



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 59 KG

Eine Kommentierung von Anne Mirjam Schneuwly / Giulia Sonderegger

Herausgegeben von Patrick L. Krauskopf

Stand der Bearbeitung: 30.06.2023

PDF erstellt am: 06.10.2026

DOI: 10.17176/20230630-094738-0

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	3
II. Identifikation der Unvereinbarkeit	3
III. Handlungsmöglichkeiten	4
A. Einvernehmliche Regelung (Abs. 1)	4
B. Erforderliche Massnahmen (Abs. 2)	5
IV. Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2	5
V. Verfahrensrechtliche Vorschriften	6
Materialien	6
Literaturverzeichnis	6

I. EINLEITUNG

- 1 Während Art. 58 KG die Bestimmungen bezüglich der Zuständigkeit und des Verfahrens zur Sachverhaltsfeststellung regelt,¹ 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 einvernehmliche Regelung im Sinne von Abs. 1 beseitigt werden oder, wenn eine einvernehmliche 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

- 2 Zur Anwendbarkeit von Art. 59 KG ist in einem ersten Schritt abzuklären, ob 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.² «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 EFTAV 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.³ 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.⁴
- 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).⁵ Konkret müssen die zuständigen Gremien eruieren, ob eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Abkommens gegeben und die Beschränkung mit dem Abkommen unvereinbar ist.⁶ 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.⁷
- 4 Wird durch die zuständigen Gremien eine Unvereinbarkeit mit dem internationalen Abkommen identifiziert,⁸ obliegt es sodann den schweizerischen Behörden zu prüfen, **ob und mit welchen**

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

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

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

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

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

6. Botschaft KG 1994, S. 625.

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

8. Botschaft KG 1994, S. 624 f.

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.⁹ Nach der Feststellung der Unvereinbarkeit durch die im internationalen Abkommen vorgesehenen Gremien findet somit eine Verlagerung der Kompetenzen von den Gremien zum WBF statt.

III. HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN

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

A. Einvernehmliche Regelung (Abs. 1)

- 6 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.¹⁰
- 7 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.¹¹ Die Begriffsauslegung von «Beteiligten» ergibt sich daraus, dass auch nur diese Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung beseitigen können.¹² Ein Teil der Lehre vertritt aber die Meinung, dass die durch das wettbewerbsbeschränkende Verhalten geschädigten Parteien ebenfalls als Beteiligte zu erachten sind.¹³
- 8 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.¹⁴ Auch wenn aus politischen Gründen allenfalls nachvollziehbar sein kann, dass eine Formvorschrift die Verhandlungen behindern könnte, sollte zur 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.¹⁵ Dies dient generell dem übergeordneten Ziel, die Durchsetzung internationaler Verpflichtungen im Bereich Wettbewerbsrecht zu garantieren.¹⁶
- 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.

9. OFK-Schürmann, S. 759 f.

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

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

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

13. CR-Merkel/Metzger, Art. 59 KG N. 6.

14. BSK-Mamane/Amberg, Art. 59 KG N. 9; BSK-Nüesch, Art. 59 KG N. 5; CR-Merkel/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.

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

16. Botschaft KG 1994, S. 624.

Zudem ist auch die Kooperationswilligkeit der anderen Vertragsparteien bezüglich der Verhandlung einer einvernehmlichen Regelung mit den Betroffenen entscheidend.¹⁷

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.¹⁸ 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 potentiellen Konkretisierung der Retorsionsmassnahmen zu stärken.¹⁹ 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.²⁰ Die Massnahme muss aber geeignet sein, um die Unvereinbarkeit zu beseitigen und den Konflikt zu lösen.²¹ 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.²² 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.²³

IV. VERHÄLTNIS ZWISCHEN ABS. 1 UND ABS. 2

- 12 Da es sich bei Art. 59 Abs. 1 KG um eine «Kann-Vorschrift» handelt, besteht keine Pflicht zur Beseitigung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens durch eine einvernehmliche Regelung.²⁴ 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).²⁵ 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.²⁶ 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.²⁷

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

18. BSK-Nüesch, Art. 59 KG N. 6.

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

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

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

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

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

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

25. Sturny, S. 39.

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

27. Botschaft KG 1994, S. 625.

V. VERFAHRENSRECHTLICHE VORSCHRIFTEN

- 13 Auf das Verfahren des WBF sind gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. a VwVG die Bestimmungen des VwVG anzuwenden.²⁸ Bei der vom WBF erlassenen Verfügung handelt es sich um eine förmliche Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG.²⁹ Gemäss Art. 33 lit. d VGG kann diese mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.³⁰

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.

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).

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

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

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

Reinert Peter, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Baker & McKinze (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).