 6 ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber das Sonderverfahren für die Ausführung internationaler Abkommen ursprünglich entworfen hatte, um die Durchsetzung der damals relevanten internationalen Abkommen im ehemaligen KG-62 zu verbessern. Aus diesem Grund führte er die Bestimmungen Art. 42 und 43 in das KG-85 ein.²⁵ Dem WBF sollte im Einverständnis des Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) ein Verhandlungsspielraum gegeben werden, um diplomatisch eingreifen zu können, wenn eine einvernehmliche Regelung mit dem Vertragsstaat nicht zeitgerecht erreicht und der Schweiz **Vergeltungsmassnahmen** drohen würden.²⁶ Die Bestimmungen wurden bei der Revision von 1995 noch angepasst und in Art. 58–59 KG präzisiert.²⁷
- 13 Zusammengefasst kommen Art. 58–59 KG zum Zuge, wenn die Schweiz von sich aus ein **diplomatisches Ziel verfolgen** und die **internationale Zusammenarbeit fördern** will.²⁸ Aber wenn es das primäre Ziel ist, dass das WBF diplomatisch eingreifen kann, stellt sich die Frage, wieso es nur den nicht-*self executing*-Bestimmungen vorbehalten bleiben sollte. Zum Beispiel wenn die WEKO bei einer wettbewerbsbeschränkenden Praktik mit Auslandswirkungen nicht eingreifen würde, so kann die Nichteinhaltung von Wettbewerbsregeln in internationalen Abkommen zu internationalen Verstimmungen oder gar Vergeltungsmassnahmen durch andere Staaten führen, welche gegebenenfalls den Eingriff des WBF bedürfen. Ausserdem sollte die Anwendung von Art. 58–59 KG nicht von der Zufälligkeit abhängen,

23. Martenet/Heinemann, S. 293.

24. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 2; CR-Merkt, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 2 ff.; Stoffel, S. 11.

25. Botschaft KG 1981, S. 1366.

26. Botschaft KG 1994, S. 625; BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 1.

27. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 1.

28. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 1; CR-Merkt, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 4; siehe auch Botschaft KG 1981, S. 1309 f.

ob das Bundesgericht eine Regel für unmittelbar anwendbar erklärt oder nicht. Dieses Anwendungskriterium erscheint in der Tat der Willkür überlassen.

C. Praktische Relevanz durch beschränkten Anwendungsbereich

Kritisch bemerken z.B. Mamane und Amberg, dass der Anwendungsbereich von Kapitel 6 sich auf Fälle beschränkt, „(i) in denen die faktischen Wirkungen eines Verhaltens nur im Ausland auftreten, sowie Fälle, in denen das in der Schweiz verursachte Verhalten, welches sich im In- und Ausland auswirkt, entweder (ii) vom Schweizer Kartellrecht nicht als wettbewerbsbeschränkend qualifiziert wird, oder (iii) zwar als wettbewerbsbeschränkend qualifiziert wird, jedoch nicht abgestellt werden kann.“²⁹ 14

Wie bereits erwähnt wurden die Art. 58 und 59 KG (Art. 42–43 KG-85) ursprünglich zum Zweck erlassen, inländische Verhaltensweisen mit Auslandswirkung, welche Wettbewerbsbestimmungen von internationalen Abkommen und insbesondere Freihandelsabkommen verletzen, mittels des inländischen Wettbewerbsrechts adressieren zu können.³⁰ Dieser Zweck hat aber durch die zunehmende extraterritoriale Anwendung anderer nationaler Kartellrechte und die weitgehende Angleichung des Schweizer Kartellrechts an die europäischen Bestimmungen sowie der verstärkten Konvergenz der Kartellrechtspraxis der wichtigsten Handelsnationen stark an Relevanz verloren.³¹ 15

Dass die Normen kaum zum Zuge kommen, lässt sich wahrscheinlich auch damit erklären, «dass die Parteien eines Staatsvertrages allfällige Probleme informell unter sich lösen, statt ein in aller Regel schwerfälliges Verfahren in Gang zu setzen.»³² Es ist somit anzunehmen, dass Art. 58 und 59 KG auch in Zukunft kaum an praktischer Relevanz gewinnen werden,³³ ausgenommen 16

29. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 9.

30. Botschaft KG 1981, S. 1309 f.

31. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Rz. 34; Drolshammer, S. 249 f.; BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 10; Stoffel, S. 13 und 24; Sturny, europäisches Kartellrecht, S. 109 ff.

32. Zurkinden, V/2 SIWR, S. 537.

33. Vgl. auch Drolshammer, S. 248.

der Anwendungsbereich würde auch auf *self executing*-Normen ausgeweitet werden oder die Schweiz würde neue Staatsverträge abschliessen.

- 17 Mit nur zwei Anwendungsfällen widerspiegelt sich die untergeordnete Bedeutung von Art. 58–59 KG auch in der **Fallpraxis**. Die ehemaligen Art. 42 und 43 KG-85 fanden zum ersten Mal Anwendung im Jahr 1990 als ein italienischer Sanitärproduzent sich über das Verhalten schweizerischer Konkurrenten beschwerte und gestützt darauf die Behinderung des freien Warenverkehrs rügte.³⁴ Daraufhin beschritt die Europäische Kommission den im FHA vorgesehenen Weg und behob das wettbewerbswidrige Verhalten durch eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 42–43 KG-85.³⁵ Im Jahr 1995 kam es zu einem weiteren Fall: Die WEKO erhielt Beschwerden bezüglich eines potenziellen Exportverbots von Autos der Volkswagen-Gruppe in die Schweiz, welches nicht mit dem FHA vereinbar war.³⁶ Anders als im ersten Fall ging es hier primär um die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Normen des FHA und nicht um die Art. 58–59 KG.³⁷ Die Einfuhrbeschränkungen wurden schliesslich durch eine einvernehmliche Regelung zwischen der WEKO und den Schweizer Automobilimporteuren beseitigt.³⁸

II. INSTRUMENTE DER FORMELLEN ZUSAMMENARBEIT

- 18 Nachdem der Anwendungsbereich des Kapitel 6 abgesteckt wurde, ist auf die einzelnen internationalen Abkommen mit nicht *self executing*-Wettbewerbsregeln einzugehen. Art. 58 und 59 KG ergänzen primär die Instrumente der formellen und informellen Zusammenarbeit.³⁹ Dabei sind bilaterale Abkommen zwischen der EU und der Schweiz sowie weitere

34. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 35; Stoffel, 12 f.

35. VKKP 1991/1a, S. 53; VKKP 1992/1a, S. 78; Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Rz. 33; BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 6; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 95; Stoffel, 12 f.

36. RPW 1997/2, S. 147; Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 36; BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 6; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 96.

37. Kommentar KG-Ducrey, Vorb. zu Art. 58 und 59 KG Fn. 9; BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 6; Stoffel, 13.

38. VKKP 1996/3, S. 16; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 97.

39. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 14; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 2 ff.

Freihandelsabkommen relevant, welche sowohl materielle als auch verfahrensbezogene Wettbewerbsregeln enthalten.⁴⁰

A. Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU

Für grenzüberschreitende Sachverhalte, die sich in der Region Europa 19 abspielen, ist es unabdingbar, dass die Schweiz mit der EU zusammenarbeitet. Zu diesem Zweck haben sie ein **Kooperationsabkommen** geschlossen.⁴¹ Beispielsweise regelt die Verordnung EG 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln insbesondere durch Art. 12 und 15 die behördliche Zusammenarbeit innerhalb der EU. Diese Verordnung findet jedoch keine Anwendung auf das Verhältnis Schweiz – EU;⁴² vielmehr regelt das Abkommen L 347/3 vom 3. Dezember 2014 zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts den **Informationsaustausch zwischen der Schweiz und der EU**.⁴³

B. EFTA-Übereinkommen

Die Wettbewerbsregeln im EFTA-Übereinkommen finden sich in Kapitel VI.⁴⁴ 20 Sie widmen sich dem Spannungsfeld zwischen Handels- und Wettbewerbspolitik und definieren zu diesem Zweck wettbewerbswidrige Verhaltensweisen.⁴⁵ Konkret haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass sich Unternehmen der Praktiken enthalten, die für die einheimische Produktion einen Schutz bewirken und mit dem EFTA-Übereinkommen unvereinbar wären (Art. 18 Abs. 1 Bst. a EFTA-Übereinkommen). Ausserdem sind Diskriminierungen (im Handel aus Gründen der Nationalität) durch Unternehmen zu verbieten, welche die erwarteten Vorteile aus dem EFTA-Übereinkommen vereiteln (Art. 18 Abs. 1 Bst. b EFTA-Übereinkommen).

40. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 26.

41. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 21, m.w.H.

42. CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 48.

43. CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 248 ff.

44. Wie Ducrey treffend zusammenfasst, hätten Art. 58 und 59 KG keine Bedeutung, wenn die Schweiz dem EWR beigetreten und aus der EFTA ausgeschieden wäre, da die Wettbewerbsregeln des EWR-Abkommens unmittelbar anwendbares Recht darstellen: Kommentar KG-Ducrey, Vorb. zu Art. 58 und 59 KG N. 3.

45. BSK-Nüesch, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 14.

- 21 Erachtet ein Mitgliedstaat seine Vorteile aus dem Abkommen als gefährdet, kann er ein Streitbeilegungsverfahren einleiten (Art. 46–48 EFTA-Übereinkommen).⁴⁶ Dabei wird in einem ersten Schritt eine einvernehmliche Auslegung und Anwendung des Abkommens angestrebt (Art. 47 Abs. 1 EFTA-Übereinkommen). Als zweite Stufe soll das Konsultationsverfahren (Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 43 Abs. 2 EFTA-Übereinkommen) Abhilfe schaffen, wenn der informelle Weg scheitert.⁴⁷ Führt auch der Konsultationsweg zu keiner Lösung, so kann der Mitgliedstaat nach 45 Tagen ein Schiedsverfahren einleiten (Art. 48 Abs. 1 EFTA-Übereinkommen).

C. Freihandelsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (FHA)

- 22 Das Freihandelsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (FHA) hat zum Ziel, die freie Zirkulation von Gütern unter gerechten Wettbewerbsbedingungen innerhalb der EU und der Schweiz zu garantieren und enthält in Art. 23 FHA **Kartellrechtsbestimmungen**, um den Wettbewerb im Warenverkehr zu schützen.⁴⁸ So sind private Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezüglich der Produktion und des Warenverkehrs bezwecken oder bewirken, mit den Zielen des Abkommens unvereinbar (Art. 23 Abs. 1 Ziff. i FHA). Ebenfalls unvereinbar mit den Zielen des Abkommens ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gesamten Gebiet der Vertragsparteien oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen (Art. 23 Abs. 1 Ziff. ii FHA); anders gesagt mit dem Missbrauch marktbeherrschender Stellung. Auch wenn diese zwei Bestimmungen den Art. 101 und Art. 102 AEUV nahekommen, unterscheiden sie sich erstens aufgrund ihrer Rechtsnatur und ihrer Funktion vom europäischen Recht.⁴⁹ Zweitens gilt es ausserdem zu präzisieren, dass die

46. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 26; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 65.

47. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 26; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 67.

48. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 29; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 76 f.; Merkt, S. 284 ff.; Sturny, S. 35 f.; siehe auch MüKoBGB-Wurmnest, Art. 6 Rom II-VO N. 425.

49. CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 78.

genannten, missbräuchlichen Verhaltensweisen nur im Bereich des Warenverkehrs und nicht für den Dienstleistungs- oder Infrastruktursektor Anwendung finden.⁵⁰ Drittens ist jede staatliche Beihilfe untersagt, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht (Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA). Sturny hebt noch hervor, dass das FHA bei seinem Abschluss 1972 «auch Tatbestände erfasst, welche gar nicht in den Anwendungsbereich des damaligen schweizerischen KG fallen, so insbesondere Vertikalabreden zwischen einzelnen Unternehmen (Individualverträge) und Exportverbote.»⁵¹

Ist eine Vertragspartei der Auffassung, dass das Verhalten eines Unternehmens 23 Art. 23 Abs. 1 FHA verletzt und die Vertragsziele des FHA gefährdet, so kann sie gemäss den in Art. 27 FHA festgelegten Voraussetzungen und Verfahren geeignete Massnahmen treffen (Art. 23 Abs. 2 FHA). Konkret kann die Vertragspartei den im FHA vorgesehenen **Streitschlichtungsmechanismus initiieren**, indem sie den Gemischten Ausschuss anruft (Art. 27 Abs. 2 FHA), welcher sich aus Vertretern der Schweiz und der EU zusammensetzt.⁵² Die Vertragsparteien erteilen dem Gemischten Ausschuss alle zweckdienlichen Auskünfte und leisten die erforderliche Hilfe zur Prüfung des Falles und gegebenenfalls zur Beseitigung der beanstandeten Praktik (Art. 27 Abs. 3 Bst. a FHA).

Stellt der Gemischte Ausschuss fest, dass die Verhaltensweise eines 24 Unternehmens mit dem FHA inkompatibel ist, so muss der Veranlassungsstaat – auf dessen Territorium die beanstandete Praktik stattfindet – diese unterbinden.⁵³ Handelt der Veranlassungsstaat nicht innerhalb der im Gemischten Ausschuss festgesetzten Frist bzw. unterbindet er die beanstandete Praktik nicht; oder kommt es innerhalb von drei Monaten nach Befassung des Gemischten Ausschusses zu keiner Einigung, so können **Schutzmassnahmen getroffen** – wie beispielsweise Zollzugeständnisse zurückgenommen werden, um die aus den genannten Praktiken entstehenden ernststen Schwierigkeiten zu beheben (Art. 27 Abs. 3 Bst. a FHA).⁵⁴

50. CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 77.

51. Sturny, S. 36.

52. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 31; Homburger, Art. 42 aKG N. 1; OFK-Schürmann, Art. 42 aKG N. II; Zurkinden, V/2 SIWR, S. 538.

53. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 32; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 83.

54. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 33.

D. Luftverkehrsabkommen

- 25 Das Verbot von Wettbewerbsabreden (Art. 8 LVA) und das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung (Art. 9 LVA) sind wortwörtlich den Art. 101 und 102 AEUV entnommen.⁵⁵ Sie sind unmittelbar anwendbar und bedürfen zu ihrer Anrufung bei einer allfälligen Verletzung der genannten Wettbewerbsregeln nicht der Art. 58 und 59 KG.⁵⁶ Die Ausgestaltung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten wird in den Verfahrensvorschriften (Art. 19 LVA) definiert. Diese halten fest, dass alle erforderlichen Informationen den Vertragsparteien übermittelt werden und die Mitgliedstaaten sich bei der Untersuchung möglicher Verstösse unterstützen.⁵⁷

E. WTO-Abkommen

- 26 Es ist schliesslich auch die Vereinbarkeit von Praktiken mit WTO-Abkommen zu prüfen. Die WTO wurde 1995 als Nachfolgerin des im Jahr 1948 abgeschlossenen GATT-Abkommens (General Agreement on Tariffs and Trade) gegründet. Sie bildet den institutionellen Rahmen für diverse multilaterale Verträge und umfasst neben den im GATT enthaltenen Regelungen über den Handel mit Waren insbesondere auch das Dienstleistungsrecht (General Agreement on Trade in Services; GATS) sowie Rechte über das Geistige Eigentum (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; TRIPS).⁵⁸ WTO-Regeln sind insofern als indirekte Wettbewerbsregeln zu verstehen, als dass sie darauf abzielen, handelspolitische Massnahmen gegen staatliche Handlungen zu ergreifen, die den ausländischen Wettbewerb auf dem Markt für Waren oder Dienstleistungen einschränken oder verzerren.⁵⁹

1. GATT

- 27 Das GATT-Abkommen – welches 1948 als Vorläufer der WTO gegründet wurde – diente primär als Instrument zur Liberalisierung des Handels. In

55. Zurkinden, V/2 SIWR, S. 541.

56. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 25.

57. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 23.

58. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 30; siehe auch Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 55; BSK-Nüesch, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 19; MüKoBGB-Wurmnest, Art. 6 Rom II-VO N. 419.

diesem Kontext wurden im Rahmen des GATTs Regeln erlassen, welche vor allem dem Abbau der Zölle und anderer Handelsschranken und der Absicherung internationaler Handelsbeziehungen dienten und über die Jahre immer weiterentwickelt wurden.⁶⁰ Heute umfasst es u.a. das Verbot von Importmonopolen (Art. II Abs. 4 GATT), die Gleichbehandlung von Inlandwaren in Bezug auf Besteuerung und andere gesetzliche Bestimmungen (Art. III GATT) und die mengenmässigen Importbeschränkungen (Art. XI GATT). Das GATT sowie das im Anschluss erläuterte GATS bieten nur einen begrenzten wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen Diskriminierung.⁶¹

2. GATS

Auch das GATS beinhaltet indirekte Wettbewerbsregeln gegen staatliche 28 Handlungen, die den ausländischen Wettbewerb auf dem Dienstleistungsmarkt einschränken können. M.a.W. sieht das GATT gewisse Bestimmungen vor, die die Anfechtbarkeit privater Wettbewerbsbeschränkungen ermöglichen, wenn sie vom Staat gedeckt sind und ausländischen Wettbewerbsteilnehmern den Zugang zum inländischen Markt erschweren.⁶² Beispielsweise müssen die Mitgliedstaaten laut Art. VIII GATS sicherstellen, dass heimische Unternehmen bei der Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen von ausschliesslichen Rechten das Meistbegünstigungsprinzip (Art. I GATT) einhalten und sich ausserhalb des jeweiligen Monopolbereichs nicht wettbewerbswidrig verhalten.⁶³ Zudem erklärt Art. IX Abs. 1 GATS, dass Dienstleistungserbringer weitere Geschäftspraktiken ausüben können, welche den Wettbewerb beschränken können. Durch Anrufung des Art. IX Abs. 2 GATS kann ein Mitgliedstaat dann in diesem Kontext eine Konsultation einleiten, um wettbewerbswidrige Verhaltensweisen im Parteistaat zu beheben.⁶⁴

59. Cottier/Oesch, S. 136; Immenga, S. 13 f.; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 118.

60. Cottier/Oesch, S. 136.

61. Kearns, S. 297.

62. BSK-Nüesch, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 20.

63. Dabbah, S. 603; Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 71; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 154.

64. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 72; CR-Merk, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 155; siehe auch Art. 7 TRIPS.

3. TRIPS-Abkommen

- 29 Das TRIPS-Abkommen verfolgt das Ziel, die Rechte zum Immaterialgüterrecht zu harmonisieren. Zu diesem Zweck verpflichtet das Abkommen seine Vertragspartner dazu, gewerbliche Schutzrechte einzuhalten und Monopolrechte zu respektieren, wodurch es Anreize setzt, Wissen zu schaffen und zu verbreiten.⁶⁵ Das Abkommen zielt somit nicht primär darauf ab, die hoch komplexe Beziehung zwischen Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht zu klären.⁶⁶ Dennoch ist die wettbewerbsrechtliche Relevanz des Abkommens unverkennbar.⁶⁷
- 30 Art. 8 TRIPS-Abkommen zeigt beispielsweise, wie wichtig es ist, wettbewerbswidrige Situationen zu verbieten, die sich aus der Verwendung von Immaterialgüterrechten ergeben können. Aus diesem Grund wird in Art. 8 Abs. 2 TRIPS-Abkommen vorgesehen, dass Vertragspartner geeignete Massnahmen treffen können, wenn solche notwendig sind, um den Missbrauch von Rechten an geistigem Eigentum durch den Rechtsinhaber oder den Rückgriff auf Praktiken, die den Handel unangemessen beschränken oder den internationalen Technologietransfer nachteilig beeinflussen, zu verhindern.⁶⁸ Die Norm definiert aber nicht spezifisch das wettbewerbsbeschränkende Verhalten.⁶⁹
- 31 Von wettbewerbsrechtlicher Relevanz ist zudem Art. 31 TRIPS-Abkommen, welcher sich der Zwangslizensierung widmet, was seinem Titel nach zu einer sonstigen Benutzung ohne Zustimmung des Rechtsinhabers führen kann.⁷⁰ Dem Artikel zufolge ist die Vergabe von Zwangslizenzen eine Möglichkeit, mit Fällen umzugehen, in denen wettbewerbswidrige Praktiken im Zusammenhang mit der Nutzung von Patenten auftreten können.
- 32 Schliesslich setzt sich Art. 40 TRIPS-Abkommen mit der Frage der Lizenzierung von geistigem Eigentum auseinander und anerkennt in Abs. 1, dass wettbewerbsbeschränkende Lizenzierungspraktiken den Handel beeinträchtigen und den Transfer und die Verbreitung von Technologie

65. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 67.

66. Heinemann, S. 535.

67. Dabbah, S. 604; Heinemann, S. 535 ff.

68. Cottier/Meitinger, S. 4; Dike Kommentar-Freund, N. 68 Vorb. zu Art. 58–59 KG.

69. Basedow, S. 44.

70. Dike Kommentar-Freund, N. 70 Vorb. zu Art. 58–59 KG.

behindern können.⁷¹ Aus diesem Grund sind die Vertragspartner gemäss Art. 40 Abs. 2 Satz 1 TRIPS-Abkommen ermächtigt, geeignete Gegenmassnahmen zu treffen, die im Einklang mit den übrigen Bestimmungen des Abkommens sind.

III. INSTRUMENTE DER INFORMELLEN ZUSAMMENARBEIT

Neben den formellen Instrumenten gibt es auch informellere 33
Kooperationsmechanismen, die die Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Wettbewerbsbehörden fördern können und eine Austauschmöglichkeit bieten. Diese Instrumente begründen aber keinen Einforderungsgrund für die Mitgliedstaaten, sondern sollen nur unterstützend wirken. Sie dienen primär dazu, das Wettbewerbsrecht weiterzuentwickeln und globale sowie nationale Herausforderungen im Plenum zu diskutieren.

A. OECD

Die OECD hat in erster Linie zum Zweck, die wirtschaftliche 34
Zusammenarbeit und Entwicklung zu fördern. Sie bietet u.a. ein wichtiges Forum für die (Weiter-)Entwicklung und wirksame Durchsetzung von nationalem Wettbewerbsrecht und spielt eine zentrale Rolle bei der Debatte über die Internationalisierung und Harmonisierung des Wettbewerbsrechts.⁷² So hat sie beispielweise im Jahr 2001 das Global Forum on Competition gegründet, um die Kartellrechtsbehörden der Welt zusammenzubringen.⁷³ Zudem gibt das Competition Committee der OECD regelmässig nichtverbindliche Empfehlungen ab und beschäftigt sich immer wieder mit hochaktuellen Themen, die das Wettbewerbsrecht vor neue Herausforderungen stellt (wie z.B. die Digitalisierung).⁷⁴ Diesen Empfehlungen werden im Bereich des Kartellrechts viel Aufmerksamkeit geschenkt und sie

71. Cottier/Meitingner, S. 4; Dike Kommentar-Freund, N. 69 Vorb. zu Art. 58–59 KG; MüKoBGB-Wurmnest, N. 419 zu Art. 6 Rom II-VO.

72. Für mehr Informationen siehe OECD, Guidelines for Multinational Enterprises.

73. Immenga, S. 11 f.; Martenet/Heinemann, S. 294; Wagner-von Papp, Rz. 106.

74. Vgl. die Liste der von der Competition Committee erlassenen Empfehlungen und «Best Practices» auf der Website der OECD, abrufbar unter: www.oecd.org/daf/competition/recommendations.htm (12.4.2022).

werden generell als massgebliche Quellen angesehen, sei es von Kartellbehörden, Praktikern oder Wissenschaftlern.⁷⁵

B. ICN

- 35 Das International Competition Network (ICN) wurde 2001 gegründet und dient als informelles Forum, in dem sich nationale sowie multinationale Kartellbehörden von der ganzen Welt über ihre Wettbewerbspolitik austauschen und eine gewisse Konvergenz über grundlegende Fragen der Anwendung und Durchsetzung des Wettbewerbsrecht erreichen können.⁷⁶ Beim Erfahrungsaustausch geht es um die Diskussion von praktischen Problemen, die insbesondere in internationalen Wettbewerbssachverhalte auftreten können.⁷⁷ In diesem Zusammenhang veröffentlicht die ICN Arbeitsgruppe regelmässig unverbindliche Empfehlungen in Form von «Recommended Practices» oder «Guiding Principles», welche von Wettbewerbsbehörden oft als Leitlinien herangezogen werden und somit zu einer angenäherten Anwendungspraxis der Kartellbehörden beitragen.⁷⁸ Die WEKO ist ebenfalls Teil des Netzwerks und nimmt regelmässig an Konferenzen, wie der «Annual ICN Conference», teil.⁷⁹

MATERIALIEN

Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) vom 19.9.1994, BBl 1994 IV S. 1 ff. (zit. Botschaft WTO 1994).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl 1981 S. 1293 (zit. Botschaft KG 1981).

75. Dabbah, S. 138.

76. Vgl. die Webseite des International Competition Network <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/> (14.4.2022); BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 16; MüKoBGB-Wurmnest, Art. 6 Rom II-VO N. 426 ff.; Immenga, S. 16.

77. Immenga, S. 16.

78. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Rz. 16 ff.; BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 16; MüKoBGB-Wurmnest, Art. 6 Rom II-VO N. 427; Dabbah, S. 138.

79. BSK-Mamane/Amberg, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 16; MüKoBGB-Wurmnest, Art. 6 Rom II-VO N. 427.

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I S. 468 (zit. Botschaft KG 1994).

Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Evaluation gemäss Art. 59a KG: Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden, Projektbericht P8, 23.12.2008 (zit. Evaluationsgruppe Kartellgesetz).

LITERATURVERZEICHNIS

Amstutz Marc/Gohari Ramin, Kommentierung zu Art. 4 KG, in: Amstutz Marc/Reiner Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Amstutz/Gohari).

Basedow Jürg, Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Hamburg 1998.

Baldi Marino, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG), in: Zäch Roger (Hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern et al. 1989, S. 279–308.

Borer Jürg, Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK-Borer).

Cottier Thomas/Meitinger Ingo, The TRIPs Agreement without a Competition Agreement?, Fondazione Eni Enrico Mattei Working Paper No. 65–99, abrufbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=200622>, besucht am 25.5.2023.

Cottier Thomas/Oesch Matthias, Die unmittelbare Anwendbarkeit von GATT/WTO-Recht in der Schweiz, in: SZIER 2004, S. 121–154.

Dabbah Maher M., International and Comparative Competition Law, New York 2010.

Drolshammer Jens Ivar, Wettbewerbsrecht: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1996.

Ducrey Patrik, Vorbemerkungen zu Art. 58 und 59, in: Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Kommentar zum KG).

Freund Benedikt, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Freund).

Heinemann Andreas, Das Kartellrecht des geistigen Eigentums im TRIPS-Übereinkommen der Welthandelsorganisation, GRUR Int. 1995, S. 535–539.

Heizmann Reto/Mayer Michael, Kommentierung zu Art. 2 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Heizmann/Mayer).

Homburger Eric, Kommentierung zu Art. 42 aKG, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1990.

Immenga Ulrich, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, in: Tietje Christian/Kraft Gerhard/Sethe Rolf (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 31, Oktober 2004 (abrufbar unter https://opendata.uni-halle.de/bitstream/1981185920/76469/1/BeitraegeTWR_31.pdf, besucht am 25.5.2023).

Kearns Jason E., International Competition Policy and the Gats: A Proposal to Address Market Access Limitations in the Distribution Services Sector, in: University of Pennsylvania Journal of International Economic Law (2) 22/2001, S. 285 ff.

Mamane David/Amberg Karin, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Mamane/Amberg).

Martenet Vincent/Heinemann Andreas, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Genf 2021.

Matsushita Mitsuo/Schoenbaum Thomas J./Mavroidis Petros C./Hahn Michael, The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy, 3. Aufl., Oxford 2017.

Merkt Benoît, Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, Neuenburg 2000.

Merkt Benoît, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Merkt).

Nüesch Sabina, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK-Nüesch).

Oeter Stefan/Petersen Anna, WTO und Wettbewerb, in: Hilf Meinhard/Oeter Stefan (Hrsg.), WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 1. Aufl., Baden-Baden 2005, S. 623–635.

Reinert Peter, Kommentierung zu Art. 58, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, Zürich 2007 (zit. SHK-Reinert).

Stoffel Walter A., Die schweizerische Wettbewerbspolitik im internationalen Kontext, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 1 ff.

Sturny Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Bern 2013.

Sturny Monique, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier Thomas (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 50, 2012, 107 ff. (zit. Sturny, europäisches Kartellrecht).

Schürmann Leo, Kommentierung zu Art. 42 aKG, in: Schürmann Leo/Schluep Walter (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz (KG + PüG), Zürich 1988.

Terhechte Philipp, WTO und Wettbewerb, in: Hilf Meinhard/Oeter Stefan (Hrsg.), WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl., Baden-Baden 2010, S. 643–661.

Wagner-von Papp Florian, Internationales Wettbewerbsrecht, in: Tietje Christian/Nowrot Karsten (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin et al. 2022, S. 605 ff.

Weber Rolf H., Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: von Büren Roland/Lucas David (Hrsg.), Band V/2: Kartellrecht (Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Basel 2000, S. 1–54 (zit. Weber, V/2 SIWR).

Wurmnest Wolfgang, Kommentierung zu Art. 6 Rom II-VO, in: von Hein Jan (Hrsg.) Münchener Kommentar BGB, Bd. 13, Internationale Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, 8. Aufl., München 2021 (zit. MüKoBGB-Wurmnest).

Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005.

Zurkinden Philipp, Extraterritoriale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts zwischen der Schweiz und der EU, in: Schmeling Manfred/Veith Michael (Hrsg.), Universitäten in europäischen Grenzräumen / Universités et frontières en Europe: Konzepte und Praxisfelder / Concepts et pratiques, Bielefeld 2015, S. 283–296. (zit. Zurkinden, Extraterritoriale Anwendung).

Zurkinden Philipp, Ausführung internationaler Abkommen, in: von Büren Roland/Lucas David (Hrsg.), Band V/2: Kartellrecht (Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Basel 2000, S. 533–545 (zit. Zurkinden, V/2 SIWR).

Zurkinden Philipp/Wenger Boris, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, S. 1327–1338.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 58 KG

Eine Kommentierung von Anne Mirjam Schneuwly / Giulia Sonderegger

ZITIERVORSCHLAG

Anne Mirjam Schneuwly/Giulia Sonderegger, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Patrick Krauskopf (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

Kurzzitat: OK-Schneuwly/Sonderegger, N. XXX zu Art. 58 KG.

6. Kapitel: Ausführung internationaler Abkommen

Art. 58 Feststellung des Sachverhalts

¹ Macht eine Vertragspartei eines internationalen Abkommens geltend, eine Wettbewerbsbeschränkung sei mit dem Abkommen unvereinbar, so kann das WBF das Sekretariat mit einer entsprechenden Vorabklärung beauftragen.

² Das WBF entscheidet auf Antrag des Sekretariats über das weitere Vorgehen. Es hört zuvor die Beteiligten an.

GLIEDERUNG

I. Überblick zum Normzweck	29
II. Zuständigkeit	29
III. Verfahren	30
A. Initiierung	30
B. Vorabklärungen und Antragsstellung	30
C. Erlass von Massnahmen	31
IV. Umstrittene Anwendbarkeit des VwVG auf das Verfahren	32
Materialien	33
Literaturverzeichnis	33

I. ÜBERBLICK ZUM NORMZWECK

Art. 58 KG ist die Kompetenznorm für ein Tätigwerden von schweizerischen Behörden bei Wettbewerbsverstössen, die ihren Ursprung in der Schweiz haben und deren Unvereinbarkeit mit einem internationalen Abkommen durch eine Vertragspartei geltend gemacht wird.⁸⁰ Die Bestimmung legt die Behörden fest, die für solche Sachverhalte zuständig sind sowie für das Verfahren, das hierfür zur Anwendung kommt.

II. ZUSTÄNDIGKEIT

Im Unterschied zum ordentlichen Verfahren des Kartellgesetzes bezeichnet Art. 58 KG nicht die WEKO als zuständig für die Feststellung des Sachverhalts, sondern das **Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung** (WBF).⁸¹ Grund für diese Kompetenzverteilung ist, dass das WBF internationale Verträge – wie das Freihandelsabkommen – verhandelt und abschliesst und dadurch näher an den Vertragspartnern ist.⁸² Diese Kompetenzverteilung ist insbesondere unter Berücksichtigung des diplomatischen Zwecks von Kapitel 6 KG sinnvoll.⁸³

In der Regel wird das WBF durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) vertreten.⁸⁴ Gemäss Art. 58 Abs. 1 KG kann das WBF das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit einer Vorabklärung beauftragen. Dadurch soll der Wissenstransfer von der Wettbewerbsbehörde bei Sachverhaltsabklärungen garantiert werden.⁸⁵ Die WEKO ist aber selbst nicht im Verfahren involviert.⁸⁶ Im Gegensatz zum ordentlichen Wettbewerbsverfahren gemäss Art. 23 KG ist das Sekretariat folglich nicht der WEKO, sondern dem WBF unterstellt und wird nur auf dessen Antrag tätig.⁸⁷ Zudem kann das WBF das Sekretariat lediglich mit einer Vorabklärung, nicht

80. SHK-Reinert, Art. 58 KG N. 3; siehe auch OK-Schneuwly/Sonderegger, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 2 ff.

81. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 8; SHK-Reinert, Art. 58 KG N. 4.

82. Dike Kommentar-Freund, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 8.

83. OK-Schneuwly/Sonderegger, Vorb. zu Art. 58–59 KG N. 11 ff.

84. BSK-Mamane/Amberg, Art. 58 KG N. 3.

85. CR-Merkt/Metzger, Art. 58 KG N. 17.

86. Dike Kommentar-Freund, Art. 58 KG N. 13; CR-Merkt/Metzger, Art. 58 KG N. 15.

87. CR-Merkt/Metzger, Art. 58 KG N. 16; Dike Kommentar-Freund, Art. 58 KG N. 4.

aber wie gemäss Art. 27 KG mit einer Untersuchung beauftragen. Das Sekretariat kann daher nicht wie gemäss Art. 27 KG eine Untersuchung eröffnen.⁸⁸

III. VERFAHREN

- 4 Art. 58 KG kann in folgende verfahrensrechtliche Schritte unterteilt werden:

A. Initiierung

- 5 Das Verfahren im Sinne von Kapitel 6 wird nicht durch Eigeninitiative des WBF ausgelöst, sondern die Wettbewerbsverletzung muss durch eine Vertragspartei eines internationalen Abkommens geltend gemacht werden.⁸⁹ M.a.W. wird das WBF erst tätig, wenn die eine Vertragspartei des Abkommens eine unvereinbare Wettbewerbsbeschränkung rügt.⁹⁰ Liegt eine offizielle Beschwerde vor, d.h. macht die Vertragspartei des internationalen Abkommens eine mit dem internationalen Abkommen unvereinbare Wettbewerbsbeschränkung geltend,⁹¹ ist es im **Ermessen des WBF zu beurteilen, ob es überhaupt eine Vorabklärung einleiten möchte**. Dieses Ermessen steht dem WBF zu, da es sich bei Art. 58 Abs. 1 KG um eine «Kann-Vorschrift» handelt.⁹² Sind die von der ausländischen Partei vorgebrachten Behauptungen aber nicht völlig unbegründet, dürfte das WBF das Sekretariat der WEKO in der Regel mit einer Vorabklärung beauftragen.⁹³ Generell steht es der Behörde jedoch offen, die Meinungsverschiedenheit auch durch diplomatische Verhandlungen zu beseitigen.⁹⁴ In dieser Hinsicht kommt dem WBF ein grosser Handlungsspielraum zu.

B. Vorabklärungen und Antragsstellung

- 6 Hat das Departement im Rahmen seines Ermessens entschieden, eine Vorabklärung einzuleiten, kann es das Sekretariat beauftragen, den

88. OFK-Borer, Art. 58 KG N. 3.

89. Vgl. Baldi, S. 63 f.; Drolshammer, S. 244; Botschaft KG 1994, S. 624.

90. BSK-Nüesch, Art. 58 KG N. 2.

91. BSK-Nüesch, Art. 58 KG N. 2.

92. Botschaft KG 1981, 1369; Kommentar KG-Ducrey, Art. 58 KG N. 2; CR-Merk/Metzger, Art. 58 KG N. 21.

93. CR-Merk/Metzger, Art. 58 KG N. 17.

Sachverhalt festzulegen. Die Vorabklärungen haben zum Zweck, die Vertreter der vom internationalen Abkommen ernannten zuständigen Gremien über die Sachlage in der Schweiz zu instruieren.⁹⁵ Konkret dienen sie dazu, den schweizerischen Vertretern im zuständigen Organ eine Entscheidungsgrundlage für das weitere Vorgehen zu geben.⁹⁶

Sind die Vorabklärungen abgeschlossen, stellt das Sekretariat einen Antrag an 7 das

WBF, über das weitere Vorgehen zu bestimmen (Art. 58 Abs. 2 KG). Dieser **Antrag erfordert keine rechtliche Auseinandersetzung** der Zulässigkeit des Wettbewerbsverhaltens mit dem internationalen Abkommen;⁹⁷ vielmehr liegt diese rechtliche Bewertung in der Kompetenz der im Abkommen genannten Gremien.⁹⁸ Grund dafür ist, dass nicht die Vereinbarkeit des Verhaltens mit dem KG, sondern mit den Wettbewerbsvorschriften des internationalen Abkommens geprüft wird.⁹⁹

C. Erlass von Massnahmen

Das Departement entscheidet schliesslich unter Berücksichtigung der 8 Sachverhaltsabklärungen des Sekretariats, welche Massnahmen zu ergreifen sind, um die beanstandeten Praktiken zu beheben und möglichen Retorsionsmassnahmen zu entgehen. Generell steht es dem WBF offen, die Konfliktsituation entweder auf informellen Wegen zu beheben oder die in Art. 59 KG aufgeführten Massnahmen anzuwenden.¹⁰⁰

94. Botschaft KG 1981, S. 1369; Kommentar KG-Ducrey, Art. 58 KG N. 2; vgl. auch BSK-Mamane/Amberg, Art. 58 KG N. 6.

95. OFK-Borer, Art. 58 KG N. 3; Kommentar KG-Ducrey, Art. 58 KG N. 3.

96. Botschaft KG 1981, S. 1368; BSK-Nüesch, Art. 58 KG N. 3.

97. CR-Merkel/Metzger, Art. 58 KG N. 29; OFK-Borer, Art. 58 KG N. 2; BSK-Mamane/Amberg, Art. 58 N. 5.

98. Botschaft KG 1994, S. 624 f.

99. OK-Schneuwly/Sonderegger, Art. 59 KG N. 2 ff.

100. OFK-Borer, Art. 58 KG N. 4.

IV. UMSTRITTENE ANWENDBARKEIT DES VWVG AUF DAS VERFAHREN

- 9 Nicht abschliessend geklärt ist, ob die Verfahrensvorschriften des VwVG auf das Vorabklärungsverfahren des Sekretariats und die Anhörung der Beteiligten durch das WBF anwendbar sind.¹⁰¹
- 10 Ein Teil der Lehre spricht sich, unter Vorbehalt von Art. 39 KG, für die Anwendung des VwVG aus. Begründet wird dieser Ansatz durch den umfangreichen Schutz der Parteien und die Einhaltung deren Rechte, die durch die etablierten Verfahrensvorschriften garantiert werden.¹⁰² Demgegenüber vertritt ein anderer Teil der Lehre den Standpunkt, dass Art. 58 KG dahin ausgelegt werden sollte, dass es ein Verfahrensrecht *sui generis* etabliert, die der Anwendung des VwVG vorgeht.¹⁰³ Gemäss dieser Lehrmeinung haben die speziellen Verfahrensvorschriften zu Art. 58 KG somit Vorrang vor der Anwendung der verfahrensrechtlichen Vorschriften nach dem KG und des VwVG.¹⁰⁴ Schliesslich dienen sie einem schnellen und gegebenenfalls informellen Verhandlungsmechanismus, der für die Durchsetzung internationaler Verpflichtungen notwendig ist. Entsprechend findet nach dieser Auffassung die Vorabklärung nicht im Sinne einer «ordentlichen Vorabklärung» gemäss Art. 26 KG statt.¹⁰⁵ Eine solche Auslegung des Verfahrens hat aber auch zur Folge, dass der Antrag des Sekretariats an das WBF keinen förmlichen Antrag, sondern eher eine Art Kommunikation darstellt, gegen welche keine Beschwerde eingereicht werden kann.¹⁰⁶ Demnach könnte nach dieser Auffassung erst eine Beschwerde erhoben werden, wenn nach Art. 59 Abs. 2 KG eine Verfügung bezüglich der Massnahmen, die die Unvereinbarkeit zu beseitigen vermögen, erlassen wurde. Das WBF kann eine solche Verfügung aber erst erlassen, wenn Bemühungen um eine einvernehmliche Regelung fehlgeschlagen sind.¹⁰⁷

101. Siehe. z.B. Kommentar KG-Ducrey, Art. 58 KG N. 2; SHK-Reinert, Art. 58 KG N. 3.

102. BSK-Mamane/Amberg, Art. 58 KG N. 9; Kommentar KG-Ducrey, Art. 58 KG N. 6; siehe auch Drolshammer, S. 245.

103. Vgl. dazu CR-Merkt/Metzger, Art. 58 KG N. 23, 30; Drolshammer, S. 244, 247; BSK-Nüesch, Art. 58 KG N. 4–5.

104. CR-Merkt/Metzger, Art. 58 KG N. 23, 30.

105. CR-Merkt/Metzger, Art. 58 KG N. 57 f.; BSK-Nüesch, Art. 58 KG N. 4.

106. CR-Merkt/Metzger, Art. 58 KG N. 29.

107. BSK-Mamane/Amberg, Art. 58 KG N. 8; BSK-Nüesch, Art. 58 KG N. 5; OK-Schneuwly/Sonderegger, Art. 59 KG N. 6 ff.

Gegen den Vorrang spezieller Verfahrensvorschriften und für die Anwendbarkeit des VwVG spricht des Weiteren, dass – wenn im Endeffekt eine Verfügung nach VwVG erlassen wird – es grundsätzlich Sinn macht, das ganze Verfahren nach diesen Vorschriften zu richten.

Die Uneinigkeit bezüglich der anzuwendenden Verfahrensvorschriften 11 erscheint angesichts des speziellen internationalen und ausserpolitischen Kontexts, in dem sich das Kapitel 6 bewegt, unvermeidbar und unterstreicht das Dilemma, welches das Kapitel 6 zu lösen versucht: Einerseits soll den schweizerischen Behörden ein flexibles Instrument zur Verfügung gestellt werden, das auch bei zeitlicher Dringlichkeit eingesetzt werden kann, um so den diplomatischen Zweck von Kapitel 6 zu schützen. Andererseits soll der gerichtliche Rechtsschutz der Parteien gewährleistet werden.¹⁰⁸ Eine gänzlich befriedigende Lösung, die sowohl die notwendige zeitliche Flexibilität sowie den umfangreichen Rechtsschutz der Parteien umfasst, ist aber aufgrund dieser zwei entgegenstehenden Ziele wohl nicht möglich.

MATERIALIEN

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl 1981 S. 1293 (zit. Botschaft KG 1981).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I S. 468 (zit. Botschaft KG 1994).

LITERATURVERZEICHNIS

Baldi Marino, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG), in: Wirtschaft und Recht, Jg. 41, Heft 1, 1989, S. 54–69.

Borer Jürg, Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK-Borer).

108. BSK-Nüesch, Art. 58 KG N. 5.

Drolshammer Jens Ivar, Wettbewerbsrecht: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1996.

Ducrey Patrik, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Kommentar zum KG-Ducrey).

Freund Benedikt, Vorbemerkungen zu Art. 58–59 KG und Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Freund).

Mamane David/Amberg Karin, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Mamane/Amberg).

Merkt Benoît/Metzger Philippe, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Merkt/Metzger).

Nüesch Sabina, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 1. Aufl., Basel 2010 (BSK-Nüesch).

Reinert Peter, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Baker & McKinze (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Zürich 2007 (zit. SHK-Reinert).

Zurkinden Philipp/Trüeb Hans R., Das neue Kartellgesetz: Handkommentar, Zürich 2004.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 59 KG

Eine Kommentierung von Anne Mirjam Schneuwly / Giulia Sonderegger

ZITIERVORSCHLAG

Anne Mirjam Schneuwly/Giulia Sonderegger, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Patrick Krauskopf (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

Kurzzitat: OK-Schneuwly/Sonderegger, N XXX zu Art. 59 KG.

Art. 59 Beseitigung von Unvereinbarkeiten

¹ Wird bei der Ausführung eines internationalen Abkommens festgestellt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung mit dem Abkommen unvereinbar ist, so kann das WBF im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Beseitigung der Unvereinbarkeit vorschlagen.

² Kommt eine einvernehmliche Regelung nicht rechtzeitig zustande und drohen der Schweiz von der Vertragspartei Schutzmassnahmen, so kann das WBF im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten die Massnahmen verfügen, die zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung erforderlich sind.

GLIEDERUNG

I. Einleitung	37
II. Identifikation der Unvereinbarkeit.....	37
III. Handlungsmöglichkeiten.....	39
A. Einvernehmliche Regelung (Abs. 1)	39
B. Erforderliche Massnahmen (Abs. 2).....	40
IV. Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2	41
V. Verfahrensrechtliche Vorschriften.....	42
Materialien	42
Literaturverzeichnis	42

I. EINLEITUNG

Während Art. 58 KG die Bestimmungen bezüglich der Zuständigkeit und des 1
Verfahrens zur Sachverhaltsfeststellung regelt,¹⁰⁹ beleuchtet Art. 59 KG die
Handlungsmöglichkeiten des WBFs bei der Feststellung einer Unvereinbarkeit
durch das im internationalen Abkommen vorgesehene Gremium. M.a.W.
befasst sich dieser Artikel damit, wie eine mit dem in Frage stehenden
internationalen Abkommen unvereinbare Wettbewerbsbeschränkung
innerstaatlich beseitigt werden kann. Art. 59 KG sieht dabei zwei
Handlungsmöglichkeiten vor: Eine Unvereinbarkeit kann durch eine
eilvernehmliche Regelung im Sinne von Abs. 1 beseitigt werden oder, wenn
eine eilvernehmliche Regelung nicht rechtzeitig zustande kommt, kann das
WBF weitere Massnahmen gemäss Abs. 2 ergreifen. Bevor das WBF aber
überhaupt eine Unvereinbarkeit beseitigen kann, müssen die im
internationalen Abkommen ernannten Gremien zuerst eine solche feststellen,
was im folgenden Abschnitt analysiert wird.

II. IDENTIFIKATION DER UNVEREINBARKEIT

Zur Anwendbarkeit von Art. 59 KG ist in einem ersten Schritt abzuklären, ob 2
eine **Unvereinbarkeit** der Wettbewerbsbeschränkung mit den materiellen
Regeln des in Frage stehenden internationalen Abkommens vorliegt.
Ausschlaggebend für die Feststellung einer Unvereinbarkeit sind die
materiellen Regeln, die das entsprechende internationale Abkommen
vorsieht.¹¹⁰ «Unvereinbarkeit» ist dabei nicht mit Rechtswidrigkeit
gleichzusetzen. Gemäss Art. 23 Abs. 1 FHA werden
Wettbewerbsbeschränkungen beispielsweise mit dem guten Funktionieren
dieses Abkommens als unvereinbar angesehen, wenn sie «geeignet sind, den
Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu
beeinträchtigen.» Auch Art. 18 Abs. 1 EFTA-V stipuliert, dass jene Praktiken mit
dem Abkommen unvereinbar sind, welche «die vom Übereinkommen zu
erwartende Vorteile vereiteln.» Aus diesen zwei Beispielen geht hervor, dass
Art. 59 KG weitgehend darauf abzielt, schädigende Verhalten zu beseitigen,
die Handelsvorteile zu verringern oder sogar ganz zunichte zu machen.¹¹¹

109. OK-Schneuwly/Sonderegger, Art. 58 KG N. 2 ff.

110. Botschaft KG 1994, S. 624 f.; Botschaft KG 1981, S. 1368.

M.a.W. wird mit dem Begriff «Unvereinbarkeit» auf ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten verwiesen, welches Handelsvorteile, die direkt oder indirekt aus dem internationalen Abkommen fliessen, beeinträchtigen und somit das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs gefährden.¹¹²

- 3 Die Zuständigkeit der rechtlichen Abklärungen der Unvereinbarkeit obliegt einzig dem im entsprechenden Abkommen vorgesehenen Gremien (z.B. in Form eines Rates oder eines Gemischten Ausschusses).¹¹³ Konkret müssen die zuständigen Gremien eruieren, ob eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Abkommens gegeben und die Beschränkung mit dem Abkommen unvereinbar ist.¹¹⁴ Da sich solche Gremien vielfach aus Vertretern aller Vertragsparteien zusammensetzen, ist anzunehmen, dass die Schweiz im Konfliktfall auch Erkenntnisse der Vorabklärung gemäss Art. 58 Abs. 1 KG in die Entscheidungsfindung des Gremiums einfließen lassen würde.¹¹⁵
- 4 Wird durch die zuständigen Gremien eine Unvereinbarkeit mit dem internationalen Abkommen identifiziert,¹¹⁶ obliegt es sodann den schweizerischen Behörden zu prüfen, **ob und mit welchen Massnahmen diese beseitigt werden** kann. M.a.W., sobald eine Unvereinbarkeit identifiziert wird, hängt die Beurteilung des Sachverhalts und der Auswirkungen des Verhaltens in wettbewerbs- und handelspolitischer Hinsicht ausschliesslich von den schweizerischen Behörden ab.¹¹⁷ Nach der Feststellung der Unvereinbarkeit durch die im internationalen Abkommen vorgesehenen Gremien findet somit eine Verlagerung der Kompetenzen von den Gremien zum WBF statt.

111. BSK-Nüesch, Art. 59 KG N. 3; Vgl. auch Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 7 mit weiteren Beispielen.

112. BSK-Nüesch, Art. 59 KG N. 3; Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 7.

113. Botschaft KG 1994, S.624 f.; Baldi, S. 296; Drolshammer, S. 245; Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 5.

114. Botschaft KG 1994, S. 625.

115. CR-Merkt/Metzger, Art. 59 KG N. 14.

116. Botschaft KG 1994, S.624 f.

117. OFK-Schürmann, S. 759 f.

III. HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN

Wird eine Unvereinbarkeit des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens mit dem in Frage stehenden internationalen Abkommen festgestellt, hat das WBF folgende Handlungsmöglichkeiten:

A. Einvernehmliche Regelung (Abs. 1)

Gemäss Art. 59 Abs. 1 KG kann das WBF im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung vorschlagen. Das Einverständnis des EDA wird vorausgesetzt, da in diesen Fällen stets **aussenpolitische Aspekte** berührt werden, für die das EDA mitunter zuständig ist.¹¹⁸

Der in Art. 59 Abs. 1 und in Art. 58 Abs. 2 verwendete Begriff «**Beteiligte**» bezieht sich – wie auch unter Art. 29 KG – primär auf die Unternehmen, welche die Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt haben.¹¹⁹ Die Begriffsauslegung von «Beteiligten» ergibt sich daraus, dass auch nur diese Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung beseitigen können.¹²⁰ Ein Teil der Lehre vertritt aber die Meinung, dass die durch das wettbewerbsbeschränkende Verhalten geschädigten Parteien ebenfalls als Beteiligte zu erachten sind.¹²¹

Wie in Art. 29 KG benutzt der Gesetzgeber in Art. 59 KG den Begriff «einvernehmliche Regelung». Im Gegenteil zu Art. 29 Abs. 2 KG sehen aber weder der Wortlaut von Art. 59 Abs. 1 KG noch die Botschaften **Formvorschriften** vor. Demnach wird nicht vorausgesetzt, dass die einvernehmliche Regelung der Schriftform bedingt.¹²² Auch wenn aus politischen Gründen allenfalls nachvollziehbar sein kann, dass eine Formvorschrift die Verhandlungen behindern könnte, sollte zur

118. OFK-Borer, Art. 59 KG N. 3.

119. Botschaft KG 1994, S. 613; Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 11; BSK-Mamane/Amberg, Art. 59 KG N. 5; CR-Merkt/Metzger, Art. 59 KG N. 6; siehe auch CR-Ducrey/Carron, Art. 29 KG N. 19; BSK-Zirlick/Tagmann, Art. 29 KG N. 76.

120. Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 11; BSK-Mamane/Amberg, Art. 59 KG N. 5.

121. CR-Merkt/Metzger, Art. 59 KG N. 6.

122. BSK-Mamane/Amberg, Art. 59 KG N. 9; BSK-Nüesch, Art. 59 KG N. 5; CR-Merkt/Metzger, Art. 59 KG N. 9. Im Gegensatz dazu bedingt die einvernehmliche Regelung unter Art. 29 KG der Schriftform, Dike Kommentar-Beuret, Art. 29 KG N. 26; CR-Ducrey/Carron, Art. 29 KG N. 20.

Rechtssicherheit diese einvernehmliche Regelung grundsätzlich schriftlich erfolgen und publiziert werden.

- 9 Zum **Inhalt** äussert sich Art. 59 KG nur insoweit, dass die einvernehmliche Regelung den Zweck verfolgt, die Unvereinbarkeit zu beseitigen, wodurch mögliche Retorsionsmassnahmen gegenüber der Schweiz verhindert werden sollen. Demnach muss in der einvernehmlichen Regelung der materielle Gehalt der in Frage stehenden Wettbewerbsvorschrift des internationalen Abkommens berücksichtigt werden.¹²³ Dies dient generell dem übergeordneten Ziel, die Durchsetzung internationaler Verpflichtungen im Bereich Wettbewerbsrecht zu garantieren.¹²⁴
- 10 Ob und inwieweit von einer einvernehmlichen Regelung Gebrauch gemacht wird, dürfte u.a. davon abhängen, wie das Fristenregime des in Frage stehenden internationalen Abkommens ausgestaltet ist. Zudem ist auch die Kooperationswilligkeit der anderen Vertragsparteien bezüglich der Verhandlung einer einvernehmlichen Regelung mit den Betroffenen entscheidend.¹²⁵

B. Erforderliche Massnahmen (Abs. 2)

- 11 Liegt eine **Dringlichkeit** vor, d.h. kann eine einvernehmliche Regelung nicht rechtzeitig erlassen werden und **drohen konkrete Retorsionsmassnahmen**, kann das WBF gemäss Art. 59 Abs. 2 KG im Einvernehmen mit dem EDA Massnahmen verfügen, die zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung erforderlich sind. Hierzu müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: (i) die im internationalen Abkommen vorgesehene Frist wird nicht eingehalten und (ii) der Schweiz drohen Retorsionsmassnahmen von den Vertragsparteien, die eine zeitgerechte Regelung verunmöglichen.¹²⁶ Diese Voraussetzungen sind **kumulativ** anzuwenden, d.h. es reicht nicht, wenn nur die förmliche Frist nicht eingehalten wird, aber keine Anhaltspunkte dahingehend bestehen, dass eine Vertragspartei Retorsionsmassnahmen initiieren wird. Umgekehrt bedeutet das auch, dass die kumulative Voraussetzung den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit gibt, den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung vorübergehend zu verweigern, um ihre Verhandlungsposition bis zur

123. Botschaft KG 1994, S. 624 f.; Botschaft KG 1981, S. 1368.

124. Botschaft KG 1994, S. 624.

125. CR-Merkt/Metzger, Art. 59 KG N. 24.

126. BSK-Nüesch, Art. 59 KG N. 6.

potentiellen Konkretisierung der Retorsionsmassnahmen zu stärken.¹²⁷ Gemäss Art. 59 Abs. 2 KG liegt es im Ermessen des WBF – wiederum im Einvernehmen mit dem EDA – zu beurteilen, welche Massnahme es für erforderlich hält, um die Unvereinbarkeit aufzuheben.¹²⁸ Die Massnahme muss aber geeignet sein, um die Unvereinbarkeit zu beseitigen und den Konflikt zu lösen.¹²⁹ Demnach kann nicht jede beliebige Massnahme erlassen werden, sondern nur solche, die zur Beseitigung einer Unvereinbarkeit erforderlich sind und allfällige Schutzmassnahmen (beispielsweise die Aussetzung von Handelszugeständnissen) der Vertragspartei abwenden können.¹³⁰ Es gilt zu präzisieren, dass auch wenn Art. 58 und 59 KG ein eigenes Verfahren vorsehen, das sich vom ordentlichen Verfahren unterscheidet, in der Praxis dieselben Massnahmen wie unter Art. 30 KG verwendet werden.¹³¹

IV. VERHÄLTNIS ZWISCHEN ABS. 1 UND ABS. 2

Da es sich bei Art. 59 Abs. 1 KG um eine «Kann-Vorschrift» handelt, besteht 12 keine Pflicht zur Beseitigung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens durch eine einvernehmliche Regelung.¹³² Wenn eine einvernehmliche Regelung nicht rechtzeitig abgeschlossen oder der Schweiz Retorsionsmassnahmen von der Vertragspartei drohen, kann das WBF im Einvernehmen mit dem EDA die erforderlichen Massnahmen ergreifen, die zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig sind (Art. 59 Abs. 2 KG).¹³³ Daraus ist abzuleiten, dass die einvernehmliche Regelung gemäss Art. 59 Abs. 1 KG generell **Vorrang** vor den Massnahmen im Sinne von Art. 59 Abs. 2 KG geniesst.¹³⁴ Dies ergibt sich auch aus der Botschaft KG 1994, wonach Abs. 2 tatsächlich nur dann Anwendung findet, wenn eine zeitliche Dringlichkeit besteht, die anderweitige Schutzmassnahmen bedarf, um die Situation in Schach zu halten.¹³⁵

127. BSK-Mamane/Amberg, Art. 59 KG N. 8.

128. Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 17; CR-Merkt/Metzger, Art. 59 KG N. 20.

129. Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 17; CR-Merkt/Metzger, Art. 59 KG N. 20.

130. Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 17; CR-Merkt/Metzger, Art. 59 KG N. 20; BSK-Nüesch, Art. 59 KG N. 6.

131. CR-Ducrey/Carron, Art. 30 KG N. 7; CR-Merkt/Metzger, Art. 59 KG N. 20.

132. Vgl. Botschaft KG 1981, S. 1368; Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 14.

133. Sturny, S. 39.

134. Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 15.

V. VERFAHRENSRECHTLICHE VORSCHRIFTEN

- 13 Auf das Verfahren des WBF sind gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. a VwVG die Bestimmungen des VwVG anzuwenden.¹³⁶ Bei der vom WBF erlassenen Verfügung handelt es sich um eine förmliche Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG.¹³⁷ Gemäss Art. 33 lit. d VGG kann diese mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.¹³⁸

MATERIALIEN

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl 1981 S. 1293 (zit. Botschaft KG 1981).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I S. 468 (zit. Botschaft KG 1994).

LITERATURVERZEICHNIS

Baldi Marino, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG), in: Zäch Roger (Hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern et al. 1989, 279–308.

Beuret Carla, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Beuret).

Borer Jürg, Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK-Borer).

Drolshammer Jens Ivar, Wettbewerbsrecht: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1996.

135. Botschaft KG 1994, S. 625.

136. Kommentar KG-Ducrey, Art. 59 KG N. 5; BSK-Nüesch, Art. 59 KG N. 8; SHK-Reinert, Art. 59 KG N. 4.

137. Botschaft KG 1994, S. 525; BSK-Mamane/Amberg, Art. 59 KG N. 9; CR-Merkt/Metzger, Art. 59 KG N. 30.

138. Dike Kommentar-Freund, Art. 59 KG N. 23; BSK-Mamane/Amberg, Art. 59 KG N. 10; SHK-Reinert, Art. 59 KG N. 5.

Ducrey Patrik, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Kommentar KG-Ducrey).

Ducrey Patrik/Carron Benoît, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Ducrey/Carron).

Freund Benedikt, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Freund).

Mamane David/Amberg Karin, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Mamane/Amberg).

Merkt Benoît/Metzger Philippe, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Merkt/Metzger).

Nüesch Sabina, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK-Nüesch).

Reinert Peter, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Baker & McKinzey (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Zürich 2007 (zit. SHK-Reinert).

Schürmann Leo, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Schürmann Leo/Schluep Walter (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz (KG + PüG), Zürich 1988 (zit. OFK-Schürmann).

Sturny Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Bern 2013.

Zirlick Beat/Tagmann Christoph, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Zirlick/Tagmann).