

# 瑞士反垄断法的发展

马瑟·科西勒\* 著

徐杭译

## 一、引言

竞争限制在瑞士的传统可谓悠久。私法上以卡特尔和其他类似协议的形式出现的竞争限制,以及源自国家层面的调控直到不久以前仍被认为基本上具有正面作用<sup>①</sup>。所以今日的瑞士为保护经济竞争所出台的、基本与国际标准相吻合的竞争法律规范,反而有点出乎人们的意料<sup>②</sup>。现行的瑞士反垄断法于1996年才开始生效,其实施中的一个重要元素,即对严重妨碍竞争行为的直接处罚直到2003年才通过对该法的修改而被引入,并于2004年4月1日正式生效。

经济竞争的意义在传统自由党派的代表心目中的地位之低,自有关政治论争可窥一斑。保护主义在瑞士农业中始终占有主导地位,而其他产业也时不时地会传出要求实行准入限制或要求采取其他措施来排除“毁灭性的”或“有害的”竞争的呼声。直至最近,一个隶属于瑞士国会的委员会还以对相关

---

\* Marcel K uchler, 瑞士苏黎世州执业律师。

① Kellerhals Andreas: 《华盛顿、布鲁塞尔、伯尔尼与北京——论竞争在美国、欧盟、瑞士和中国的不同含义及其法律规范》(Washington, Brüssel, Bern, Beijing - Zur unterschiedlichen Bedeutung des Wettbewerbs und seiner rechtlichen Regelung in den USA, der EU, der Schweiz und in China), 苏黎世/巴登-巴登, 2006 (下文引为: Kellerhals), 第43页。

② Kellerhals, 第59页; Schluep Walter R.: 《论瑞士竞争法之特别性》( ber die Eigenarten des schweizerischen Wettbewerbsrechts), 《DACH系列, 统一的欧洲内部之竞争》(DACH, Wettbewerb im ungeteilten Europa), 维也纳, 1994, 第65页及以下(下文引为: Schluep, 《特别性》), 第74页; Schluep Walter R.: 《瑞士反垄断法发展脉络》(Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts), 《当代法律实践》(AJP)1996, 第795页及以下(下文引为: Schluep, 《发展脉络》), 第809页。

垄断的禁止可能导致“扭曲竞争的效果”为理由,而为有线网经营者在电视机机顶盒领域的垄断提供保护<sup>③</sup>。尽管竞争作为一项原则一般会得到支持,但在个案中往往不敌其他利益。

下文将就瑞士反垄断法的发展历史做一个回顾。尽管瑞士政府与法院较早就与卡特尔<sup>④</sup>打过交道,而宪法中反垄断法的基础也早在1947年就已铺就,但今日瑞士的竞争法规范从最初起算经历了超过百年的时间才得以形成,对于导致这一缓慢发展过程的原因,本文也将进行探究。

## 二、历史出发点

### (一) 引 论

竞争<sup>⑤</sup>与商人和经营者以固定商品价格和数量为目的或试图垄断原材料与产品的联合<sup>⑥</sup>自人类文明的初期就已出现。而以禁止或以其他的“国家”干预形式出现的,意图打破这种联合与垄断的尝试也具有同样漫长的历史<sup>⑦</sup>。在这一进程中,时常出现反复现象也是可以令人理解的。瑞士反垄断法发展的一大特点就是其于二战后与欧洲反垄断法发展的脱钩。

### (二) 瑞士联邦建立前的发展

1848年瑞士联邦建立前在今日瑞士地域上的经济组织深受行会规章与政

<sup>③</sup> 苏黎世新报在线版,2008年5月20日(<http://www.nzz.ch>)。

<sup>④</sup> 早在1864年,苏黎世州的火柴垄断就被解除(参见“瑞士联邦国民经济部价格形成委员会”*Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements*):《瑞士境内的垄断与竞争》(*Kartell und Wettbewerb in der Schweiz*),第二版,伯尔尼,1957(下文引为:价格形成委员会),第108页及以下;瑞士联邦法院于1896年第一次接触与联合抵制有关的垄断(《联邦法院案件集》(BGE),22 175;《瑞士1995年10月6日反垄断法及相关条例评论》(*Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen*),苏黎世,1996/1997, *Homburger, Eric et al.* 编(下文引为KG-作者),KG-Schmidhauser,《导论》,N. 2)

<sup>⑤</sup> *Merz Hans*:《瑞士反垄断法——基础与主要问题》(*Das schweizerische Kartellgesetz, Grundlagen und Hauptprobleme*),伯尔尼,1967(下文引为:Merz),第3页。

<sup>⑥</sup> *Gith Rainer*:《欧洲反垄断法的产生》(*Die Entstehung des europäischen Kartellrechts*),明斯特,2003(下文引为:Gith),第17页。

<sup>⑦</sup> 对此可参见《历史简述》,价格形成委员会,第108页及以下。

府法规的影响<sup>⑧</sup>。这种通过中世纪的行会(Zunft)和同业公会(Gilde,手工业者与商人的行业团体)所实现的对手工业以及商业加以组织的愿望,亦即行会精神即使在19世纪尚存在巨大影响<sup>⑨</sup>。尽管这种陈旧的垄断组织在资产阶级革命以及瑞士联邦建立的过程中被废除了<sup>⑩</sup>,但很快又被私人经济组织打着保护个人商业与营业自由的口号所代替。与此同时,地方上残存的制约卡特尔及其他经济联合组织的规范也被1874年的联邦宪法所废除。<sup>⑪</sup>

### (三) 1874年瑞士联邦宪法中的商业与营业自由

主流观点认为,1874年联邦宪法中规定的商业与营业自由并不是一般性的针对竞争限制,而只是防止来自国家的干预<sup>⑫</sup>。它建立起的是一个独立于国家的、私法自治的经济秩序,而不是一个以竞争为本的经济秩序,这一经济秩序正是基于商业与营业自由,允许卡特尔以及其他私法上的竞争限制的存在<sup>⑬</sup>。商业与营业自由本身就包括了不需要竞争的自由<sup>⑭</sup>。通过与结社自由的联系,市场参与者可以不受限制的组织联合会(Verbände)以及缔结卡特尔。但尽管存在如此优越的条件,卡特尔的形成最初却十分缓慢。为调查瑞士境内价格关系的而设立的“价格形成委员会”<sup>⑮</sup>于1957年得出以下结论:“……(卡特尔)大多是出现于经济困顿的时期。”<sup>⑯</sup>

### (四) 第一次世界大战时期卡特尔的增多

经济动荡与一战初期企业的“收益之忧”导致了卡特尔数量的剧增。价格

<sup>⑧</sup> Merz,第3页;Schluep,《特别性》,第66页及后页;Schluep,《发展脉络》,第797页。

<sup>⑨</sup> 价格形成委员会,第110页。

<sup>⑩</sup> 《联邦参议院于1937年9月10日向国民院提交的关于部分修改联邦宪法中经济条款的通告》,《联邦公报》(BBl)1937 II,第833页及以下(下文引为:1937年通告)。

<sup>⑪</sup> 价格形成委员会,第110页及以下。

<sup>⑫</sup> 比较下文脚注<sup>⑬</sup>;《1937年通告》,第857页及后页、第864页;Kellerhals,第47页及后页。

<sup>⑬</sup> 《1937年通告》,第849页及后页、第865页;价格形成委员会,第43页;Schluep,《发展脉络》,第797页及后页。

<sup>⑭</sup> Schluep,《特别性》,第67页。

<sup>⑮</sup> 请参见下文第三部分(二)。

<sup>⑯</sup> 价格形成委员会,第111页。

形成委员会从而得出以下结论：“卡特尔的诞生更多的是源自毁灭性的竞争对某些行业及职业所带来的沉重的生存忧虑，而非对‘垄断利益的追求’。”<sup>①⑦</sup>这些卡特尔在一战后得以保留。战争所导致的经济萧条，以及这一时期社会与技术的发展，使得当时很难确认，哪些卡特尔的问题是由当时的经济形势所造成的，而哪些则应归因于社会与技术的发展。<sup>①⑧</sup>

### （五）瑞士卡特尔的发展

联邦为避国家干预之嫌而将一定的公共任务，如战争期间的救助与修复工作、医疗保险与失业保险以及职业培训等，交给联合会以及卡特尔，并给予补贴，从而承认并巩固了它们的地位<sup>①⑨</sup>。相对于国家直接干预，人们更倾向于在联合会中进行自愿沟通<sup>②⑩</sup>。但这样却使得这些联合会对于国家而言不可或缺，并在某种意义上甚至成了国家结构的一部分，从而导致以下几乎可谓自相矛盾的结果：相较于联邦而言，在联合会层面上进行的调控与限制的程度反而更大，因为它们的行为不同于联邦，不必受限于政治性制约<sup>②⑪</sup>。在某一时期，甚至讨论过给予联合会中的约定与决议对所涉职业团体普遍约束力的可能性<sup>②⑫</sup>。这样几乎就使得垄断协议可得到国家的认可。

当时人们并非没有意识到以联合会为主的经济组织形式所带来的问题，但他们更不愿意放弃由联合会在国家行为框架内进行活动所带来的好处。

### （六）二战后与欧洲相关发展的脱钩

尽管二战前欧洲其他地区的经济也存在高度垄断化的情况，但战后衰败

①⑦ 价格形成委员会，第 111 页。

①⑧ 《1937 年通告》，第 834 页及以下；Merz，第 5 页及以下。

①⑨ 《1937 年通告》，第 850 页。

②⑩ 《1937 年通告》，第 855 页及后页。

②⑪ 关于近代以放宽管制(Deregulierung)或自我管制(Selbstregulierung)以及管制任务向私人移转的名义进行的类似发展可以参见 Forstmoser Peter:《变革中的经济法——四十年来的经验》(Wirtschaftsrecht im Wandel, Erfahrungen aus vier Jahrzehnten),载《瑞士法学家报》(SJZ)2008,第 136 页。

②⑫ 《1937 年通告》，第 852 页；除了集体劳动合同所具有的一般约束性，并未再对这方面的可能性进行进一步的讨论(《1937 年通告》，第 854 页)。

的德国经济乃至欧洲经济于美国指导下在自由竞争市场经济体系上得以重建。作为该经济体系组成部分的欧洲反垄断立法就以美国反垄断法为蓝本,从而颇具成效<sup>⑳</sup>。因为瑞士并未卷入战争,而经济也未受冲击,从而没有参与这次经济政策变革,而是独立地继续其于战前就开始的关于建立瑞士新经济规范秩序的讨论<sup>㉑</sup>。因此相对于保护竞争机制以及确保资源的有效分配而言,瑞士竞争法则更为强调其对人格权保护的重视。无论是瑞士联邦法院直至 20 世纪 60 年代关于“联合抵制(Boycott)”的判决,还是在反垄断法立法框架内的政策讨论都没有继受美国或欧洲竞争法规范的痕迹。<sup>㉒</sup>

直至最近一段时期,瑞士在欧洲乃至国际相关发展的影响之下也开始了向重视竞争的经济政策的转变。因此如今瑞士竞争法所追求的目标已经成了维护对符合消费者以及国民经济利益的、富有效率的有效竞争,而不再仅仅是保护个体人格权。<sup>㉓</sup>

### 三、今日反垄断法形成之步骤

#### (一) 瑞士联邦法院早期关于垄断的判决

与德国相似,瑞士对于卡特尔及垄断的讨论曾经是围绕着民法是否允许联合抵制这个问题展开的。这一讨论在瑞士主要在联邦法院的判决中得以体现<sup>㉔</sup>: 1896 年第一个相关判决涉及一个以低于面包师与磨坊主联合会所确定的面包价格进行销售,从而被从属于该联合会的磨坊拒绝继续供应面粉的面包师<sup>㉕</sup>。该面包师因此无法获取其面包房运营所需要的面粉。联邦法院首先

<sup>⑳</sup> Gith, 第 21 页和第 56 页及后页; Kellerhals, 第 22 页及以下; Woll Udo: 《欧洲内部反垄断法之趋同》(Konvergenz der Kartellgesetze in Europa), 巴登-巴登, 2002 (下文引为: Woll), 第 42 页及后页、第 52 页及后页。

<sup>㉑</sup> 参见下文第三部分(三)。

<sup>㉒</sup> 参见《联邦法院案件集》1986 II, 370; Kellerhals, 第 86 页。

<sup>㉓</sup> Bohrer Jürg: 《反垄断法》(Kartellgesetz), 苏黎世, 2005 (下文引为: Bohrer), 《导论》N1 及 N3; Kellerhals, 第 87 页。

<sup>㉔</sup> Schlupe, 《特别性》, 第 71 页; Zäch Roger: 《瑞士反垄断法》(Schweizerisches Kartellrecht), 伯尔尼, 2005 (下文引为: Zäch), N. 123。

<sup>㉕</sup> 《联邦法院案件集》22, 第 176 页及后页。

确认,一个行业成员间关于如何对该行业进行运营,以及在自愿基础上对最低价格的限定本身既不违背善良风俗,也不与一般法律规范相抵触。与此同时,每个供货商原则上也可自由决定他是否以及为谁供货。但在另一方面,法律规范也承认每个人都拥有自由营业的人格权利。联合会因为禁止其所有成员对该面包师供货,从而侵害了其作为经营者的人格权。<sup>②</sup>

直至 70 年代初期,瑞士司法判决都以此为主线<sup>③</sup>。甚至有害的卡特尔也一直可以以商业与营业自由以及合同自由为名为自己开脱:“在法律的框架内,每个人都有权据其所好进行经济行为,即使该行为可能与他人的,乃至于公众的利益相抵触。法官不可进行干预,因为瑞士法律是建立在私有经济和结社自由的基础之上,否则将不可谓之为司法,而是国家对经济的调控。”<sup>④</sup>总而言之,联合抵制因为可能侵害被抵制人的商业及营业自由,因此如果该抵制并非“显而易见的、主要的”旨在维护“公众利益”,而该“公众利益”亦不能通过其他方式得以保护,则这一抵制原则上应被视作违法。<sup>⑤</sup>

## (二) 价格形成委员会

一战结束后,在战争期间飞涨的物价却依然居于高位,因此瑞士政府于 1926 年设立了“调查瑞士价格关系委员会(Kommission zur Prüfung der schweizerischen Preisverhältnisse)”,亦即“价格形成委员会”。该委员会不拥有任何处罚权,其权能主要限于调查基础食品领域的价格形成情况。该委员会于 1936 年被赋予了一个额外任务,即负责调查瑞士境内的卡特尔情况,其相关的总结报告却直至 1957 年才得以发表。<sup>⑥</sup>

价格形成委员会找到了为数众多的横向及纵向的竞争限制,并在其报告

<sup>②</sup> 《联邦法院案件集》22,第 183 页及以下;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 2 及其后;Zäch,N. 123,145 及其后。

<sup>③</sup> 《联邦法院案件集》1986 II,第 374 页附有联邦法院所有工作范围的概览;Bohrer,《导论》N. 5;Schluop,《发展脉络》,第 798 页及后页;Zäch,N. 145 及以下。

<sup>④</sup> 《联邦法院案件集》1986 II,第 370 页;Zäch,N. 123。

<sup>⑤</sup> 《联邦法院案件集》1986 II,第 377 页及后页;Merz,第 16 页及后页;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 6。

<sup>⑥</sup> Kellerhals,第 44 页及后页;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 12;Merz,第 18 页及后页;价格形成委员会,第 11 页及后页、第 26 页及后页、第 42 页及后页;Woll,第 39 页及后页。

中得出以下结论：瑞士经济已在很大程度上为卡特尔所“控制”；瑞士属于世界上“卡特尔密集度最高”的国家<sup>④</sup>。因此该委员会建议制定一部(温和的)反垄断法,以打击那些最严重的私人竞争限制<sup>⑤</sup>。如联邦法院关于联合抵制的判决,其焦点并未落在保护竞争制度以及资源在经济意义的有效配置上,而是在于保障个人在某一特定团体内部已达成协议,集体放弃进行竞争的情况下,仍然可以开展竞争的可能性。竞争政策的目标应在于保障“所有愿意参与竞争的个体在法律与习俗的框架之下进行真实竞争的可能性,亦即基于本人的能力以获得竞争的胜利”。<sup>⑥</sup>

### (三) 反垄断的宪法基础

同样在二战前,瑞士政府在1937年向国会提交了一份旨在建立经济新秩序的宪法修正案草案。但由于修改宪法所必需的全民公决未能在二战前进行,该修正案直至二战结束后才得以通过。<sup>⑦</sup>

该修正案赋予了联邦可以偏离商业与营业自由,“制定排除卡特尔以及类似组织对国民经济或社会所产生有害影响的规定”之权能<sup>⑧</sup>。但对上述规定的框架,即制定一部反垄断法却并未提及。唯一可以肯定的是,相关条款并不旨在限制或禁止卡特尔本身,而是旨在排除对卡特尔的滥用<sup>⑨</sup>。从上述行文可清楚地看出,该经济新秩序原则上并不准备改变自由主义原则,而这一自由也包括了在私法自治基础上对竞争进行限制的自由。<sup>⑩</sup>

一个于1955年提交的要求修改上述反垄断法宪法基础的公民动议案

<sup>④</sup> Merz,第5页及后页;价格形成委员会,第51页及后页。

<sup>⑤</sup> Kellerhals,第47页;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 13;价格形成委员会,第150页。

<sup>⑥</sup> Bohrer,《导论》,N. 6;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 14;价格形成委员会,第161页。

<sup>⑦</sup> 《1945年通告》,第905页及后页;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 8。

<sup>⑧</sup> 《联邦参议院于1945年8月3日向国民院提交的关于修改联邦宪法中经济条款的补充通告》,《联邦公报》1945 I,第905页及以下(下文引为:《1945年通告》),第932页;Merz,第19页及后页;Woll,第40页及第48页。

<sup>⑨</sup> 《1937年通告》,第889页;价格形成委员会,第43页;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 10。

<sup>⑩</sup> Schlupe,《特别性》,第68页;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 10。

(Volksinitiative)未能通过 1958 年的全民公决<sup>④</sup>。对该动议案中禁止卡特尔的反理由在于,该类禁止与从经济中自发产生的市场关系的发展以及长久以来的法律实践间存在矛盾,卡特尔的形成作为现代经济秩序重要的组成要素,一如其他机制,在具有优点的同时当然也拥有一定的缺点<sup>⑤</sup>。综上所述,50 年代的瑞士并不具备进行有效竞争的成熟环境。

#### (四) 1962 年反垄断法

尽管如此,上述讨论最终推动了反垄断法的制定<sup>⑥</sup>。这部于 1962 年颁布的反垄断法,与联邦法院判决、宪法基础以及价格形成委员会报告相一致,仍然是着重强调民法上对私人进行经济活动自由的保障<sup>⑦</sup>。该法律原本至少应保障那些希望开展竞争之人能够进行竞争<sup>⑧</sup>,但因为该法中所规定的众多例外事由,使得这类请求权只停留于形式,很难在实践中得以贯彻。<sup>⑨</sup>

作为 1962 年反垄断法上行政管理机构的反垄断委员会负责调查某些特定的卡特尔对社会以及国民经济是否会产生不利影响。该委员会为此发展了所谓“余额法(Saldomethode)”:即首先对卡特尔的每一具体效果进行评价、权衡及确认,随后通过将这些效果进行叠加来确定卡特尔的不利影响。但因为在分析过程中,不但要考虑经济影响,还涉及文化乃至社会政策影响,从而再次导致了几乎无可计数的开脱理由。(对此现象,以下例子讽刺得颇为贴切:“尽管在啤酒市场上不存在竞争,但啤酒味道不错而且价格还便宜。”)除此之外,反垄断委员会也不具备有效的处罚手段。<sup>⑩</sup>

<sup>④</sup> KG-Schmidhauser,《导论》,N. 16 及 19;Merz,第 20 页及后页;Schluep,《发展脉络》,第 800 页;Woll,第 60 页及后页。

<sup>⑤</sup> KG-Schmidhauser,《导论》,N. 17;Schluep,《发展脉络》,第 800 页。

<sup>⑥</sup> Merz,第 21 页及后页。

<sup>⑦</sup> KG-Schmidhauser,《导论》,N. 21 及其后、N. 27;Schluep,《发展脉络》,第 796 页;Woll,第 64 页及后页。

<sup>⑧</sup> Schluep,《特别性》,第 71 页;Zäch,N. 152。

<sup>⑨</sup> Bohrer,《导论》,N. 6;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 22 及 24;Merz,第 22 页及后页;Schluep,《特别性》,第 72 页;Schluep,《发展脉络》,第 800 页及后页;Zäch,N. 153、157 及以下。

<sup>⑩</sup> Bohrer,《导论》,N. 7;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 29 及其后;Schluep,《特别性》,第 72 页;Schluep,《发展脉络》,第 801 页;Zäch,N. 160 及以下。

### (五) 1985 年反垄断法

出于上述原因,早在 1971 年就出现了要求在反垄断法中增加更为有效调控手段的建议<sup>④</sup>。瑞士国会于 1985 年终于在反垄断委员会制定的法律草案以及 1984 年旨在禁止某些特定卡特尔的公民动议案的基础上颁布了修订后的反垄断法<sup>⑤</sup>。

这部新垄断法较之 1962 年反垄断法,更为强调竞争的重要性。特别从行政法性质的规定中可以看出,该法力图消除对有效竞争的妨碍。但这一点在实践中却迟迟未能得以贯彻。在草案中有所规定的合并监管出于宪法上的顾虑最终未被采纳。<sup>⑥</sup>

### (六) 1995 年反垄断法

贸易的国际化与全球化以及 80 年代国家逐步减少对贸易的限制也对瑞士国内经济产生了影响。这种影响首先体现在出现了越来越多从事全球化经营的企业以及国家间日益增强的吸引投资的竞争。上述变化使得瑞士向来十分自由的对外经济政策与依然深受竞争限制影响的国内经济之间的矛盾更趋尖锐<sup>⑦</sup>。而来自国际组织,如经济合作与发展组织(OECD)关于瑞士竞争限制情况以及高物价水平的报告也一同推动了瑞士政界与经济界转换了思维。<sup>⑧</sup>

这一推动力同时也来源于 90 年代初就瑞士和欧盟的关系以及瑞士融入欧洲市场等问题的广泛讨论。尽管(或者说正是因为)瑞士于 1992 年拒绝加入欧洲经济区(Europäischer Wirtschaftsraum, EWR),许多立法项目被从原先为加入欧洲经济区而准备的一揽子立法计划中独立抽离出来,并以“重振瑞士经济”为名得以贯彻实施。这些项目中也包括了对当时反垄断法的修订,通

<sup>④</sup> KG-Schmidhauser,《导论》,N. 35。

<sup>⑤</sup> KG-Schmidhauser,《导论》,N. 31 及以下、N. 35。

<sup>⑥</sup> Bohrer,《导论》,N. 8;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 38 及以下、N. 51 及以下;Schluep,《特别性》,第 72 页及后页;Schluep,《发展脉络》,第 803 页及后页;Zäch, N. 152 及 165。

<sup>⑦</sup> Merz,第 6 页及后页;KG-Schmidhauser,《导论》,N. 49。

<sup>⑧</sup> KG-Schmidhauser,《导论》,N. 50。

过该修订诞生了至今仍然有效的 1995 年反垄断法。<sup>⑤③</sup>

尽管 1995 年反垄断法立法说明中仍然坚持原先的立场,即 1947 年宪法并不允许对垄断采取普遍性禁止<sup>⑤④</sup>,但已不再将竞争仅仅视为一个关于个人进行营业活动的私法权利,而是将其作为一个对国民经济具有有效用的机制:如果垄断协议导致在某一特定市场中不能产生有效竞争,则可以得出如下结论,即该协议将导致国民经济效率的降低并损害消费者利益<sup>⑤⑤</sup>。同时通过引入推定要件(Vermutungstatbestände),也就是通过推定(从而也可被推翻)价格协议、地域协议或数量协议排除了有效竞争,来达到宪法所不允许的对垄断的普遍性禁止与反垄断法有效执行之间的平衡。而其他一些并没有排除有效竞争的竞争协议,则可以出于经济效率方面的考虑得到支持。<sup>⑤⑥</sup>

将允许竞争限制存在的理由局限于经济效率的考虑则表明了另一大转变:之前瑞士反垄断法允许采纳来自各个社会领域的理由为竞争限制辩护,而 1995 年反垄断法只允许采纳经济方面的原因。既然当垄断协议对经济有不利影响时(导致经济效率降低)应当被禁止,则同时也意味着,应当允许那些在具体个案中能够提高经济效率的垄断协议继续存在。<sup>⑤⑦</sup>

这部新反垄断法的制定耗时之短颇出乎人们意料:自 1993 年的初稿到最终国会讨论通过只用了两年时间<sup>⑤⑧</sup>。尽管通过此次修订,瑞士反垄断法从内容上看,向欧洲反垄断法大幅靠近,但并未出现明显反对该修改的呼声。<sup>⑤⑨</sup>此次引入的合并监管制度的合宪性也没有引起过多的讨论,而这个问题之前却总是争论的焦点<sup>⑥⑩</sup>。唯一的争议产生于一条同样是基于宪法的规定,即反垄断委员会对首次违反反垄断法的行为只能进行确认,只有再次发生违法行为或该违法行为具有持续性时,才可对其进行处罚。

⑤③ Schlupe,《特别性》,第 68 页、第 73 页;Woll,第 136 页及以下。

⑤④ 《1994 年 11 月 23 日关于涉及垄断与其他竞争限制联邦法律(反垄断法)的通告》,载《联邦公报》1995 I,第 468 页(下文引为:《1994 年通告》),第 634 页。

⑤⑤ 《1994 年通告》,第 635 页。

⑤⑥ 《1994 年通告》,第 636 页;Schlupe,《特别性》,第 73 页及后页。

⑤⑦ Bohrer,《导论》,N. 10;Schlupe,《发展脉络》,第 806 页及后页;Zäch, N. 135。

⑤⑧ KG-Schmidhauser,《导论》,N. 56。

⑤⑨ KG-Schmidhauser,《导论》,N. 58。

⑥⑩ Zäch, N. 136。

## （七）2003 年之修改

2001 年瑞士联邦政府对 1995 年反垄断法的评价认为,该法几年来基本经受住了实践的考验<sup>①</sup>,所以对该法的实体部分无需进行修改,需要进行改进的只涉及程序以及预防部分。这次修改的重点在于引入对严重垄断协议以及严重市场地位滥用的直接处罚和对协助参与发现垄断行为的企业给予免于处罚的待遇(奖赏规定, Bonusregelung)。出于法律安定性的考虑,同时也作为对直接处罚与反垄断法宪法依据间冲突的修正<sup>②</sup>,企业可以在实施那些可能被禁止的行为之前,向反垄断管理部门进行报告。不同于之前其他欧洲国家的规定,一个经过事先报告的行为在瑞士尽管依旧可被禁止,但不会受到直接处罚。<sup>③</sup>

## 四、当今瑞士反垄断法之结构

### （一）违法的垄断协议

#### 1. 原则

因为宪法只规定可以制定目的在于“排除卡特尔以及类似组织对国民经济或社会所产生的有害影响”<sup>④</sup>的法规,所以瑞士反垄断法只禁止那些“对某些特定商品或服务在市场上的竞争造成严重损害且无法以经济效率为由给予豁免的,以及那些会导致排除有效竞争的”垄断协议。<sup>⑤</sup>

反垄断委员会可以通过制定条例(Verordnungen)和一般公告(allgemeine Bekanntmachung)的方式更改“个别种类的垄断协议因出于经济效率的考虑获得许可”而需要满足的前提条件<sup>⑥</sup>。这一权能曾被反垄断委员会在例如“关

<sup>①</sup> 《2001 年 11 月 7 日关于修改反垄断法的通告》,载《联邦公报》2002,第 2022 页(下文引为:《2001 年通告》),第 2027 页。

<sup>②</sup> 《2001 年通告》,第 2036 页。

<sup>③</sup> 《2001 年通告》,第 2023 页、第 2039 页;Zäch, N. 137 及其后。

<sup>④</sup> 《联邦宪法》第 96 条第 1 款。

<sup>⑤</sup> 《反垄断法》第 5 条第 1 款。

<sup>⑥</sup> 《反垄断法》第 6 条第 1 款。

于市场影响有限垄断协议的公告(KMU-Bekanntmachung)”<sup>⑥</sup>以及“关于纵向协议的垄断法处理的公告”<sup>⑦</sup>中予以运用。

当反垄断委员会认为某一限制竞争的行为非法时,它既可以向参与人建议以一定的方式与方法消除对竞争的限制,供当事人采纳,也可以直接对参与人采取措施以排除竞争限制。<sup>⑧</sup>

## 2. 价格协议、数量协议以及地域协议的禁止

价格协议、数量协议、地域协议<sup>⑨</sup>和“处于不同市场层次中企业间关于最低转售价格或固定转售价格的协议,以及经销合同中关于在一定地区中排除其他地区的经营人进行销售的地区分配协议”<sup>⑩</sup>均被推定为具有排除有效竞争的效果。尽管表述为推定,但却不能掩盖如下事实,即在具体案例中证明竞争协议没有排除有效竞争将是异常困难的。这在事实上构成了对这类协议本身的绝对禁止(per se-Verbot)。

反垄断委员会可以对参与该类协议的相关企业采取直接的处罚措施。<sup>⑪</sup>“如果企业协助发现并排除竞争限制,则可部分或全部免除其处罚”(即所谓奖励规定)<sup>⑫</sup>。“当企业在竞争限制得以实施之前予以报告的”<sup>⑬</sup>,该企业也可以免受处罚,但该豁免并不涉及对该限制竞争行为可能的禁止。

## (二) 滥用市场地位的禁止

瑞士反垄断法除了禁止非法的垄断协议外,还禁止占市场支配地位的企业非法行为。所谓非法的行为具体是指“该类企业通过滥用其市场地位阻碍其他企业开展以及进行竞争或损害其交易对象利益”的行为<sup>⑭</sup>。对这些行为

⑥ 《反垄断委员会 2005 年 12 月 19 日之决议》(载《联邦公报》2006,第 883 页及以下)。

⑦ 《反垄断委员会 2007 年 7 月 2 日之决议》(载《联邦公报》2007,第 7597 页及以下)。

⑧ 《反垄断法》第 29 条及后一条。

⑨ 《反垄断法》第 5 条第 1 款。

⑩ 《反垄断法》第 5 条第 4 款。

⑪ 《反垄断法》第 49a 条第 1 款。

⑫ 《反垄断法》第 49a 条第 2 款。

⑬ 《反垄断法》第 49a 条第 3 款。

⑭ 《反垄断法》第 7 条第 1 款。

同样可以直接进行处罚,当然也允许企业对之进行提前报告。<sup>⑥</sup>

### (三) 企业合并监管

瑞士反垄断法自 1995 年修改后,也拥有了有效地对企业合并进行监管的规定。根据该规定,当计划合并企业的销售额超过一定门槛时,其“关于合并的计划……应在其实施前向反垄断委员会进行报告”<sup>⑦</sup>。当反垄断委员会通过调查得出结论,该合并导致市场支配地位的形成或增强,但并不能在另一个市场上起到改善竞争的效果,则可对该合并不予批准或对其附加条件与义务<sup>⑧</sup>。

如果一项合并已经实施或一项已经实施的合并被禁止,则相关企业负有采取必要措施以恢复有效竞争的义务。相关企业既可以自愿提出有关这类措施的建议,也可以由反垄断委员会对该合并进行拆分或采取其他措施以恢复有效竞争。<sup>⑨</sup>

### (四) 程 序

#### 1. 民事程序

尽管今天的瑞士反垄断法与之前相比,很明显地将重点放在了行政性程序方面,但仍然确保个人可以“因为一个非法的限制竞争行为,开展或进行竞争受阻时”,在民事法庭要求排除或停止妨碍、损害赔偿以及侵权方交出可能的盈利。<sup>⑩</sup>但当涉及竞争限制是否合法的问题时,则应将其提交给反垄断委员会决定。<sup>⑪</sup>

#### 2. 行政程序

反垄断委员会的主要任务在于依职能或根据第三人的举报对限制竞争行为进行调查,<sup>⑫</sup>以及对企业合并进行审核<sup>⑬</sup>。反垄断委员会的裁定可由瑞士联

<sup>⑥</sup> 《反垄断法》第 49a 条第 1 款及第 3 款。

<sup>⑦</sup> 《反垄断法》第 9 条第 1 款。

<sup>⑧</sup> 《反垄断法》第 10 条第 2 款。

<sup>⑨</sup> 《反垄断法》第 37 条。

<sup>⑩</sup> 《反垄断法》第 12 条第 1 款。

<sup>⑪</sup> 《反垄断法》第 15 条第 1 款。

<sup>⑫</sup> 《反垄断法》第 26 条及以下。

<sup>⑬</sup> 《反垄断法》第 32 条及以下。

邦行政法院以及最终由联邦法院撤销。<sup>④</sup>

反垄断委员会的其他职能在于向政府提供建议、发表意见、鉴定以及提供公众信息。<sup>⑤</sup>

(史仲阳校)

---

<sup>④</sup> 《反垄断法》第 39 条结合行政程序法第 44 条及以下以及《联邦法院法》第 82 条及以下。

<sup>⑤</sup> 《反垄断法》第 45 条及以下。

**图书在版编目(CIP)数据**

域外中国法评论. 第1辑/卜元石主编. —上海: 上海  
人民出版社, 2009  
ISBN 978-7-208-08857-3

I. 域... II. 卜... III. 法律—中国—文集 IV. D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第169986号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 王小阳

**域外中国法评论**

(第一辑)2009

卜元石 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 21.25 插页 4 字数 323,000

2009年11月第1版 2009年11月第1次印刷

ISBN 978-7-208-08857-3/D·1598

定价 40.00 元

# 域外 中国法评论

(第一辑) 2009

卜元石 主编

# Die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung .....	2
II.	Die historische Ausgangslage.....	3
1.	Einleitung .....	3
2.	Entwicklung bis zur Gründung des Bundesstaates .....	3
3.	Die Handels- und Gewerbefreiheit in der schweizerischen Bundesverfassung von 1874 .....	4
4.	Zunahme der Kartelle um die Zeit des ersten Weltkrieges.....	4
5.	Konsolidierung der Kartelllandschaft Schweiz .....	5
6.	Entkoppelung von der europäischen Entwicklung nach dem zweiten Weltkrieg.....	6
III.	Stationen auf dem Weg zum heutigen Kartellrecht .....	6
1.	Kartelle in der frühen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts .....	6
2.	Die Preisbildungskommission .....	8
3.	Die kartellrechtliche Verfassungsgrundlage .....	8
4.	Das Kartellgesetz von 1962 .....	9
5.	Das Kartellgesetz von 1985 .....	10
6.	Das Kartellgesetz von 1995 .....	11
7.	Die Revision von 2003.....	13
IV.	Struktur des heutigen Schweizer Kartellrechts .....	13
1.	Unzulässige Wettbewerbsabreden .....	13
a)	Grundsatz .....	13
b)	«Verbot» von Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen.....	14
2.	Verbot des Marktmachtmissbrauchs.....	15
3.	Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen .....	15
4.	Verfahren .....	16
a)	Zivilrechtliches Verfahren .....	16
b)	Verwaltungsrechtliches Verfahren.....	16

Literatur: *Bohrer* Jürg: Kartellgesetz, Ausgabe 2005, Zürich 2005 (zit. *Bohrer*); *Botschaft* des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10. September 1937, BBl 1937 II 833 ff. (zit. *Botschaft* 1937); *Ergänzungsbotschaft* des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 3. August 1945, BBl 1945 I 905 ff. (zit. *Botschaft* 1945); *Botschaft* zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 (zit. *Botschaft* 1994); *Botschaft* über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002, 2022 (zit. *Botschaft*

2001); *Gith Rainer*: Die Entstehung des europäischen Kartellrechts, Münster 2003 (zit. Gith); *Homburger, Eric et al.* (Hrsg.): Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1996/1997 (zit. KG-Bearbeiter); *Kellerhals, Andreas*: Washington, Brüssel, Bern, Beijing – Zur unterschiedlichen Bedeutung des Wettbewerbs und seiner rechtlichen Regelung in den USA, der EU, der Schweiz und in China, Zürich/Baden-Baden 2006 (zit. Kellerhals); *Merz Hans*: Das schweizerische Kartellgesetz, Grundlagen und Hauptprobleme, Bern 1967 (zit. Merz); *Preisbildungskommission* des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements: Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 2. A., Bern 1957 (zit. Preisbildungskommission); *Schluep, Walter R.*: Über die Eigenarten des schweizerischen Wettbewerbsrechts, in: DACH, Wettbewerb im ungeteilten Europa, Wien 1994, S. 65 ff. (zit. Schluep, Eigenarten); *Schluep, Walter R.*: Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, in: AJP 1996, S. 795 ff. (zit. Schluep, Entwicklungslinien); *Woll Udo*: Konvergenz der Kartellgesetze in Europa, Baden-Baden 2002 (zit. Woll); *Zäch Roger*: Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005 (zit. Zäch).

## I. Einleitung

Selbstverständlich ist es nicht, dass die Schweiz den wirtschaftlichen Wettbewerb schützt. Wettbewerbsbeschränkungen haben in der Schweiz eine lange Tradition. Kartelle, aber auch staatliche Regulierungen wurden bis in jüngste Zeit als grundsätzlich positiv angesehen.<sup>12</sup> Das geltende Schweizer Kartellgesetz trat denn auch erst 1996 in Kraft, die Möglichkeit gravierende Wettbewerbsverstösse direkt zu sanktionieren, besteht gar erst seit der Revision im Jahr 2003.

Wie wenig der Grundgedanke des wirtschaftlichen Wettbewerbs gerade auch bei Vertretern bürgerlich-liberaler Parteien verankert ist, zeigt sich indes weiterhin in der politischen Auseinandersetzung. In der schweizerischen Landwirtschaft ist nach wie vor der Protektionismus vorherrschend und aus verschiedenen Gewerbekreisen werden regelmässig Zugangsbeschränkungen oder anderen Massnahmen zum Schutz vor «ruinösem» oder «schädlichem» Wettbewerb gefordert. Erst kürzlich hat eine Kommission des schweizerischen Parlaments das Monopol der Kabelnetzbetreiber im Bereich der TV-Set-Top-Boxen mit dem Argument geschützt, dessen Aufhebung hätte einen «wettbewerbsverzerrenden Effekt»<sup>3</sup>. Als Prinzip wird Wettbewerb zwar in der Regel unterstützt, im Einzelfall obsiegen häufig die Partikularinteressen.

---

<sup>1</sup> *Kellerhals*, S. 43.

<sup>2</sup> *Kellerhals*, S. 59; *Schluep*, Eigenarten, S. 74 f.; *Schluep*, Entwicklungslinien, S. 809.

<sup>3</sup> NZZ Online vom 20. Mai 2008 (<http://www.nzz.ch>).

Im Folgenden wird die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts nachgezeichnet. Von dessen Anfängen bis zur heutigen Wettbewerbsordnung dauerte es trotz einer frühen Beschäftigung der Schweizer Behörden und Gerichte mit Kartellen<sup>4</sup> und der Verankerung einer verfassungsrechtlichen Grundlage für ein Kartellgesetz bereits 1947 mehr als hundert Jahre. Weshalb diese Entwicklung so langsam verlief, wird ebenfalls Teil der Arbeit sein.

## II. Die historische Ausganglage

### 1. Einleitung

Seit den frühesten Anfängen menschlicher Zivilisation gibt es Wettbewerb<sup>5</sup> – und Zusammenschlüsse von Handels- und Gewerbetreibenden zum Zweck der Preis- und Mengenfestsetzung sowie Versuche, bestimmte Rohstoffe und Produkte zu monopolisieren.<sup>6</sup> Gerade so alt dürfte aber auch das Bestreben sein, solche Zusammenschlüsse und Monopole zu verhindern, sei es durch Verbote oder eine andere Art «staatlicher» Intervention.<sup>7</sup> Dass dabei die Entwicklung mal in die eine Richtung, mal in die andere Richtung ging, versteht sich von selbst. Charakteristisch für die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts ist die Entkoppelung von der Entwicklung im europäischen Umfeld nach dem zweiten Weltkrieg.

### 2. Entwicklung bis zur Gründung des Bundesstaates

Bis zur Gründung des schweizerischen Bundesstaates 1848 war die Organisation der Wirtschaft auf dem Gebiet der heutigen Schweiz durch Zunftordnungen und behördliche Vorschriften geprägt.<sup>8</sup> Dieser Zunftgeist, d.h. der Wunsch nach Organisation des Handels und Gewerbes wie dies durch mittelalterlichen die Zünfte und Gilden (die ständischen Körperschaften der Handwerker und Kaufleute) gewährleistet worden war, dominierte noch das 19. Jahrhundert.<sup>9</sup> Im Zuge der bürgerlichen Revolution und der

---

<sup>4</sup> Bereits 1864 wurde im Kanton Zürich ein Zündholzkartell aufgelöst (*Preisbildungskommission*, S. 111); das schweizerische Bundesgericht befasste sich erstmals 1896 mit Kartellen im Zusammenhang mit einem Boykott (BGE 22 175; *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 2).

<sup>5</sup> *Merz*, S. 3.

<sup>6</sup> *Gith*, S. 17.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu etwa die «historische Skizze» in *Preisbildungskommission*, S. 108 ff.

<sup>8</sup> *Merz*, S. 3; *Schluep*, *Eigenarten*, S. 66 f.; *Schluep*, *Entwicklungslinien*, S. 797.

<sup>9</sup> *Preisbildungskommission*, S. 110.

Gründung des schweizerischen Bundesstaates wurden zwar diese alten Monopolorganisationen abgeschafft,<sup>10</sup> doch wurden sie unter dem Schutz der individuell verstandenen Handels- und Gewerbefreiheit rasch durch private wirtschaftliche Vereinigungen ersetzt. Zugleich wurden mit der Bundesverfassung von 1874 die verbleibenden kantonalen Schranken gegen Kartelle und andere wirtschaftliche Verbandsorganisationen ausser Kraft gesetzt.<sup>11</sup>

### **3. Die Handels- und Gewerbefreiheit in der schweizerischen Bundesverfassung von 1874**

Nach vorherrschender Meinung schützte die in der Bundesverfassung von 1874 verankerte Handels- und Gewerbefreiheit nicht generell vor Beschränkungen, sondern nur vor Eingriffen des Staates.<sup>12</sup> Diese etablierte damit nicht einen Wirtschaftsordnung des Wettbewerbs, sondern eine vom Staat unabhängige, privatautonome Wirtschaftsordnung, in der gerade aufgrund der Handels- und Gewerbefreiheit Kartelle und andere private Wettbewerbsbeschränkungen zulässig waren.<sup>13</sup> Die Handels- und Gewerbefreiheit beinhaltete nämlich auch die Freiheit, den Wettbewerb nicht zu wollen.<sup>14</sup> Zusammen mit der Vereinsfreiheit waren damit den Möglichkeiten der Marktteilnehmer, sich in Verbänden und Kartellen zu organisieren, keine Grenzen gesetzt. Trotz dieses günstigen Bodens entstanden Kartelle zunächst aber nur zögerlich. Eine zur Untersuchung der Preisverhältnisse in der Schweiz eingesetzte Kommission, die Preisbildungskommission,<sup>15</sup> stellte 1957 fest, dass «wo immer [Kartelle] in Erscheinung treten, ... sie zu dieser Zeit [meist] wirtschaftlichen Nöten [entspringen]».<sup>16</sup>

### **4. Zunahme der Kartelle um die Zeit des ersten Weltkrieges**

Eine starke Zunahme erfuhren die Kartelle erst mit den grossen wirtschaftlichen Umwälzungen und den mit dem Beginn des ersten Weltkrieges 1914 verbundenen «Ertragsorgen» der Unternehmen. Die Preisbildungskommission kam deshalb auch hier zum Schluss, «dass an der Wiege der Kartelle weit weniger «monopolistische Profitgelüste» standen als die aus ruinöser Konkurrenz sich ergebende, für manche Branchen und Berufe oft

---

<sup>10</sup> *Botschaft* 1937, 863 f.; Merz, S. 4.

<sup>11</sup> *Preisbildungskommission*, S. 110 f.

<sup>12</sup> Vgl. unten Fn. 31; *Botschaft* 1937, 857 f. und 864; *Kellerhals*, S. 47 f.

<sup>13</sup> *Botschaft* 1937, 849 f. und 865; *Preisbildungskommission*, S. 43; *Schluép*, *Entwicklungslinien*, S. 797 f.

<sup>14</sup> *Schluép*, *Eigenarten*, S. 67.

<sup>15</sup> Dazu nachfolgend S. 8.

<sup>16</sup> *Preisbildungskommission*, S. 111.

schwere Existenzsorgen». <sup>17</sup> Nach dem Ende des ersten Weltkrieges blieben die Kartelle allerdings bestehen. Aufgrund der wirtschaftlichen Verwerfungen, die durch den Krieg verursacht worden waren, aber auch aufgrund gesellschaftlicher und technologischer Entwicklungen war aber zu dieser Zeit nicht unmittelbar zu erkennen, welche Probleme sich direkt aus der Wirtschaftsverfassung selbst ergaben oder auf die genannten Entwicklungen selbst zurückzuführen waren. <sup>18</sup>

## 5. Konsolidierung der Kartelllandschaft Schweiz

Zur Festigung und Anerkennung der Stellung der Verbände und Kartelle führte schliesslich auch der Umstand, dass der Bund diese – aus Zurückhaltung gegenüber staatlichen Interventionen – zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben heranzog und subventionierte, so z.B. bei Hilfs- und Sanierungsaktionen während der Kriegsjahre, im Bereich der Kranken- und Arbeitslosenversicherung oder in der Berufsbildung. <sup>19</sup> Man wollte der freiwilligen Verständigung unter den Verbänden den Vorrang vor staatlichen Eingriffen geben. <sup>20</sup> Damit wurden die Verbände für den Staat aber unverzichtbar und bildeten in gewissem Sinne einen Teil der staatlichen Struktur, mit der fast paradoxen Wirkung, dass auf der Ebene der Verbände oft eine stärkere Regulierung und Beschränkung stattfinden konnte, als sie der Bund – aufgrund der politischen Kontrolle seines Handelns – selbst hätte einführen können. <sup>21</sup> Zur Diskussion stand an einem gewissen Zeitpunkt sogar die Möglichkeit, Vereinbarungen und Beschlüsse von Verbänden für ihre entsprechenden Berufsgruppen für allgemeinverbindlich erklären zu lassen. <sup>22</sup> Kartellabsprachen hätten damit sogar staatlichen Segen erhalten.

Gewiss erkannte man die Probleme, die sich aus der weitgehenden Organisation der Wirtschaft durch die Verbände ergaben, andererseits wollte man aber auch nicht auf die Vorteile verzichten, die sich aus der Tätigkeit der Verbände im Rahmen des staatlichen Handelns ergaben.

---

<sup>17</sup> *Preisbildungskommission*, S. 111.

<sup>18</sup> *Botschaft* 1937, 834 ff.; Merz, S. 5 f.

<sup>19</sup> *Botschaft* 1937, 850.

<sup>20</sup> *Botschaft* 1937, 855 f.

<sup>21</sup> Zur vergleichbaren Entwicklung in neuerer Zeit unter dem Titel der De- oder Selbstregulierung bzw. Übertagung von Regulierungsaufgaben an Private vgl. *Forstmoser Peter: Wirtschaftsrecht im Wandel, Erfahrungen aus vier Jahrzehnten*, in: *SJZ* 2008, S. 136.

<sup>22</sup> *Botschaft* 1937, 852. Abgesehen von der Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen wurde diese Möglichkeit aber immerhin nicht weiter verfolgt (*Botschaft* 1937, 854 f.).

## 6. Entkoppelung von der europäischen Entwicklung nach dem zweiten Weltkrieg

Während auch im übrigen Europa die Wirtschaft vor dem zweiten Weltkrieg noch stark kartellisiert war, wurde die nach dem Krieg darniederliegende deutsche und in deren Gefolge die europäische Wirtschaft unter der Führung der Amerikaner als marktwirtschaftliches System mit freiem Wettbewerb wieder aufgebaut. Zu diesem System gehörte auch eine wirkungsvolle, nach dem Vorbild des amerikanischen Kartellrechts ausgestaltete Kartellgesetzgebung.<sup>23</sup> Weil die Schweiz vom Krieg verschont und ihre Wirtschaft intakt geblieben war, machte sie diesen wirtschaftspolitischen Umbruch nicht mit, sondern führte ihre schon vor dem Krieg begonnene Diskussion um die Neuordnung der schweizerischen Wirtschaftsverfassung eigenständig weiter.<sup>24</sup> Die persönlichkeitsrechtliche Stossrichtung des schweizerischen Wettbewerbsrechts blieb deshalb gegenüber dem Schutz des Wettbewerbs als Institution und der ökonomisch effizienten Ressourcenallokation lange Zeit im Vordergrund. Weder in der «Boykott-Rechtsprechung» des schweizerischen Bundesgerichts bis in die sechziger Jahre noch in der politischen Diskussion im Rahmen der Diskussion um die Kartellrechtsgesetzgebung fand eine erkennbare Rezeption der US-amerikanischen oder der europäischen Wettbewerbsregeln statt.<sup>25</sup>

Erst in neuerer Zeit – unter dem Eindruck internationaler und europäischer Entwicklungen – fand in der Schweiz ein erkennbarer Paradigma-Wechsel hin zu einer auf Wettbewerb ausgerichteten Wirtschaftspolitik statt. Damit ist nun auch in der Schweiz der Erhalt eines effizienten und wirksamen Wettbewerbs zum Nutzen der Konsumenten und der Volkswirtschaft und nicht mehr (nur) der individuelle Persönlichkeitsschutz Ziel und Zweck des Wettbewerbsrechts.<sup>26</sup>

### III. Stationen auf dem Weg zum heutigen Kartellrecht

#### 1. Kartelle in der frühen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts

Wie in Deutschland war auch in der Schweiz Kartell- und Monopolrecht im Wesentlichen nichts anderes als eine Diskussion über die zivil-

---

<sup>23</sup> *Gith*, S. 21 und 56 f.; *Kellerhals*, S. 22 ff.; *Woll*, S. 42 f. und 52 f.

<sup>24</sup> Vgl. nachfolgend S. 8 ff.

<sup>25</sup> Vgl. nur BGE 86 II 370; *Kellerhals*, S. 86.

<sup>26</sup> *Bohrer*, Einführung N 1 und 3; *Kellerhals*, S. 87.

rechtliche Zulässigkeit von Boykotten. Diese Diskussion hat sich in der Schweiz vor allem in der bundesgerichtliche Rechtsprechung niedergeschlagen:<sup>27</sup> In einem ersten Entscheide 1896 ging es um einen Bäcker, der die vom Verband der Bäcker- und Müllermeister festgelegten Brotpreise unterboten hatte und deshalb von den dem Verband angeschlossenen Müllern nicht mehr mit Mehl beliefert wurde.<sup>28</sup> Der Bäcker konnte das Mehl zum Betrieb seiner Bäckerei nicht mehr auf eigene Rechnung beziehen. Das Bundesgericht stellte zunächst klar, dass die Vereinbarung der Mitglieder eines Gewerbes über die Art und Weise, wie dieses Gewerbe betrieben werden solle, sowie die freie Vereinbarung eines Preisminimums an sich weder gegen die guten Sitten noch gegen die allgemeine Rechtsordnung verstosse. Auch stehe es grundsätzlich jedem Lieferanten frei zu entscheiden, ob und wen er beliefern wolle. Die Rechtsordnung anerkenne andererseits aber auch das persönliche Recht jedes Einzelnen auf freie Ausübung seines Gewerbes. Indem der Verband allen seinen Mitgliedern verbiete, den Bäcker zu beliefern, verletzte der Verband dessen Persönlichkeitsrecht als Gewerbetreibender.<sup>29</sup>

Entlang dieser Linien bewegte sich die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts bis in die frühen sechziger Jahre.<sup>30</sup> Selbst schädlichste Kartelle konnten sich weiterhin auf die Handels- und Gewerbefreiheit und die Vertragsfreiheit berufen: «Jedermann ist im Rahmen des Gesetzes frei, sich wirtschaftlich so zu betätigen, wie ihm beliebt, mag das auch den Interessen anderer, ja selbst denen der Allgemeinheit, widersprechen. Da das schweizerische Recht auf dem Boden der Privatwirtschaft und der Verbandsfreiheit steht, darf der Richter nicht eingreifen. Das wäre nicht Rechtsprechung, sondern staatliche Lenkung der Wirtschaft.»<sup>31</sup> Boykotte allerdings würden das Persönlichkeitsrecht des Boykottierten auf Handels- und Gewerbefreiheit verletzen und seien deshalb grundsätzlich widerrechtlich, sofern mit dem Boykott nicht «offensichtlich überwiegende öffentliche Interessen» verfolgt würden und diese auf keine andere Weise gewahrt werden könnten.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> *Schluep*, Eigenarten, S. 71; *Zäch*, N. 144.

<sup>28</sup> BGE 22 176 f.

<sup>29</sup> BGE 22 183 ff.; *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 2 f; *Zäch*, N. 123 und 145 f.

<sup>30</sup> BGE 86 II 374 mit einer Übersicht über die gesamte Praxis des Bundesgerichts; *Bohrer*, Einführung N 5; *Schluep*, Entwicklungslinien, S. 798 f.; *Zäch*, N. 145 ff.

<sup>31</sup> BGE 86 II 370; *Zäch*, N. 123.

<sup>32</sup> BGE 86 II 377 f.; *Merz*, S. 16 f.; *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 6.

## 2. Die Preisbildungskommission

Als nach dem Ende des ersten Weltkrieges die während des Krieges stark gestiegenen Preise nicht wieder zurückgingen, setzte die schweizerische Regierung 1926 eine «Kommission zur Prüfung der schweizerischen Preisverhältnisse», die Preisbildungskommission ein. Diese verfügte über keine Sanktionsmöglichkeiten, sondern sollte vornehmlich die Preisbildung im Bereich der Grundnahrungsmittel untersuchen. 1936 erhielt die Kommission zusätzlich den Auftrag, das Kartellwesen in der Schweiz zu untersuchen; der diese Untersuchung zusammenfassende Bericht erschien allerdings erst 1957.<sup>33</sup>

Die Preisbildungskommission fand einen enormen Bestand an horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und kam in ihrem Bericht zum Ergebnis, dass die schweizerische Wirtschaft weitgehend von Kartellen «durchorganisiert» sei; die Schweiz gehöre zu den «kartelldichtesten» Ländern der Welt.<sup>34</sup> Die Kommission empfahl daher den Erlass eines (schwachen) Kartellgesetzes, um die gravierendsten Auswüchse dieser privaten Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen.<sup>35</sup> Wie schon bei der Boykott-Rechtsprechung des Bundesgerichts lag der Fokus dabei weniger auf dem Schutz des Wettbewerbs als Institution und der ökonomisch effizienten Ressourcenallokation als auf der Gewährleistung der individuellen Möglichkeit, trotz des kollektiven Wettbewerbsverzichts einzelner Kreise, Wettbewerb zu betreiben. Das Ziel der Wettbewerbspolitik sollte sein «dafür zu sorgen, dass es allen Wettbewerbswilligen im Rahmen von Recht und Sitte möglich ist, echten Wettbewerb auszuüben, das heisst auf Grund der eigenen Leistung sich um die Wette zu bewerben».<sup>36</sup>

## 3. Die kartellrechtliche Verfassungsgrundlage

Ebenfalls noch vor dem zweiten Weltkrieg hatte die Regierung 1937 dem schweizerischen Bundesparlament einen Entwurf zu einer verfassungsrechtlichen Neuordnung der schweizerischen Wirtschaftsverfassung vorgelegt. Zu einer – für die Verfassungsänderung zwingend notwendigen – Volksabstimmung kam es jedoch vor dem Krieg nicht mehr.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Kellerhals, S. 44 f.; KG-Schmidhauser, Einleitung, N. 12; Merz, S. 18 f.; Preisbildungskommission, S. 11 f., 26 f. und 42 f.; Woll, S. 39 f.

<sup>34</sup> Merz, S. 5 f.; Preisbildungskommission, S. 51 f.

<sup>35</sup> Kellerhals, S. 47; KG-Schmidhauser, Einleitung, N. 13; Preisbildungskommission, S. 150.

<sup>36</sup> Bohrer, Einführung N 6; KG-Schmidhauser, Einleitung, N. 14; Preisbildungskommission, S. 161;

<sup>37</sup> Botschaft 1945, 905 f.; KG-Schmidhauser, Einleitung, N 8.

Im Rahmen dieser Neuordnung wurde dem Bund auch die Kompetenz übertragen, in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit «Vorschriften zu erlassen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen».<sup>38</sup> Über die nähere Ausgestaltung dieser Vorschriften, d.h. eines Kartellgesetzes wollte man sich aber nicht aussprechen. Klar war nur, dass es nicht um die Verhinderung oder ein Verbot von Kartellen an sich ging, sondern um die Bekämpfung der Missbräuche.<sup>39</sup> Die so gewählte Formulierung machte auch klar, dass mit dieser neuen Wirtschaftsverfassung grundsätzlich keine Änderung am freiheitlichen Grundsatz, der eben auch die Freiheit einschliesst, privatautonom den Wettbewerb zu beschränken, beabsichtigt war.<sup>40</sup>

Eine 1955 eingereichte Volksinitiative auf Änderung dieser Verfassungsgrundlage wurde 1958 in der Volksabstimmung verworfen.<sup>41</sup> Gegen das in der Initiative vorgesehene Verbot von Kartellen wurde argumentiert, ein solches widerspreche der aus der Wirtschaft selbst hervorgegangenen Entwicklung der Marktverhältnisse und der lange geübten Rechtspraxis. Die Kartellbildung sei ein wesentliches Ordnungselement der modernen Wirtschaft, auch wenn sie – wie andere Einrichtungen – neben Vorteilen auch Nachteile aufweise.<sup>42</sup> Für wirksamen Wettbewerb war Schweiz in den 50er Jahren noch nicht reif.

#### 4. Das Kartellgesetz von 1962

Immerhin erhielten durch die neu in Gang gekommene Diskussion die Bestrebungen zum Erlass eines Kartellgesetzes neuen Auftrieb.<sup>43</sup> Das 1962 erlassene Kartellgesetz betonte den auch – in Anknüpfung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die Verfassungsgrundlage und den Bericht der Preisbildungskommission – die zivilrechtliche Durchsetzung des privaten Rechts auf freie wirtschaftliche Betätigung;<sup>44</sup> Wettbewerb sollte rechtlich (zumindest) demjenigen ermöglicht werden, der ihn will.<sup>45</sup> Allerdings ent-

---

<sup>38</sup> *Botschaft* 1945, 932; Merz, S. 19 f.; Woll, S. 40 und 48.

<sup>39</sup> *Botschaft* 1937, 889; *Preisbildungskommission*, S. 43; *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N 10.

<sup>40</sup> *Schluep*, *Eigenarten*, S. 68; *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 10.

<sup>41</sup> *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 16 und 19; Merz, S. 20 f.; *Schluep*, *Entwicklungslinien*, S. 800; Woll, S. 60 f.

<sup>42</sup> *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 17; *Schluep*, *Entwicklungslinien*, S. 800.

<sup>43</sup> Merz, S. 21 f.

<sup>44</sup> *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 21 f. und 27; *Schluep*, *Entwicklungslinien*, S. 796; Woll, S. 64 f.

<sup>45</sup> *Schluep*, *Eigenarten*, S. 71; *Zäch*, N. 152.

hielt das Gesetz derart weitgehende Rechtfertigungsmöglichkeiten, dass es diesem formell festgehaltenen Anspruch materiell nicht genügen konnte.<sup>46</sup>

Immerhin sollte eine Kartellkommission – als verwaltungsrechtliches Element des Kartellgesetzes von 1962 – untersuchen, ob bestimmte Kartelle volkswirtschaftliche oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen. Die Kartellkommission entwickelte diesbezüglich die so genannte «Saldomethode», die Feststellung, Würdigung und Gewichtung der einzelnen Kartellwirkungen, bei dem die Frage der Schädlichkeit des Kartells anhand des «Saldos» dieser Wirkungen bestimmt wurde. Weil dabei nicht nur die wirtschaftlichen Wirkungen in Betracht gezogen wurden, sondern von kulturellen bis hin zu sozialpolitischen Wirkungen, gab es wiederum eine nahezu unbegrenzte Zahl von Rechtfertigungsmöglichkeiten. (Diese Praxis wurde satirisch z.B. in folgendem Bonmot auf den Punkt gebracht: «Auf dem Biermarkt herrscht zwar kein Wettbewerb, aber das Bier ist gut und billig.») Zudem verfügte die Kartellkommission über keine wirkungsvollen Sanktionsinstrumente.<sup>47</sup>

## 5. Das Kartellgesetz von 1985

Bereits 1971 gab es deshalb wieder politische Vorstösse zur Ergänzung des Kartellgesetzes mit einem wirkungsvolleren Instrumentarium.<sup>48</sup> Nach Vorarbeiten der Kartellkommission zu einem Gesetzesentwurf – und einer weiteren Volksinitiative 1984 mit der Absicht gewisse Kartelle zu verbieten – verabschiedete das schweizerische Parlament 1985 ein revidiertes Kartellgesetz.<sup>49</sup>

Das neue Gesetz wies im Vergleich zum Kartellgesetz von 1962 immerhin gewisse Verdeutlichungen auf, um dem Wettbewerb mehr Gewicht zu verleihen. Insbesondere im verwaltungsrechtlichen Bereich war ersichtlich, das man die Verhinderung wirksamen Wettbewerbs möglichst eliminieren wollte. Die Umsetzung in der Praxis liess allerdings auf sich warten und die im Gesetzesentwurf ebenfalls noch vorgesehene Fusionskontrolle

---

<sup>46</sup> *Bohrer*, Einführung N 6; *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 22 und 24; *Merz*, S. 22 f.; *Schluemp*, Eigenarten, S. 72; *Schluemp*, Entwicklungslinien, S. 800 f.; *Zäch*, N. 153 und 157 ff.

<sup>47</sup> *Bohrer*, Einführung N 7; *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 29 f.; *Schluemp*, Eigenarten, S. 72; *Schluemp*, Entwicklungslinien, S. 801; *Zäch*, N. 160 ff.

<sup>48</sup> *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 35.

<sup>49</sup> *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 31 ff. und 35.

war (wegen verfassungsrechtlicher Bedenken) fast gänzlich auf der Strecke geblieben.<sup>50</sup>

## 6. Das Kartellgesetz von 1995

Die Internationalisierung und Globalisierung des Handels und der Abbau staatlicher Handelsschranken in den achtziger Jahren blieb auch für die schweizerische Binnenwirtschaft nicht ohne Folgen. Die Auswirkungen zeigten sich unter anderem in der vermehrten Bildung von global tätigen Unternehmen und im zunehmenden Standortwettbewerb der nationalen Volkswirtschaften. Durch diese Entwicklungen trat der Widerspruch zwischen der schon immer liberalen Aussenwirtschaftspolitik und der noch immer von Wettbewerbsbeschränkungen geprägten Innenwirtschaft immer deutlicher zutage.<sup>51</sup> Weitere Anstösse, die schliesslich zu einem Stimmungsumschwung in der Schweizer Politik und Wirtschaft führten, kamen in der Form von Berichten internationaler Organisationen wie der OECD, die auf die Wettbewerbsbeschränkungen und das hohe Preisniveau in der Schweiz hinwiesen.<sup>52</sup>

Dazu kam anfangs der neunziger Jahre die breite politische Diskussion um die Stellung der Schweiz gegenüber der Europäischen Union und ihre Integration in den europäischen Markt. Trotz – oder gerade wegen – der Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) 1992 wurden verschiedene Gesetzgebungsprojekte unter dem Titel der «Revitalisierung der schweizerischen Wirtschaft» aus dem eigentlich für den Beitritt zum EWR vorgesehen Gesetzespaket herausgelöst und eigenständig umgesetzt. Eines dieser Projekte war die Revision des Kartellgesetzes, die zum heute geltenden Kartellgesetz von 1995 geführt hat.<sup>53</sup>

Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 stellte sich zwar weiterhin auf den Standpunkt, die geltende Verfassungsgrundlage von 1947 lasse kein generelles Kartellverbot zu.<sup>54</sup> Allerdings betrachtete man den Wettbewerb nun nicht mehr als nur eine Frage des persönlichen Rechts auf Gewerbstätigkeit, sondern auch als volkswirtschaftlich nutzbringende Institution: Wenn also Wettbewerbsabreden dazu führten, dass in einem bestimmten Markt wirksamer Wettbewerb nicht mehr möglich sei, dürfe

---

<sup>50</sup> *Bohrer*, Einführung N 8; *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 38 ff. und 51 ff.; *Schluep*, Eigenarten, S. 72 f.; *Schluep*, Entwicklungslinien, S. 803 f.; *Zäch*, N. 152 und 165.

<sup>51</sup> *Merz*, S. 6 f.; *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 49.

<sup>52</sup> *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 50.

<sup>53</sup> *Schluep*, Eigenarten, S. 68 und 73; *Woll*, S. 136 ff.

<sup>54</sup> *Botschaft* 1994, 634.

man davon ausgehen, dass dies zu volkswirtschaftlich schädlicher Ineffizienz und einer Benachteiligung der Konsumenten führe.<sup>55</sup> Den Ausgleich zwischen dem verfassungsrechtlich nicht zulässigen generellen Kartellverbot und einem dennoch wirksamen Kartellgesetz fand man in Vermutungstatbeständen, wonach Preis-, Gebiets- und Mengenabsprachen nur vermungsweise (und somit widerlegbar) den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Andere Abreden, die noch wirksamen Wettbewerb zuließen, können durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.<sup>56</sup>

Die Beschränkung der Rechtfertigung auf wirtschaftliche Effizienz deutet auf eine weitere Akzentverschiebung hin: Während unter den früheren schweizerischen Kartellgesetzen zur Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen noch Gründe aus verschiedenen gesellschaftlichen Lebensbereichen angeführt werden konnten, sollte dies unter dem Kartellgesetz von 1995 nicht mehr möglich sein; es blieben allein wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe. Verbiete man Wettbewerbsabreden wegen ihrer schädlichen wirtschaftlichen Auswirkungen (wirtschaftlichen Ineffizienz), sei es nur folgerichtig, diejenigen Abreden unter Umständen zuzulassen, die im Einzelfall zu mehr wirtschaftlicher Effizienz führen.<sup>57</sup>

Die Verabschiedung des neuen Kartellgesetzes nahm erstaunlich wenig Zeit in Anspruch: Vom einem Vorentwurf 1993 bis zum Abschluss der parlamentarischen Beratungen dauert es nur gerade zwei Jahre.<sup>58</sup> Massgeblicher Widerstand gegen die Kartellgesetzrevision zeigte sich nicht, obwohl damit das schweizerische Wettbewerbsrecht inhaltlich dem europäischen Wettbewerbsrecht weitgehend angenähert wurde.<sup>59</sup> Die Verfassungsmässigkeit der ebenfalls eingeführten Fusionskontrolle wurde nicht einmal mehr näher erörtert, obwohl gerade diese Frage früher heftig umstritten war.<sup>60</sup> Einziger Wermutstropfen blieb die ebenfalls verfassungsrechtlich begründete Regelung, dass die Wettbewerbskommission einen Verstoss gegen das Kartellgesetz zunächst nur feststellen und erst bei erneutem oder anhaltendem Verstoss Sanktionen verhängen dürfe.

---

<sup>55</sup> *Botschaft* 1994, 635.

<sup>56</sup> *Botschaft* 1994, 636; *Schluép*, Eigenarten, S. 73 f.

<sup>57</sup> *Bohrer*, Einführung N 10; *Schluép*, Entwicklungslinien, S. 806 f.; *Zäch*, N. 135.

<sup>58</sup> *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 56.

<sup>59</sup> *KG-Schmidhauser*, Einleitung, N. 58.

<sup>60</sup> *Zäch*, N. 136.

## 7. Die Revision von 2003

In einer Zwischenbilanz 2001 erklärte der schweizerische Bundesrat, dass sich das Kartellgesetz 1995 über weite Strecken bewährt habe.<sup>61</sup> Reformbedarf wurde deshalb nicht im materiellen Bereich festgestellt, sondern im Bereich des Verfahrens und der Prävention. Eingeführt wurden deshalb als Kernstücke der Revision die Möglichkeit direkter Sanktionen bei harten Kartellen und Marktmachtmissbrauch sowie die Möglichkeit, auf Sanktionen gegen Unternehmen zu verzichten, die bei der Aufdeckung von Kartellen mitwirken (Bonusregelung). Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit – und als Korrektiv zu einem möglichen Konflikt der direkten Sanktionen mit der verfassungsrechtlichen Grundlage<sup>62</sup> – erhielten die Unternehmen die Möglichkeit, allenfalls unzulässige Verhaltensweisen vor ihrem Vollzug bei der Wettbewerbsbehörde vorab zu melden. Ein gemeldetes Verhalten kann dann – im Unterschied zur früheren europäischen Regelung – zwar weiterhin untersagt, aber nicht mehr mit einer direkten Sanktion belegt werden.<sup>63</sup>

## IV. Struktur des heutigen Schweizer Kartellrechts

### 1. Unzulässige Wettbewerbsabreden

#### a) Grundsatz

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgabe, dass nur gegen «volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen»<sup>64</sup> Vorschriften zu erlassen sind, verbietet das schweizerische Kartellgesetz nur solche Wettbewerbsabreden, «die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmten Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen».<sup>65</sup>

In Verordnungen und allgemeinen Bekanntmachungen kann die Wettbewerbskommission die Voraussetzungen umschreiben, «unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen

---

<sup>61</sup> Botschaft 2001, 2027.

<sup>62</sup> Botschaft 2001, 2036.

<sup>63</sup> Botschaft 2001, 2023 und 2039 f.; Zäch, N 137 f.

<sup>64</sup> Art. 96 Abs. 1 BV.

<sup>65</sup> Art. 5 Abs. 1 KG.

Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten». <sup>66</sup> Von dieser Kompetenz hat die Wettbewerbskommission beispielsweise in der «Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung)» <sup>67</sup> oder der «Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden» <sup>68</sup> Gebrauch gemacht.

Erachtet die Wettbewerbskommission ein Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, kann sie den Beteiligten entweder eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise der Beseitigung der Beschränkung vorschlagen oder gegen die Beteiligten entsprechende Beseitigungsmassnahmen verfügen. <sup>69</sup>

### b) «Verbot» von Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen

Vermutet wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen <sup>70</sup> und bei Abreden «zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden» <sup>71</sup>. Die Ausgestaltung als Vermutungstatbestände soll allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass es in diesen Fällen äusserst selten gelingen wird, den Beweis anzutreten, dass wirksamer Wettbewerb durch die Abrede nicht beseitigt wird. In praktischer Hinsicht laufen diese Tatbestände damit letztlich auf ein *per se*-Verbot solcher Abreden hinaus.

Solche Abreden können von der Wettbewerbskommission mit direkten Sanktionen gegen die betreffenden Unternehmen belegt werden. <sup>72</sup> Wirkt ein «Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung [mit], kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden» (so genannte Bonusregelung). <sup>73</sup> Die Belastung, nicht aber ein allfälliges Verbot, entfällt zudem auch, «wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet». <sup>74</sup>

---

<sup>66</sup> Art. 6 Abs. 1 KG.

<sup>67</sup> Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005 (BB1 2006, 883 ff.).

<sup>68</sup> Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007 (BB1 2007, 7597 ff.)

<sup>69</sup> Art. 29 f. KG.

<sup>70</sup> Art. 5 Abs. 3 KG.

<sup>71</sup> Art. 5 Abs. 4 KG.

<sup>72</sup> Art. 49a Abs. 1 KG.

<sup>73</sup> Art. 49a Abs. 2 KG.

<sup>74</sup> Art. 49a Abs. 3 lit. a KG.

## 2. Verbot des Marktmachtmissbrauchs

Neben dem Verbot unzulässiger Wettbewerbsabreden beinhaltet das schweizerische Kartellgesetz auch ein Verbot unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Solche verhalten sich unzulässig, «wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen».<sup>75</sup> Solches Verhalten kann ebenfalls mit direkten Sanktionen gegen die betreffenden Unternehmen belegt werden, wobei wiederum die Möglichkeit einer vorgängigen Meldung besteht.<sup>76</sup>

## 3. Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

Seit der Gesetzesrevision von 1995 enthält das schweizerische Kartellgesetz auch effektive Bestimmungen über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Danach sind «Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen ... vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden», sofern die Unternehmen, die den Zusammenschluss planen, gewisse Umsatz-Schwellenwerte erreichen.<sup>77</sup> Die Wettbewerbskommission kann einen Zusammenschluss untersagen oder mit ihm nur mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt und keine Wettbewerbsverbesserung in einem anderen Markt bewirkt.<sup>78</sup>

Wird ein Zusammenschluss vollzogen oder ein vollzogener Zusammenschluss untersagt, sind die beteiligten Unternehmen verpflichtet, Massnahmen durchzuführen, die zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind. Die beteiligten Unternehmen können selber solche Massnahmen vorschlagen oder die Wettbewerbskommission kann die Trennung des Zusammenschlusses oder andere Massnahmen zur Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs verfügen.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> Art. 7 Abs. 1 KG.

<sup>76</sup> Art. 49a Abs. 1 und 3 KG.

<sup>77</sup> Art. 9 Abs. 1 KG.

<sup>78</sup> Art. 10 Abs. 2 KG.

<sup>79</sup> Art. 37 KG.

## 4. Verfahren

### a) Zivilrechtliches Verfahren

Obwohl das Kartellgesetz heute – im Unterschied zu seinen Vorgängern – eindeutig seinen Schwerpunkt im Behördenverfahren hat, sieht es weiterhin die Möglichkeit vor, dass Private, die «durch eine unzulässig Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert» werden, vor den Zivilgerichten Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung, Schadenersatz sowie Herausgabe allfälligen Gewinnes geltend machen können.<sup>80</sup> Steht dabei die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, ist diese zur Beurteilung aber der Wettbewerbskommission vorzulegen.<sup>81</sup>

### b) Verwaltungsrechtliches Verfahren

Die hauptsächliche Aufgabe der Wettbewerbskommission besteht einerseits in der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen auf eigene Initiative oder auf Anzeige von Dritten hin<sup>82</sup>, andererseits in der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen<sup>83</sup>. Entsprechende Verfügungen der Wettbewerbskommission sind beim schweizerischen Bundesverwaltungsgericht und schliesslich beim Bundesgericht anfechtbar.<sup>84</sup>

Die übrigen Aufgaben der Wettbewerbskommission bestehen in Empfehlungen an Behörden, Stellungnahmen, Gutachten und in der Information der Öffentlichkeit.<sup>85</sup>

\* \* \*

---

<sup>80</sup> Art. 12 Abs. 1 KG

<sup>81</sup> Art. 15 Abs. 1 KG.

<sup>82</sup> Art. 26 ff. KG.

<sup>83</sup> Art. 32 ff. KG.

<sup>84</sup> Art. 39 KG i.V.m. Art. 44 ff. VwVG und Art. 82 ff. BGG.

<sup>85</sup> Art. 45 ff. KG.