

Teil 5: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Schweiz?

Der fünfte und – vorbehaltlich einer Zusammenfassung – letzte Teil dieser Arbeit widmet sich der Möglichkeit der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz. Dazu wird zunächst die Entwicklung des wettbewerbspolitischen Leitbildes in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Bewertung von Machtkonzentrationen und Entflechtungen dargestellt (A.), bevor die Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht erörtert wird (B.). Im Anschluss daran wird eine konkrete Handlungsempfehlung an den schweizerischen Gesetzgeber ausgearbeitet und begründet (C.). Abschließend werden die Erkenntnisse des fünften Teils in einem Fazit zusammengefasst (D.). 614

A. Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand schweizerischer Wettbewerbspolitik

Die Entwicklung der wettbewerbspolitischen Debatte in der Schweiz lässt sich grob in drei Phasen unterteilen: 615

- Bis zum ersten Kartellgesetz von 1962 (I.),
- bis zur Totalrevision des Kartellgesetzes von 1995 (II.) und
- ab der Totalrevision von 1995 (III.).

I. Entwicklung bis zum ersten Kartellgesetz von 1962

Die Frage einer rechtlichen Ordnung des Wettbewerbs stellte sich in der Schweiz ab 1874, nachdem mit der Revision der Bundesverfassung die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV 1874) anstelle des vormals staatlich 616

koordinierten Wirtschaftssystems eingeführt wurde.¹¹⁹⁵ Kartelle wurden fortan grundsätzlich als zulässig angesehen und in großer Zahl gegründet; die Zeit der stärksten Kartellierung begann 1914 mit dem Ersten Weltkrieg und den damit einhergehenden wirtschaftlichen Umwälzungen.¹¹⁹⁶ Vereinzelte parlamentarische Vorstöße zum Erlass eines Kartellgesetzes in den 1920er- und 1930er-Jahren blieben erfolglos.¹¹⁹⁷ Wettbewerbsrechtliche Probleme wurden in der Phase vor Erlass des ersten Kartellgesetzes von 1962 daher nahezu ausschließlich anhand der Frage der zivilrechtlichen Zulässigkeit des Boykotts von Kartellaußenseitern diskutiert.¹¹⁹⁸

617 Eine bedeutende Leitentscheidung in diesem Zusammenhang erließ das Bundesgericht im Jahr 1896 im Fall des Bäckers *Vögtlin*.¹¹⁹⁹ Dieser widersetzte sich nach seinem Austritt aus dem Bäckerverband Brugg dessen Willen, indem er unter anderem niedrigere Preise verlangte, als in den Statuten des Verbands vorgesehen waren. Der Verband rief daraufhin Müller, Mehlhändler und Mitglieder des kantonalen und schweizerischen Bäcker- und Konditorenverbands zum Boykott von *Vögtlin* auf und drohte bei einer Nichtbefolgung des Aufrufs mit einem eigenen Boykott. Das Bundesgericht sprach dem Bäcker Schadensersatz zu, weil es den Boykottauftrag als unzulässigen Eingriff in das subjektive Recht auf Ausübung eines Gewerbes ansah.

618 In der Folgezeit wurde die Rechtsprechung allerdings kartellfreundlicher und sah Boykotte nur noch als unzulässig an, wenn sie auf die Vernichtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit abzielten, hierzu geeignet waren oder einen Angriff gegen die Achtung der Persönlichkeit im gewerblichen Verkehr bedeuteten.¹²⁰⁰ Preiswettbewerb wurde dagegen grundsätzlich als Provokation und Nötigung angesehen, gegen die der Boykott eine „gerechtfertigte Abwehr- und Vergeltungsmaßregel“ sein konnte.¹²⁰¹ Eine Rückkehr zu den im Fall des Bäckers *Vögtlin* entwickelten Ansätzen und die Feststellung der grundsätzlichen Unzulässigkeit des Boykotts erfolgte erst mit der

1195 Vgl. *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 797 f.

1196 *Preisbildungskommission*, Kartell und Wettbewerb, S. III.

1197 Vgl. *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 16.

1198 *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 798; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 171. Der Frage der übermäßigen Bindung gem. Art. 27 ZGB kam aufgrund des weit verbreiteten Systems von Schiedsgerichten für kartellinterne Streitigkeiten dagegen nur untergeordnete Bedeutung zu (*Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 13).

1199 BGE 22 I 175.

1200 BGE 32 II 360, 367.

1201 BGE 36 II 557, 563.

Vertglas-Entscheidung vom 20.12.1960.¹²⁰² In dieser Entscheidung stellte das Bundesgericht fest, dass eine Ausschaltung des freien Wettbewerbs durch Boykotte notwendigerweise das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung verletze und mithin unzulässig sei.¹²⁰³

Es gab demnach bis zum Erlass des ersten Kartellgesetzes von 1962 in 619 der Schweiz zwar stets eine gewisse Kontrolle der Ausübung wirtschaftlicher Macht. Diese umfasste aber nur einzelne privatrechtliche Verhältnisse, sodass keine Wettbewerbsordnung im engeren Sinne bestand. Mangels spezifischer wettbewerbsgesetzlicher Regelungen war die Reichweite der Machtkontrolle überdies unsicher und Kartelle und sonstige Machtkonzentrationen wurden im Grundsatz als zulässig angesehen. Zum Zeitpunkt des Erlasses des ersten Kartellgesetzes von 1962 galt die Schweiz gar als das kartellreichste Land der Welt.¹²⁰⁴

II. Entwicklung bis zur Totalrevision von 1995

In der weiteren Entwicklung der wettbewerbspolitischen Debatte bis zur 620 Totalrevision von 1995 trat zunächst 1962 das erste schweizerische Kartellgesetz in Kraft (1.). Dieses wurde mit der Revision von 1985 überarbeitet (2.).

1. Kartellgesetz von 1962

Das erste Kartellgesetz von 1962 (KG 62) beruht auf der Revision der Wirt- 621 schaftsartikel der Bundesverfassung von 1947. Mit dieser Revision wurde dem Bund die Befugnis eingeräumt – nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit¹²⁰⁵ –, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organi-

1202 BGE 86 II 365.

1203 Vgl. zur *Vertglas*-Entscheidung *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S.14 f. sowie *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 176 ff.

1204 So zumindest *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 5. Vgl. auch *Preisbildungskommission*, Kartell und Wettbewerb, S. 52: „Aus den dargelegten Erwägungen heraus glaubt die Kommission, die Schweiz zu den ‚kartell dichtesten‘ Ländern zählen zu müssen.“

1205 Dieser Vorbehalt verdeutlicht, dass damals nicht Kartelle als Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit angesehen wurden, sondern das Kartellrecht (*Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art.1 Rn. 80).

sationen zu erlassen (Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d) BV a.F.). Dabei wurde in der Botschaft aber sogleich klargestellt, „dass es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle“ und durch die kompetenzrechtliche Norm „der Entscheidung der Frage nicht vorgegriffen werden soll, ob ein besonderes Kartellgesetz notwendig wird und wie es auszugestalten ist.“¹²⁰⁶ Damit ließ die revidierte Bundesverfassung – wie es in marktwirtschaftlich ausgerichteten Verfassungen häufig der Fall ist – auch die Frage nach dem konkreten Wirtschaftssystem offen; namentlich war der Bundesverfassung keine klare Aussage zugunsten einer Wettbewerbs- oder Kartellwirtschaft zu entnehmen.¹²⁰⁷ Private Wettbewerbsbeschränkungen wurden so zunächst auch weiterhin als Ausdruck der Handels- und Gewerbefreiheit akzeptiert.¹²⁰⁸

622 1957 wurde schließlich eine Initiative gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht von Volk und Ständen verworfen, woraufhin aber eine Expertenkommission zur Erarbeitung eines Kartellgesetzes eingesetzt wurde.¹²⁰⁹ Das von der Expertenkommission erarbeitete erste Kartellgesetz von 1962 bezweckte jedoch nicht die Bekämpfung von Kartellen, sondern erhöhte ihre Funktionalität noch, etwa durch ein Schriftformerfordernis (Art. 11 KG 62).¹²¹⁰ Das KG 62 verfolgte auch einen primär privatrechtlichen Ansatz mit kaum behördlichen Durchsetzungsbefugnissen.¹²¹¹ Insgesamt kodifizierte das KG 62 in seinem privatrechtlichen Teil hauptsächlich die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹²¹² Insbesondere konnte die neu eingerichtete – mehrheitlich mit Interessenvertretern besetzte¹²¹³ – Kartellkommission nur Empfehlungen abgeben (Art. 20 Abs. 2 KG 62). Zu einer Klage war nur das Volkswirtschaftsdepartement berechtigt, soweit der Wettbewerb in einer mit dem Gesamtinteresse nicht zu vereinbarenden Weise beeinträchtigt wurde (Art. 22 Abs. 1 KG 62). Zudem eröffnete die Kartellkommission in 20 Jahren überhaupt nur sieben Verfahren unter

1206 BBl. 1937 II, S. 889.

1207 Vgl. *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 439 ff.; *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 796.

1208 Vgl. *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 145 ff.

1209 *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 800.

1210 *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 446.

1211 *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 800; *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 401 ff.

1212 Vgl. *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 402: „Le droit privé des cartels, tel qu'il est fixé dans la loi, ne constitue en fait qu'une consécration légale des solutions que la jurisprudence avait adoptées sous l'empire du droit commun.“

1213 Vgl. *Baudenbacher*, WuW 2023, S. 581.

Art. 20 KG, von denen keines konkrete Folgen hatte.¹²¹⁴ Der auf privatautonomer Selbstregulierung der Wirtschaft und Kartellen als anerkannter Organisationsform basierende, praktisch jedoch kaum wirksame Ansatz des KG 62 weist Ähnlichkeiten zur ersten deutschen Kartellverordnung von 1923 (Rn. 164 f.) auf.

Wettbewerbstheoretisch verschrieb sich das KG 62 dem Prinzip des „Möglichen Wettbewerbs“.¹²¹⁵ Danach wurde auf das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen weitgehend verzichtet und mithin die Möglichkeit zum freiwilligen (individuellen oder kollektiven) Verzicht auf Wettbewerb eingeräumt – zugleich sollte aber die Möglichkeit zum Eintritt in den Wettbewerb jederzeit und für jedermann offen bleiben.¹²¹⁶ Dieser Ansatz wurde durch umfassende Rechtfertigungsmöglichkeiten für Wettbewerbsbeschränkungen jedoch pervertiert,¹²¹⁷ sodass dem Kartellgesetz von 1962 in seiner konkreten Ausgestaltung eher ein „Leitbild der ‚Möglichen Wettbewerbsbeschränkung‘“¹²¹⁸ zugrunde lag: Zwar sah Art. 4 KG 62 ein zivilrechtliches Verbot der erheblichen Wettbewerbsbehinderung durch Kartelle und kartellähnliche Organisationen (z.B. marktbeherrschende Unternehmen) vor. Dieses stand gem. Art. 5 KG 62 aber unter dem Vorbehalt überwiegender schutzwürdiger Interessen. Ein solches schutzwürdiges Interesse konnte jederzeit konstruiert werden¹²¹⁹ und beispielsweise die Erhaltung der erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweigs durch Abwehr ausländischer Unternehmen sein.¹²²⁰ Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht mit dem – nicht näher definierten – Gesamtinteresse kollidierten, waren demnach unschädlich.¹²²¹

Auch die Kartellkommission wog in ihren Verfahren – entsprechend der Formel aus Art. 31 BV („volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen“) – Wettbewerbsbeschränkungen mit dem gesamtgesellschaftlichen Interesse ab (sog. Saldotheorie bzw. Saldomethode).¹²²² Im Ergebnis stand „eine verhängnisvolle Mischung wirtschaftlicher und ausserwirtschaftlicher Erwägungen unter Berücksichtigung Wettbewerbs-, gesundheits-, kultur-,

1214 *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 403.

1215 *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 128, 183.

1216 Vgl. *Preisbildungskommission*, Kartell und Wettbewerb, S. 161; *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 24 ff.

1217 *Borer/Borer*, OFK KG, Vorbem. Art. 1 ff. Rn. 6.

1218 *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 800.

1219 *Borer/Borer*, OFK KG, Vorbem. Art. 1 ff. Rn. 6.

1220 Vgl. *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 45.

1221 *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 801.

1222 *Borer/Borer*, OFK KG, Vorbem. Art. 1 ff. Rn. 7; *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 801.

sicherheitspolitischer und beliebig anderer ‚übergeordneter‘ Interessen.“¹²²³ In dieser Gesamtabwägung bestand regelmäßig eine aus dem damaligen Verständnis der Vertragsfreiheit folgende Voreingenommenheit zugunsten von Kartellen.¹²²⁴

- 625 Hinter der Gesamtkonzeption des KG 62 stand „der unerschütterliche Glaube an den Segen solidarischer Wirtschaftsabsprachen“ und die Idee, dass nicht der freie Wettbewerb zu schützen war, sondern die Freiheit des Einzelnen zur wirtschaftlichen Betätigung.¹²²⁵ Insgesamt war das KG 62 daher weniger ein Gesetz gegen Kartelle als vielmehr ein Gesetz für Kartelle.¹²²⁶

2. Revision von 1985

- 626 Die Revision des Kartellgesetzes von 1985 (KG 85) erfolgte auf dem Höhepunkt der Debatte, ob und inwieweit Wettbewerbsschutz durch Kartellrecht einen zulässigen Eingriff in die verfassungsrechtlich verbrieft Handels- und Gewerbefreiheit darstellt.¹²²⁷ In die Botschaft zum KG 85 fand die kompromisshafte Formel Einzug, wonach „eine verfassungsrechtliche Präferenz für Wettbewerb [besteht], so dass sich Wettbewerbspolitik nicht zwangsläufig als Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit darstellt.“¹²²⁸ Grundsätzlich bestand für den Gesetzgeber aber weiterhin „kein Zweifel“, dass Kartelle nicht *per se* verboten werden könnten.¹²²⁹
- 627 Das Gesetz insgesamt war so auch von deutlichen Kompromissen zu lasten einer effektiven Wettbewerbsdurchsetzung geprägt. Ein Ziel der Re-

1223 *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 801.

1224 Vgl. *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 403.

1225 *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 183 f. Vgl. dazu auch *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 20 f., wonach es bei der Ausarbeitung des Kartellgesetzes zu berücksichtigen galt, dass die schweizerische Eidgenossenschaft „von einem Volk von Vereinsmeiern“ getragen wird und die Verbände „neben der Wahrung der wirtschaftspolitischen Interessen der Mitglieder [...] vielfach auch direkt in das Marktgeschehen eingreifen.“ Siehe auch *Schnegelsberg*, a.a.O., S. 29: „Die Tendenz der EWG-Wettbewerbsregeln entspricht derjenigen des amerikanischen Antitrustrechts. Daß diese Tendenz nicht der schweizerischen Auffassung entspricht, bedarf keiner weiteren Erläuterung.“

1226 *Baudenbacher*, WuW 2023, S. 581.

1227 *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 440; vgl. zu dieser Diskussion *Stoffel*, in: *Hänni*, FS Fleiner, S. 677 ff.

1228 BBl. 1981 II, S. 1372.

1229 BBl. 1981 II, S. 1294.

form war es zwar, „dem Interesse an wirksamem Wettbewerb erhöhtes Gewicht beizumessen“¹²³⁰, weshalb das Konzept des „Möglichen Wettbewerbs“ durch das des „Wirksamen Wettbewerbs“ ersetzt wurde.¹²³¹ Auch wurde der Gesetzgebungsprozess zunächst in der Einsicht angestoßen, dass der Fokus vom bisherigen – primär privatrechtlichen – System auf ein administratives System verschoben werden sollte.¹²³² Am Ende des „langwierigen und schmerzhaften“¹²³³ Gesetzgebungsprozesses hielten sich die durch das KG 85 bewirkten Verbesserungen aber in Grenzen. Zwei Umstände hatten dabei besonderes Gewicht:

- Trotz gegenläufiger Bestrebungen der Kartellkommission, die mit einem eigens ausgearbeiteten Gesetzentwurf den Schutz des Wettbewerbs anstelle des Gesamtinteresses in den Vordergrund stellen wollte, wurde die Saldotheorie beibehalten. Ihr wurde in Art. 29 Abs. 2 KG 85¹²³⁴ sogar Gesetzesrang verliehen. Die Bedeutung des Wettbewerbs als Institution wurde dabei zwar in Art. 29 Abs. 2 S. 3 KG 85 eigens hervorgehoben und damit implizit anerkannt.¹²³⁵ Letztlich war wirksamer Wettbewerb aber doch nur eine – nicht zwingende – Randbedingung für die Entscheidungsfindung auf Grundlage der Saldotheorie.¹²³⁶ Dieser Ansatz ähnelt

1230 BBl. 1981 II, S. 1316.

1231 Vgl. BBl. 1981 II, S. 1316 ff. Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs geht dabei auf die Konzepte der Harvard-Schule zum funktionsfähigen Wettbewerb (Rn. 79 ff.) zurück (BBl. 1995 I, S. 512).

1232 *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 405 f.

1233 *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 406: „*On sait que la révision fut longue et douloureuse.*“

1234 „Bei der Prüfung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit würdigt die Kommission nützliche und schädliche Auswirkungen. Stellt sie erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen oder Wettbewerbsverfälschungen fest, wägt sie die nützlichen und schädlichen Auswirkungen gegeneinander ab. Sie berücksichtigt dabei die Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit und das Wettbewerbsausmass. Ferner berücksichtigt sie alle übrigen bedeutsamen Auswirkungen wie jene auf die Herstellungs- und Vertriebskosten, die Preise, die Qualität, die Versorgung, die Struktur des Wirtschaftszweiges, die Landesteile, die Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Unternehmen im In- und Ausland und die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Konsumenten.“ (BBl. 1986 I, S. 55, Hervorhebung nur hier).

1235 Vgl. *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 407 f.

1236 *Baldi*, in: *Knapp/Oberson*, *Mélanges Junod*, S. 61; vgl. dazu auch *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 411: „*L'inconvénient majeur est que l'art. 29 LCart se borne à une énumération des critères de pondération, sans préciser le plateau sur lequel il faut les poser, ni surtout le poids qu'ils représentent.*“

- deutlich dem *public interest* im Vereinigten Königreich (Rn. 419 ff., 429) sowie dem *bilan économique et social* in Frankreich.¹²³⁷
- Der Kartellkommission wurde – obwohl dies im ursprünglichen Entwurf noch vorgesehen war – auch weiterhin keine eigene Verfügungskompetenz eingeräumt; auch eine von der Kartellkommission vorgesehene Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse konnte sich nicht durchsetzen.¹²³⁸ Zwar wurde zumindest dem Volkswirtschaftsdepartement im Gesetzgebungsverfahren eine Verfügungskompetenz übertragen (Art. 37 KG 85). Es kam aber insgesamt nur zu zwei Verfügungen auf dieser Grundlage.¹²³⁹

III. Entwicklung ab der Totalrevision des Kartellgesetzes von 1995

- 628 Mit der Totalrevision von 1995 (1.) wurde das schweizerische Kartellgesetz grundlegend umgewandelt und modernisiert. Die Revisionen von 2003 (2.) und 2021 (3.) brachten weitere Neuerungen mit sich und auch derzeit (2025) wird wieder eine Revision diskutiert.

1. Totalrevision von 1995

- 629 Die Totalrevision von 1995 führte zu einer fundamentalen Änderung des Ansatzes und läutete eine „neue wettbewerbspolitische Ära“¹²⁴⁰ ein. Das Kartellgesetz wurde einem grundlegenden Paradigmenwechsel¹²⁴¹ unterzogen und nunmehr endgültig vom *droit des cartels* zum *droit de la concurrence*¹²⁴² weiterentwickelt.

1237 Baldi, in: Corti/Ziegler, FS Blankart, S. 351 f.; Baldi, in: Knapp/Oberson, Mélanges Junod, S. 51 f. Solche gesamtgesellschaftlichen Kriterien der Wettbewerbspolitik lassen sich laut Baldi a.a.O. retrospektiv als Reaktion auf die Erkenntnis einordnen, dass vollständige Konkurrenz nicht existiert und damit ein untaugliches wettbewerbspolitisches Leitbild ist (Rn. 80).

1238 Vgl. Schluep, AJP/PJA 1996, S. 802; Tercier, ZSR/RDS 1/1993, S. 408.

1239 Heinemann, ius.full 2021, S. 167.

1240 Baldi/Borer, WuW 1998, S. 343.

1241 Zum Begriff vgl. statt vieler: Heinemann, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Nach Art.1 Rn.81; Schluep, AJP/PJA 1996, S. 805 ff.; Weber/Volz, Wettbewerbsrecht, Rn. 1.15.

1242 Vgl. Tercier, ZSR/RDS 1/1993, S. 399 ff.

a) Wirtschaftlicher und politischer Kontext

Im wirtschaftlichen und politischen Kontext ist das Gesetz als eine von mehreren Reaktionen (sog. Revitalisierungsprogramm) auf eine wachstumsschwache Phase und die Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum durch Volk und Stände am 06.12.1992 zu verstehen.¹²⁴³ Hieraus folgte die Einsicht, dass eine Stärkung des schweizerischen Binnenmarkts und -wettbewerbs erforderlich ist, um international wettbewerbsfähig zu bleiben.¹²⁴⁴ Schon am 07.12.1992, dem Folgetag der Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum, wurde daher eine Arbeitsgruppe mit der Vorbereitung einer Kartellgesetzrevision beauftragt.¹²⁴⁵ Daneben wurden auch andere Maßnahmen zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz getroffen, insbesondere

- die Zustimmung zu den in der Uruguay-Runde des GATT verhandelten Zollsenkungen,
- das Gesetz über die technischen Handelshemmnisse, mit dem der grenzüberschreitende Verkehr durch eine Abstimmung auf die technischen Vorschriften der wichtigsten internationalen Handelspartner erleichtert werden sollte, sowie
- das Gesetz über den Binnenmarkt, mit dem das *Cassis de Dijon*-Prinzip des EuGH¹²⁴⁶ für kantonale Zulassungsvorschriften verankert wurde.¹²⁴⁷

1243 Vgl. Baldi, in: Corti/Ziegler, FS Blankart, S. 362; Heinemann, ius.full 2021, S. 167; Martenet/Tercier, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romand LCart, Intro. LCart Rn. 1 ff.

1244 Baldi, in: Corti/Ziegler, FS Blankart, S. 350; Baldi, in: Knapp/Oberson, Mélanges Junod, S. 49. Ein Grund für die Ablehnung des Beitritts zum EWR dürfte paradoxerweise wiederum darin gelegen haben, dass über den Schweizer Markt hinaus tätige Unternehmen fortan dem europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen gewesen wären (vgl. Tercier, ZSR/RDS 1/1993, S. 412).

1245 Tercier, ZSR/RDS 1/1993, S. 399.

1246 Nach diesem Prinzip dürfen Waren, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union rechtmäßig in Verkehr gebracht wurden, grundsätzlich auch in allen anderen Mitgliedstaaten verkauft werden, vgl. EuGH, Urteil vom 20.02.1979 – Rs. 120/78.

1247 Vgl. David, in: Zäch, Kartellgesetz, S. 1 f. Siehe dazu etwa auch Bovet, ZSR/RDS 2/2000, S. 284, 298; Spinner/Maritz, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl, FS Zäch, S. 130 ff. sowie die Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens (BBl. 1993 I, S. 805 ff.).

b) Schutzobjekt „Wirksamer Wettbewerb“

- 631 Unter dem neuen Kartellgesetz von 1995 wurde formal zwar am Begriff „Wirksamer Wettbewerb“ als Schutzobjekt festgehalten. Wirksamer Wettbewerb im Sinne des KG 95 hat aber nur wenig mit wirksamem Wettbewerb im Sinne des KG 85 zu tun, der nur auf ein notwendiges Minimum an Konkurrenz im Sinne eines auch im Rahmen der Saldotheorie zu erhaltenden „Restwettbewerbs“ abzielte.¹²⁴⁸ Gesetzliches Schutzgut ist seit Inkrafttreten des KG 95 vielmehr die Institution Wettbewerb an sich.¹²⁴⁹ Dieser Paradigmenwechsel wird durch die Zweckbestimmung in Art. 1 KG eigens hervorgehoben.¹²⁵⁰ Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist dabei, dass sich wirksamer Wettbewerb ergeben kann, ohne dessen Ergebnisse determinieren zu wollen.¹²⁵¹

c) Wettbewerbstheoretische Fundierung

- 632 Dem Schutzobjekt des wirksamen Wettbewerbs liegt das Verständnis eines dynamischen vielgestaltigen, durch Rivalität von Anbietern und Nachfragern geprägten Prozesses zugrunde; Wettbewerbspolitik hat dabei sicherzustellen, dass die von diesem Prozess erwarteten statischen und dynamischen Funktionen erfüllt werden.¹²⁵² „Wirksam“ ist Wettbewerb demnach dann, wenn die zentralen Funktionen wie Optimierung des Ressourceneinsatzes, Anpassung von Produktionskapazitäten und Produkten an äußere Bedingungen sowie Entwicklung neuer Produkte und Produktionsverfahren nicht erheblich gestört sind.¹²⁵³ Dieser Ansatz erinnert an das Wettbe-

1248 Baldi, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 59 f. Vgl. auch Schips, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 390: „Le terme clé de ‚concurrence efficace‘, déjà utilisé dans l’ancienne loi sur les cartels (LCart 85), se trouve affublé dans la LCart 95 d’une nouvelle interprétation élargie.“

1249 Baldi, in: Corti/Ziegler, FS Blankart, S. 349; Baldi, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 49.

1250 Birkhäuser, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1 Rn. 26. Zur Reichweite von Art. 1 KG als Auslegungsmaxime vgl. Moeckli, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Art. 1 Rn. 6 f.

1251 Baldi, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 62 f.

1252 BBl. 1995 I, S. 512. Vgl. dazu Baldi, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 58; Baldi/Borer, WuW 1998, S. 344; Schips, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 390.

1253 Baldi, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 59; Ducrey, in: Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1376. Übersichtlich zu den verschiedenen Funktionen des Wettbewerbs: Weber/Volz, Wettbewerbsrecht, Rn. 1.5.

werbsverständnis der britischen CMA, die einen AEC annimmt, wenn ein Markt nicht *well-functioning* ist (Rn. 493).

Wettbewerbstheoretisch ist in der Gesetzesbegründung zum Kartellgesetz eine gewisse Bevorzugung des systemtheoretischen Ansatzes und des damit verbundenen Verzichts „auf ein wettbewerbspolitisches ‚fine-tuning‘“¹²⁵⁴ angedeutet. Es wurde vorstehend (Rn. 70 ff.) bereits dargelegt, dass Vertreter systemtheoretischer Ansätze missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen wohl generell ablehnen würden. Hieraus dürfte sich allerdings nicht die Unvereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit dem wettbewerbspolitischen Leitbild in der Schweiz ableiten lassen. Denn es wird an anderer Stelle in der Gesetzesbegründung explizit darauf hingewiesen, „dass sich unterschiedliche wettbewerbstheoretische Denkschulen durchaus kombinieren lassen und sich der Gesetzgeber auf keine bestimmte Doktrin festlegen muss“ und es „nicht entscheidend [ist], welcher Wettbewerbsschule die benützten Analysemethoden und Argumentationslinien letztlich entstammen. Wichtig ist, dass man sich des relativen Charakters der Aussage bewusst ist und immer das Ziel der Erhaltung funktionsfähiger Marktprozesse im Auge hat.“¹²⁵⁵ Die missbrauchsunabhängige Entflechtung dient aber gerade der Erhaltung bzw. Wiederherstellung funktionsfähiger Marktprozesse, wo diese sich aufgrund verfestigter Strukturen nicht entfalten können.

Ein Hintergrund der wettbewerbstheoretischen Offenheit des KG 95 ist die Erkenntnis, dass nicht ein integrales wettbewerbspolitisches Leitbild, sondern die Analyse einzelner Wettbewerbsbeschränkungen im Vordergrund stehen sollte.¹²⁵⁶ Zudem beschränken die Spezifika der „kleinen offenen Volkswirtschaft“ Schweiz ohnehin die Übertragbarkeit von in größeren Volkswirtschaften entwickelten wettbewerbspolitischen Leitbildern.¹²⁵⁷ Dem schweizerischen Kartellgesetz liegt somit – aufgrund der expliziten Aussagen in den Gesetzgebungsmaterialien noch deutlicher als dem deutschen GWB (Rn. 205 f.) – ein pragmatischer Ansatz zugrunde, der sich kei-

1254 BBl. 1995 I, S. 513.

1255 BBl. 1995 I, S. 511, 515 f. Vgl. dazu *Schips*, in: *Knapp/Oberson*, Mélanges Junod, S. 392 f.: „*Cependant, il ressort clairement du message que le législateur ne veut pas se fixer sur une conception précise de la théorie de la concurrence. [...] La non-fixation sur un concept particulier de la théorie de la concurrence, qu'il faut saluer du point de vue économique, doit être comprise comme une directive du législateur, d'utiliser les théories les plus adéquates et les meilleures méthodes d'analyses lors de l'application de la loi.*“

1256 Vgl. *Baldi*, in: *Knapp/Oberson*, Mélanges Junod, S. 58 sowie BBl. 1995 I, S. 511.

1257 Vgl. *Ruffner*, in: *Zäch/Zweifel*, Kartellrechtsreform, S. 214 ff., 253 ff.

nem wettbewerbstheoretischen Dogma verschreibt. Vielmehr ist das Kartellgesetz prinzipiell offen für jede rationale ökonomische Diskussion.¹²⁵⁸ Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz hätte also auch in der Schweiz dort ihre Daseinsberechtigung, wo sie einer Förderung des Wettbewerbs dienen kann.

- 635 Dem KG liegt darüber hinaus aber ausdrücklich die Annahme zugrunde, dass das Streben eines Unternehmens nach Wachstum und Erfolg auf dem Markt gerade ein Ziel des Wettbewerbs darstellt.¹²⁵⁹ Demnach ist der Gedanke „*Bigness is not badness*“¹²⁶⁰ klar im KG 95 verwurzelt. Insoweit wäre die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz, die als Eingriffskriterium allein eine Form der Marktmacht ohne das Hinzutreten weiterer Umstände erfordert, problematisch. Der Gesetzgeber müsste dann zumindest erkennen lassen, dass er sich bewusst von diesem Grundgedanken abwendet. An bloße Marktmacht oder Unternehmensgröße als Entflechtungsgrund geknüpfte Kopfzählmethoden¹²⁶¹ spiegeln aber ohnehin nicht den aktuellen Erkenntnisstand wider (Rn. 215 ff., 220ff., 233 ff.). Sie sollten vom schweizerischen Gesetzgeber daher nicht ernsthaft erwogen werden.

d) Konkrete Ausgestaltung des Kartellgesetzes

- 636 Durch die Totalrevision von 1995 wurde das schweizerische Kartellgesetz erstmals am international etablierten Dreisäulenmodell (Rn. 144) ausge-

1258 Vgl. *Borer/Borer*, OFK KG, Art. 1 Rn. 17.

1259 Vgl. BBl. 1995 I, S. 512: „Namentlich sind temporäre Monopole aufgrund überlegener Leistungen, aber auch durch andere Faktoren bedingte Ungleichgewichte wettbewerblichen Marktprozessen durchaus eigen.“ bzw. S. 569: „Die Möglichkeit, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen, muss offen bleiben. Sie stellt einen wesentlichen Anreiz zu effizienter Unternehmensführung dar. Zudem ist Wettbewerb letztlich immer ein Kampf um Marktanteile. Bemühungen, die Marktanteile zu halten oder zu vergrößern, können daher nicht an sich unzulässig sein.“ Vgl. dazu auch *Clerc/Kellezi*, in: *Marthenet/Bovet/Tercier*, Commentaire Romand LCart, Art. 4 II Rn. 4: „*La concurrence n'est en définitive qu'une lutte pour des parts de marché.*“

1260 *Ducrey*, in: *Marbach/Ducrey/Wild*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1641.

1261 Vgl. *Möschel*, Entflechtungen, S. 97.

richtet.¹²⁶² So wurde in Artt. 5 f. KG ein (bedingtes¹²⁶³) Kartellverbot, in Artt. 7 f. KG ein Marktmachtmissbrauchsverbot und in Artt. 9 ff. KG ein präventives Fusionskontrollregime eingefügt. Mit der Kartellgesetzrevision von 1995 erhielt die Wettbewerbskommission auch erstmals harte Eingriffsbefugnisse. Insbesondere ist die Befugnis zum Erlass von Verfügungen gem. Art. 30 Abs. 1 KG zu nennen,¹²⁶⁴ die bei einem Kartellrechtsverstoß wohl bis hin zu einer Entflechtung reichen können (Rn. 54 ff.). Rechtstechnisch handelt es sich dabei in großen Teilen um autonomen Nachvollzug (Rn. 677) von EU-Recht.¹²⁶⁵

In bestimmten Bereichen wurde jedoch ein vom europäischen Recht 637 unabhängiger Ansatz verfolgt. So enthält etwa Art. 5 Abs. 2 KG in Abkehr von Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. Art. 81 Abs. 3 EGV das Tatbestandsmerkmal der Verbraucherbeteiligung nicht – hieraus kann gefolgert werden, dass die Wettbewerbskommission einen streng wettbewerblichen Maßstab anzuwenden hat, während Verbraucherwohlerwägungen gem. Art. 8 KG allein vom Bundesrat wahrgenommen werden sollen.¹²⁶⁶ Selbiges gilt für die Fusionskontrolle (vgl. Artt. 10, 11 KG).¹²⁶⁷ In diesen (seltenen) Fällen politischen Eingreifens des Bundesrates in die Praxis der Wettbewerbskommission lebt wiederum die hergebrachte schweizerische Saldotheorie fort.¹²⁶⁸ Allerdings

1262 Vgl. *Martenet/Heinemann*, Droit de la concurrence, S. 16 f.: „Les trois piliers traditionnels du droit de la concurrence apparaissent clairement“.

1263 Aufgrund der verfassungsrechtlich vorgegebenen grundsätzlichen Zulässigkeit von Kartellen musste bis zu einem gewissen Grad am Missbrauchsprinzip festgehalten werden (vgl. *Zäch*, AJP/PJA 1992, S. 859 f.). Rechtstechnisch wurde dieses Spannungsfeld insbesondere durch widerlegbare Vermutungstatbestände überwunden (*Baldi/Borer*, WuW 1998, S. 345 f. Vgl. dazu auch *Rhinow/Biaggini*, in: *Zäch/Zweifel*, Kartellrechtsreform, S. 125 ff.). Das Missbrauchsprinzip bedingte etwa auch, dass gem. Art. 50, 54 KG 1995 Sanktionen nur dann verhängt werden konnten, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise trotz rechtskräftiger Feststellung der Rechtswidrigkeit aufrecht erhalten wurde (*Baldi/Borer*, WuW 1998, S. 353).

1264 Vgl. *Carcagni Roesler*, in: *Baker/McKenzie*, SHK KG, Art. 30 Rn. 1.

1265 *Baudenbacher*, WuW 2023, S. 581; *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 76 f.

1266 So *Zäch*, in: *Möschel*, 50 Jahre Wettbewerbsgesetz, S. 39.

1267 Vgl. *Heinemann*, ius.full 2021, S. 174.

1268 Vgl. *Zäch*, in: *Möschel*, 50 Jahre Wettbewerbsgesetz, S. 53. Treffend zu Artt. 8, 11 KG auch *Baldi*, in: *Zäch*, Kartellgesetz, S. 17: „Es handelt sich dabei um politische Entscheide, die in die Kompetenz einer politisch legitimierten Behörde gehören – und nicht in jene einer technischen Behörde, wie sie die Wettbewerbskommission darstellt.“ Dennoch ist der Bundesrat bei einer solchen Ausnahmeentscheidung insbesondere durch den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 94 BV limitiert (vgl. *Chabloz*, L'autorisation exceptionnelle, Rn. 540 ff.).

kann die Abgrenzung zwischen ökonomischen und nicht-ökonomischen Erwägungen im Einzelfall schwierig sein.¹²⁶⁹ So spricht etwa viel dafür, dass gem. Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigende Effizienzgewinne jedenfalls teilweise an die Verbraucher weitergegeben werden.¹²⁷⁰ Eindeutig erscheint dagegen beispielsweise, dass kulturelle Anliegen nur gem. Art. 8, 11 KG berücksichtigt werden können.¹²⁷¹

- 638 Schweizerische Besonderheiten wurden insbesondere auch bei den Vorschriften über die Fusionskontrolle berücksichtigt. Diese wurden bewusst locker gestaltet – insbesondere durch hohe Aufgreifschwelle sowie das Erfordernis der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs anstelle der international üblicheren Behinderung.¹²⁷² Als Begründung hierfür diente insbesondere das Argument, dass eine höhere Konzentrationsrate in der Schweiz durchaus gerechtfertigt sein könne, weil schweizerische Unternehmen auf dem Heimatmarkt allein häufig kaum die für ein Bestehen im internationalen Wettbewerb notwendigen Skalenerträge erreichen könnten.¹²⁷³ Die Folge des permissiven Ansatzes war eine im internationalen Vergleich sehr schwache Wirkung des schweizerischen Fusionskontrollregimes.¹²⁷⁴ Auch heute noch zeichnen sich Schweizer Märkte durch eine extrem hohe Konzentrationsrate aus.¹²⁷⁵ So entfielen etwa ausweislich einer für das Staatssekretariat für Wirtschaft erstellten Studie im Jahr 2016 ca. 80 % der Vollzeitäquivalent-Arbeitsstellen in der Schweiz auf die 10 % der größten Unternehmen.¹²⁷⁶

1269 Krauskopf/Schaller, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 5 Rn. 272.

1270 Vgl. Borer/Borer, OFK KG, Art. 5 Rn. 46; Krauskopf/Schaller, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 5 Rn. 274.

1271 Vgl. Stoffel, in: Ducrey/Zimmerli, SIWR V/2, B. Rn. 220 f.

1272 Baldi, in: Zäch, Kartellgesetz, S. 16, 19.

1273 Vgl. Ruffner, in: Zäch/Zweifel, Kartellrechtsreform, S. 215, 238; Tercier, ZSR/RDS 1/1993, S. 416.

1274 Vgl. Jaag/Rutz/Jacober, Einführung des SIEC-Tests, S. 23: „Die heutige Situation in der Schweiz im Bereich der Fusionskontrolle kann wie folgt zusammengefasst werden: Infolge des restriktiven Marktbeherrschungstests ist es heute kaum möglich eine Fusion auf Basis einer Einzelmarktbeherrschung zu untersagen. Eine Intervention der WEKO aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle – wie dies gegenwärtig in den meisten europäischen Ländern möglich ist – scheint sodann ausgeschlossen. [...] Die Fusionskontrolle in der Schweiz ist somit als permissiv zu bezeichnen: Sie erlaubt es nur beschränkt, den volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen Rechnung zu tragen bzw. künftige Wettbewerbsbeschränkungen zu vermeiden.“

1275 Clerc/Këllezli, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romand LCart, Art. 4 II Rn. 2.

1276 Dembinski, Affaiblissement de la dynamique de marché ?, S. 14.

e) Diskussion um Aufnahme von Entflechtungsvorschriften

Ausweislich des zum Erlass des KG 95 führenden Revisionsauftrags des 639
Vorstehers des Volkswirtschaftsdepartements sollte die Einführung von
Entflechtungsvorschriften für marktmächtige Unternehmen von der für
die Erarbeitung eines Entwurfs zuständigen Studienkommission geprüft
werden: „Für marktmächtige Unternehmen ist der Missbrauchstatbestand
konkreter zu fassen, insbesondere durch eine beispielhafte Nennung von
Praktiken, in denen sich der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stel-
lung äussert. Im Sinne eines umfassenden Ansatzes ist die Einführung einer
präventiven Fusionskontrolle und einer Entflechtungsmöglichkeit zu prü-
fen.“¹²⁷⁷ Bei bloßer Betrachtung des Revisionsauftrags bleibt unklar, ob mit
dem letzten Abschnitt nur die fusionskontrollrechtliche Entflechtungsmög-
lichkeit (Rn. 51 ff.) gemeint war.¹²⁷⁸ Untersucht man jedoch das Zustande-
kommen des Revisionsauftrages, zeigt sich, dass im Zuge der Totalrevision
von 1995 durchaus auch die Möglichkeit der Einführung einer allgemeinen
Entflechtungskompetenz im Raum stand:

In einem vertraulichen Dokument der schon vor der Einsetzung der Stu- 640
dienkommission bestehenden informellen Arbeitsgruppe (bestehend aus
Marino Baldi, Pierre Tercier, Bruno Schmidhauser und *Kuno Hämisegger*)
vom 14.08.1992 heisst es, dass zur Abhilfe der mit marktmächtigen Unter-
nehmen (*entreprises dominantes*) zusammenhängenden Wettbewerbspro-
bleme (Rn. 103 ff.) prinzipiell drei Möglichkeiten offen ständen:

- Das Verbot des Missbrauchs marktmächtiger Positionen,
- das Verhindern der Entstehung marktmächtiger Positionen durch Fusi-
onskontrollvorschriften und
- die Entflechtung marktmächtiger Unternehmen.¹²⁷⁹

1277 BBl. 1995 I, S. 489 f.

1278 Vgl. Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hännli/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 571.

1279 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 (C) 2000 / 124 BD: 75 # 310,2; Groupe de
travail pour la révision de la loi sur les cartels: Rapport et proposition, S. 5: „Il
est en principe possible de remédier à ces problèmes en prenant des mesures à trois
niveaux, par ailleurs complémentaires:

-les entreprises dominantes peuvent se voir interdire une exploitation abusive de leur
position;

-l'apparition de positions dominantes peut être prévenue par un contrôle des fusions
d'entreprises;

-les entreprises ayant une position dominante peuvent être démantelées.“

- 641 Das schon damals bestehende Marktmachtmissbrauchsverbot sollte nach den Vorstellungen der Gruppe insbesondere durch eine konkretere Formulierung verschärft werden und auch die Einführung von Fusionskontrollvorschriften wurde explizit gefordert.¹²⁸⁰ Damit wurde prinzipiell eine Angleichung des Kartellgesetzes an internationale Standards gefordert. Bemerkenswerterweise wurde in dem Dokument aber auch die Einführung einer Entflechtungsmöglichkeit für solche Fälle thematisiert, in denen wirksamer Wettbewerb nicht anders zu erreichen ist: „*Quant au démantèlement des entreprises dominantes, il conviendrait d'examiner cette mesure pour les cas dans lesquelles la concurrence efficace ne peut tout simplement pas être réalisée par d'autres moyens, aussi rares ce genre de cas soient-ils.*“¹²⁸¹ Dieser vertrauliche Bericht wiederum lag offensichtlich der Verfügung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartments über die Einsetzung der Studienkommission „Revision des Kartellgesetzes“ vom 07.12.1992¹²⁸² zugrunde. So entspricht die Formulierung am Schluss des vertraulichen Dokuments vom 14.08.1992 derjenigen in der späteren Verfügung (Rn. 639) nahezu wörtlich: „*Quant aux entreprises dominantes, il faut concrétiser ce qu'on entend par pratiques abusives, en particulier en dressant une liste illustrative de pratiques indiquant un abus de position dominante. L'introduction d'un contrôle préventif des fusions ainsi que d'une possibilité de démantèlement doivent être examinées.*“¹²⁸³
- 642 Einer solchen allgemeinen Entflechtungsmöglichkeit wäre vor allem dann Bedeutung zugekommen, wenn der Gesetzgeber sich nicht für die Einführung eines präventiven Fusionskontrollregimes entschieden hät-

1280 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 (C) 2000 / 124 BD: 75 # 310,2; Groupe de travail pour la révision de la loi sur les cartels: Rapport et proposition, S. 5.

1281 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 (C) 2000 / 124 BD: 75 # 310,2; Groupe de travail pour la révision de la loi sur les cartels: Rapport et proposition, S. 6.

1282 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 (C) 2000 / 124 BD: 75 # 310,2 bzw. oben Fn. 1277.

1283 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 (C) 2000 / 124 BD: 75 # 310,2; Groupe de travail pour la révision de la loi sur les cartels: Rapport et proposition, S. 8. Die offizielle französische Übersetzung der Verfügung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartments lautet dagegen leicht abweichend: „*Dans le domaine des entreprises puissantes sur le marché, les éléments constitutifs de l'abus seront cernés concrètement, en les illustrant d'exemples de pratiques où se reflète l'exploitation abusive d'une position dominante. Pour compléter ces règles, il convient de se pencher sur l'introduction d'un contrôle préventif des concentrations d'entreprises et d'une possibilité de leur démantèlement.*“ (FF 1995 I, S. 493).

te.¹²⁸⁴ In dem im Vernehmlassungsverfahren veröffentlichten Vorentwurf der Studienkommission zum KG 95 war aber bereits ein präventives Fusionskontrollregime vorgesehen. Dementsprechend wurden dort auch Entflechtungsvorschriften nur noch in diesem Zusammenhang genannt. Insbesondere war in dem Vorentwurf – ähnlich dem tatsächlich in Kraft getretenen Art. 37 KG (Rn. 53) – für den Fall rechtswidrig vollzogener Zusammenschlüsse ein Art. 42¹²⁸⁵ mit der Überschrift „Entflechtung“ bzw. „*Déconcentration*“¹²⁸⁶ vorgesehen. Auch im Übrigen taucht der Begriff „Entflechtung“ in den Vernehmlassungsunterlagen – soweit ersichtlich – nur noch im Zusammenhang mit der umstrittenen Einführung von präventiven Fusionskontrollvorschriften auf.¹²⁸⁷ Art. 42 des Vorentwurfs sollte ausweislich des Vernehmlassungsberichts zwar nur „marginale Bedeutung“¹²⁸⁸ bzw. „*un rôle marginal*“¹²⁸⁹ zukommen. Dennoch wurde etwa von *Leo Schürmann* in einer Stellungnahme kritisiert, dass in der Norm der „staatliche

1284 Vgl. dazu die E-Mail vom 25.05.2025 von *Marino Baldi* an den Verfasser dieser Arbeit: „Wenn zu Beginn der 1990er Jahre im Auftrag des Bundesrates an die Studienkommission für die Totalrevision des Kartellgesetzes die Rede davon war, dass im Sinne eines umfassenden Ansatzes (das heisst abgesehen von Bestimmungen über Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen) auch die ‚Einführung einer Fusionskontrolle und einer Entflechtungsmöglichkeit‘ in Betracht zu ziehen sei, so war besagte Entflechtungsmöglichkeit in erster Linie für den Fall gedacht, dass nicht eine präventive, sondern die weniger ‚invasive‘ Variante einer nachträglichen Fusionskontrolle vorgeschlagen würde. Das Prinzip einer ex-post-Fusionskontrolle war somit zwar eine Zeitlang als vage Möglichkeit in Arbeitsgruppen mitdiskutiert worden, dies aber nie mit einer ernst zu nehmenden Chance für eine tatsächliche Berücksichtigung.“

1285 „¹ Haben sich Unternehmen zusammengeschlossen, ohne die hierfür notwendige Genehmigung einzuholen, wird das Verfahren nach Artikel 41 von Amtes wegen durchgeführt. ² Der Wettbewerbsrat ordnet gegebenenfalls die Entflechtung der Unternehmen an, sofern nicht damit zu rechnen ist, dass die Entwicklung im betreffenden Markt zu wirksamem Wettbewerb führt.“ (Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 D 2005 / 345 BD: 160; Vorentwurf vom 03.09.1993, S. 15)

1286 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 D 2005 / 345 BD: 160 # 4311-1; Avant-projet du 03/09/1993, S. 15.

1287 Vgl. Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 D 2005 / 345 BD: 160 # 4311-1; Vernehmlassungsbericht vom 03.09.1993, S. 35, 36, 39.

1288 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 D 2005 / 345 BD: 160 # 4311-1; Vernehmlassungsbericht vom 03.09.1993, S. 42.

1289 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 D 2005 / 345 BD: 160 # 4311-1; Rapport de consultation, S. 41.

Fusionsintervenismus“ kulminierte.¹²⁹⁰ Eine allgemeine Entflechtungskompetenz wäre wohl auf noch erheblichere Kritik gestoßen und wurde im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren auch in der Wissenschaft nur am Rande erörtert.¹²⁹¹ Dies dürfte sich unter anderem damit erklären lassen, dass das in besonderer Weise als Vorbild für die Revision dienende EG-Kartellrecht solche Vorschriften zum damaligen Zeitpunkt ebenfalls nicht kannte, sehr wohl aber ein präventives Fusionskontrollregime.¹²⁹²

f) Schlussfolgerungen

- 643 Mit dem KG 95 wurde in der Schweiz erstmals der Wettbewerb als Institution zum zentralen Schutzgut eines Kartellgesetzes erklärt und das international etablierte Dreisäulenmodell eingeführt. Marktmächtige Unternehmen wurden zwar – insbesondere in der Fusionskontrolle – weiterhin grundsätzlich wohlwollend behandelt. Die Konzeption des KG 95 ist aber wettbewerbstheoretisch offen und dürfte der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz als zusätzlich „vierte Säule“ daher nicht entgegenstehen.

2. Revision von 2003

- 644 Die Kartellgesetzrevision von 2003 brachte erhebliche Verschärfungen und einen weiteren Paradigmenwechsel¹²⁹³ bzw. Quantensprung¹²⁹⁴ mit sich: Insbesondere ging mit der Revision von 2003 eine weitere Abkehr vom Missbrauchsprinzip einher, wonach Wettbewerbsbeschränkungen grund-

1290 Bundesarchiv Bern, Signatur J 1.298 2003 / 36 BD: 96 # 741; Kritische Bemerkungen zum Entwurf vom 28. September 1993 eines Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, S. 42.

1291 Eine kurze Erwähnung ohne konkreten Bezug zum Gesetzesentwurf findet sich etwa bei *Ruffner*, in: *Zäch/Zweifel*, Kartellrechtsreform, S. 221 f.

1292 Im europäischen Wettbewerbsrecht bestand ab 1990 ein präventives Fusionskontrollregime (Rn. 445). Strukturelle Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen wurden erst mit der KartellVO von 2003 ermöglicht (Fn. 488). Ein zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung berechtigendes *New Competition Tool* für die Europäische Kommission wurde in jüngerer Vergangenheit verschiedentlich diskutiert, bislang aber nicht eingeführt (Rn. 350, 397).

1293 So etwa *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 448 und *Stoffel*, in: *Stoffel/Zäch*, Kartellgesetzrevision, S. 9.

1294 *Stoffel*, in: *Hänni*, FS Fleiner, S. 685.

sätzlich zulässig sind und ein Verstoß gegen sie erst nach der rechtskräftigen Feststellung der Rechtswidrigkeit sanktionierbar ist.¹²⁹⁵ So sieht Art. 49a Abs. 1 KG seit 2003 nunmehr direkte Sanktionen für Verstöße gegen Artt. 5, 7 KG vor. Daneben wurden etwa ein Bonus- bzw. Kronzeugenprogramm geschaffen (Art. 49a Abs. 2 KG) und die Regelungen über die Befugnis der Wettbewerbskommission zu Hausdurchsuchungen konkretisiert (Art. 42 Abs. 2 KG). Anlass für diese Änderungen war insbesondere, dass die vom schweizerischen Konzern *Hoffmann-La Roche* initiierten „Vitaminskartelle“ in dessen Heimatland – anders als in der EU und den USA – unter Geltung des alten Kartellgesetzes ohne Sanktionen bleiben mussten, was zu Irritationen in der Öffentlichkeit führte.¹²⁹⁶

3. Revisionen ab 2021

Nach dem Scheitern eines weiteren Revisionsvorhabens von 2012,¹²⁹⁷ das 645 unter anderem eine institutionelle Reform der Wettbewerbskommission sowie eine Einführung des europäischen SIEC-Tests in der Schweiz enthielt,¹²⁹⁸ wurde mit der Kartellgesetzrevision von 2021 – im Anschluss an den deutschen § 20 GWB – das Institut der relativen Marktmacht in Art. 4 Abs. 2^{bis} KG eingeführt.¹²⁹⁹ Ein grundlegender Wandel am Charakter des Kartellgesetzes war damit aber nicht verbunden.

1295 *Heinemann*, ius.full 2021, S. 167 f. Ausführlich zum Übergang des schweizerischen Wettbewerbsrechts vom Missbrauchs- zum Verbotprinzip: *Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 78 ff.

1296 *Stoffel*, in: *Stoffel/Zäch*, Kartellgesetzrevision, S. 2 f. Vgl. auch *Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 76.

1297 BBl. 2012 3905; übersichtlich dazu *Ducrey*, in: *Marbach/Ducrey/Wild*, Immateriälgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1365 sowie *Martenet/Tercier*, in: *Martenet/Bovet/Tercier*, Commentaire Romand LCart, Intro. LCart Rn. 104 ff. Das Scheitern der Reform lässt sich wohl mit dem Fehlen „exogener Schocks“ erklären, die regelmäßig zu Entwicklungsschüben im Wettbewerbsrecht führen (vgl. *Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 76).

1298 Zu einem Vergleich des unionsrechtlichen SIEC-Kriteriums mit dem hergebrachten schweizerischen Marktbeherrschungs- und dem US-amerikanischen SLC-Test siehe *Botteron*, Le contrôle des concentrations, Rn. 1379 ff. Der SLC-Test wird auch im Vereinigten Königreich angewandt (Rn. 457).

1299 Zu der Revision vgl. *Kaufmann*, Sic! 2022, S. 181 ff. sowie *Krauskopf/Schopf*, D'Kart vom 17.05.2021. Instruktiv zum Institut der relativen Marktmacht auch *Weber/Volz*, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.496 ff.

646 Am 24.05.2023 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zu einer weiteren Teilrevision des Kartellgesetzes.¹³⁰⁰ Im Hinblick auf die Marktstrukturkontrolle ist insbesondere die erneut geplante Anpassung der Fusionskontrollvorschriften durch die Einführung des SIEC-Tests in Art. 10 Abs. 2 KG-Entwurf hervorzuheben.¹³⁰¹ Zudem sollen gem. Art. 9 Abs. 1^{bis} KG-Entwurf unter bestimmten Umständen Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission anerkannt werden (Rn. 681 f.). Hintergrund der Anpassungen ist hauptsächlich eine Harmonisierung mit dem Recht der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten.¹³⁰² Die Notwendigkeit eines fusionskontrollrechtlichen Sonderwegs für die „kleine offene Volkswirtschaft Schweiz“ (Rn. 634, 638) wird offenbar nicht mehr gesehen. Vielmehr scheint das Gegenteil der Fall zu sein, wenn als ein Grund der Revision angeführt wird, dass der SIEC-Test „die Tendenz zu konzentrierten Märkten, welche durch wenige und grosse Wettbewerber gekennzeichnet sind, in der Schweiz verringern könnte.“¹³⁰³ Hierin kommt ein zunehmend konzentrationskritisches Wettbewerbsverständnis zum Ausdruck. Isoliert hiervon wird derzeit auch eine institutionelle Reform der Wettbewerbskommission vorbereitet (Rn. 735).

IV. Schlussfolgerungen

647 Wirtschaftliche Machtkonzentrationen und Kartelle wurden in der Schweiz lange Zeit wohlwollend behandelt. Ein wettbewerbliches Problembewusstsein entwickelte sich erst vergleichsweise spät. Mittlerweile handelt es sich beim schweizerischen Kartellgesetz aber um ein weitgehend am EU-Recht orientiertes Dreisäulenmodell ohne die Möglichkeit missbrauchsunabhängiger Entflechtungen für Marktversagenstatbestände, bei denen die klassischen kartellrechtlichen Befugnisse nicht ausreichen.

648 Es stellt sich in der Schweiz also in gleicher Weise wie aktuell im europäischen und bis 2023 im deutschen Recht (NCT bzw. § 32f GWB) die Frage nach der Zweckmäßigkeit eines solchen Instruments. Das offene wettbewerbspolitische Leitbild des wirksamen Wettbewerbs unter dem Kartellge-

1300 BBl. 2023 1463. Zu den Inhalten vgl. *Stäuber/Thomann*, SZK/RSDC 2023, S. 139 ff. Mittlerweile (Dezember 2025) ist nach parlamentarischer Beratung der Schlussabstimmungstext veröffentlicht worden ((23.047) – XXIV 2023-1573).

1301 Kritisch dazu *Jacobs/Giger*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, E. Rn. 22.

1302 Vgl. BBl. 2023 1463, S. 20 ff.

1303 BBl. 2023 1463, S. 21.

setz dürfte einer Einführung jedenfalls nicht entgegenstehen. Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden ohnehin zunehmend kritisch beurteilt.

B. Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht

Bevor eine Handlungsempfehlung an den schweizerischen Gesetzgeber ausgesprochen werden kann, stellt sich die Frage der Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht. Im folgenden Abschnitt wird daher der verfassungs- (I.), unions- (II.) und völkerrechtliche (III.) Rahmen dargelegt. Die Erkenntnisse werden schlussfolgernd gewürdigt (IV.). 649

I. Verfassungsrecht

Mit Blick auf das Verfassungsrecht stellt sich zunächst die Frage, ob es eine Gesetzgebungszuständigkeit für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gibt (1.). Sodann ist fraglich, ob eine solche Norm mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen vereinbar wäre (2.). 650

1. Gesetzgebungszuständigkeiten

Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Wettbewerbsgesetzgebung enthält der Abschnitt „Wirtschaft“ über die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen. Namentlich sind in diesem Zusammenhang Art. 94 BV (a) und Art. 96 BV (b) zu beachten.¹³⁰⁴ 651

a) Art. 94 BV

Art. 94 BV statuiert die Grundsätze der Wirtschaftsordnung. Insbesondere haben sich Bund und Kantone gem. Art. 94 Abs. 1 BV an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit enthält dabei den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, also das grundsätzliche 652

1304 Vgl. Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 574.

Verbot wettbewerbsverzerrender staatlicher Maßnahmen.¹³⁰⁵ Konkret hat der Staat die zentralen Elemente des Marktmechanismus zu respektieren und darf das Spiel von Angebot und Nachfrage nicht verzerren oder gar ausschalten.¹³⁰⁶ Zudem muss er aufgrund des aus Art. 94 BV i.V.m. Art. 27 BV folgenden Wettbewerbsoptimierungsgebots möglichst wettbewerbsfreundliche Verhältnisse schaffen.¹³⁰⁷

- 653 Art. 94 BV vermittelt dem Bund jedoch – trotz seiner systematischen Verortung – keine Kompetenzen,¹³⁰⁸ sodass er auch nicht als Grundlage für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz herangezogen werden kann. Ihm kommt dagegen insbesondere als Schranke für Eingriffe in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit aus Art. 27 BV Bedeutung zu (Rn. 663).

b) Art. 96 BV

- 654 Gem. Art. 96 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Art. 96 BV bildet die Grundlage für aktive Wettbewerbspolitik zur Gewährleistung von Wettbewerb zwischen Privaten.¹³⁰⁹ Durch Art. 96 BV in seiner aktuellen Fassung steht es nicht mehr im Belieben des Gesetzgebers, ein Kartellgesetz zu erlassen; er ist dazu nun vielmehr von Verfassungs wegen verpflichtet.¹³¹⁰ Art. 96 BV enthält auch keinen Hinweis mehr auf eine mögliche Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit. Dass das Wettbewerbsrecht hierdurch nicht mehr als Ausnahme vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, sondern als dessen immanente Schranke anerkannt wird, „ist als geradezu kartellphilosophischer Meilenstein zu würdigen.“¹³¹¹

1305 Biaggini, OFK BV, Art. 94 Rn. 5; vgl. auch Uhlmann, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 94 Rn. 5 ff.

1306 Rhinow, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, S. 572. Vgl. auch Martenet, in: Martenet/Dubey, Commentaire Romand Cst., Art. 94 Rn. 26: „l'Etat doit **s'abstenir de fausser la concurrence.**“

1307 Biaggini, OFK BV, Art. 96 Rn. 4.

1308 Uhlmann, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 94 Rn. 2 m.w.N.

1309 Biaggini, OFK BV, Art. 96 Rn. 4.

1310 Heinemann, ius.full 2021, S. 169.

1311 Heinemann, ius.full 2021, S. 169. Siehe dazu auch Tercier/Martenet, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romand LCart, Introduction générale, Rn. 32: „La politique en matière de concurrence apparaît non plus comme une exception

Aus Art. 96 BV lässt sich im Zusammenspiel mit anderen wirtschafts- 655
verfassungsrechtlichen Normen die ordnungspolitische Grundentscheidung für eine wettbewerbliche Koordinierung der Privatwirtschaft entnehmen.¹³¹² Der Staat will Wettbewerb.¹³¹³ Der zwingende Auftrag zur Wettbewerbsgesetzgebung in Art. 96 BV ist dabei der Einsicht geschuldet, dass Wettbewerb ohne „Spielregeln“ nicht funktionieren kann (Rn. 142), Wettbewerbspolitik mithin „systemnotwendig“¹³¹⁴ ist.

Dabei liegt der Verfassung kein spezifischer Wettbewerbsbegriff zugrunde. Vielmehr teilt Art. 96 BV das offene wettbewerbstheoretische Konzept des KG 95 (Rn. 631 ff.), was die Berücksichtigung neuer wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse im Rahmen eines gesetzgeberischen und behördlichen Konkretisierungsspielraums ermöglicht.¹³¹⁵ Auch äußert sich Art. 96 BV nicht zu den Mitteln der Kartellpolitik, weshalb der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers beträchtlich ist.¹³¹⁶ Durch den Wortlaut von Art. 96 Abs.1 BV wird zudem klargestellt, dass der Gesetzgebungsauftrag nicht nur schädliche Auswirkungen von Kartellen im eigentlichen Sinn erfasst, sondern auch sonstige Wettbewerbsbeschränkungen. Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkungen ist weit zu verstehen.¹³¹⁷ Umfasst ist etwa auch die Zusammenschlusskontrolle.¹³¹⁸ Zu beachten ist zwar, dass Art. 96 BV nur ein Einschreiten gegen „volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen“ von Wettbewerbsbeschränkungen erlaubt. Der Verweis auf schädliche Auswirkungen ist auch nicht als bloße Förmelerei zu verstehen, sondern 656

à ce principe [...] mais comme un outil favorisant son accomplissement“. Zum Streitstand vor der Verfassungsrevision von 1999 vgl. *Rhinow/Biaggini*, in: *Zäch/Zweifel*, Kartellrechtsreform, S. 95 ff.

1312 *Hettich*, Wirksamer Wettbewerb, Rn. 209; *Vallender/Hettich*, in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 27 Rn. 98 m.w.N., Art. 94 Rn. 16.

1313 *Schott*, Staat und Wettbewerb, Rn. 629.

1314 *Biaggini*, OFK BV, Art. 96 Rn. 2.

1315 Vgl. *Biaggini*, OFK BV, Art. 96 Rn. 3, 5; *Moeckli*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 1 Rn. 42; *Uhlmann*, in: *Waldmann/Belser/Epiney*, BSK BV, Art. 96 Rn. 5.

1316 Vgl. BBl. 1997 I, S. 301. Siehe dazu etwa *Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 88 sowie *Martenet/Heinemann*, *Droit de la concurrence*, S. 44.

1317 *Moeckli*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 1 Rn. 23; *Uhlmann*, in: *Waldmann/Belser/Epiney*, BSK BV, Art. 96 Rn. 15; vgl. auch *Jacobs*, in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 96 Rn. 15, wonach „möglichst alle wettbewerbsbeschränkenden Gebilde erfasst werden sollen“.

1318 *Martenet*, in: *Martenet/Dubey*, *Commentaire Romand Cst.*, Art. 96 Rn. 25.

soll die staatlichen Interventionsmöglichkeiten effektiv einschränken.¹³¹⁹ Deshalb wäre in der Schweiz etwa auch ein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt nach dem früheren EU-Modell verfassungsrechtlich unzulässig.¹³²⁰ Zulässig sind jedoch sog. selektive *per se*-Verbote, also partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen.¹³²¹

- 657 Die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz könnte also auf Art. 96 Abs. 1 BV gestützt werden, soweit diese tatbestandsmäßig eine Wettbewerbsbeschränkung und ihre schädlichen Auswirkungen erfassen würde. Eine primär an die bloße Marktbeherrschung anknüpfende Entflechtungskompetenz wäre dagegen möglicherweise nicht verfassungskonform.¹³²² Die Einführung einer solchen wäre dem schweizerischen Gesetzgeber aber ohnehin nicht zu empfehlen. Vielmehr dürfte mittlerweile hinreichend klar sein, dass sich eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz nur gegen erwiesenermaßen besonders schädliche Marktstrukturen richten kann (Rn. 215 ff., 220 ff., 233 ff., 635). Soweit der Gesetzgeber sich für ein an anerkannten Schadenstheorien orientiertes Tatbestandsmerkmal wie etwa der „erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs“ aus dem deutschen Recht (Rn. 278 ff.) oder dem britischen *adverse effect on competition* (Rn. 492 ff.) entscheidet, dürfte Art. 96 Abs. 1 BV der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz aber nicht entgegenstehen.

2. Grundrechte

- 658 Als von einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz betroffene Grundrechte kommen insbesondere Art. 26 BV (a) und Art. 27 BV (b)

1319 Birkhäuser, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1 Rn. 52; Martenet/Tercier, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romand LCart, Art. 1 Rn. 27.

1320 Vgl. Biaggini, OFK BV, Art. 96 Rn. 6; Jacobs, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer, SGK BV, Art. 96 Rn. 17; Martenet/Heinemann, Droit de la concurrence, S. 61.

1321 BGE 135 II 60, 67.

1322 Vgl. Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 574. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber nicht zulässigerweise die Marktbeherrschung als solche als besonders schädliche Wettbewerbsbeschränkung einstufen könnte, da ihre negativen Folgen grundsätzlich anerkannt sind.

in Betracht.¹³²³ Diese können unter den Voraussetzungen des Art. 36 BV (c) eingeschränkt werden.

a) Art. 26 BV

Gem. Art. 26 Abs. 1 BV ist das Eigentum gewährleistet. „Eigentum“ meint dabei neben vermögenswerten und sog. wohlervorbenen Rechten insbesondere das private, sachenrechtliche Eigentum.¹³²⁴ Ein Eingriff in das Eigentum kann durch jedes öffentliche Interesse gerechtfertigt sein, solange es nicht rein fiskalischer Natur ist.¹³²⁵ Auch Enteignungen und ihnen gleichkommende Eigentumsbeschränkungen sind grundsätzlich zulässig. Art. 26 Abs. 2 BV erfordert für sie aber – entsprechend der schweizerischen Verfassungstradition¹³²⁶ – explizit eine Entschädigung in voller Höhe. Die Vorschrift soll bewirken, dass dem Enteigneten weder ein finanzieller Schaden noch eine Bereicherung verbleibt.¹³²⁷ 659

Bei einer Entflechtungsanordnung handelt es sich um eine formelle Enteignung bzw. Administrativenteignung, auch wenn das Eigentum nicht an den Staat übergeht.¹³²⁸ Die Entschädigungsvorschrift des Art. 26 Abs. 2 BV ist bei formellen Entscheidungen stets einschlägig,¹³²⁹ eine Entschädigung in voller Höhe für Entflechtungen damit zwingend erforderlich.¹³³⁰ Maßgeblich ist dabei in erster Linie der Verkehrswert, also der Wert, den der Enteignungsgegenstand für einen beliebigen Käufer aufweist.¹³³¹ Hinzutreten kann eine Entschädigung für weitere Nachteile (Inkonvenienzen).¹³³² Dies betrifft etwa in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Enteignung stehende Aufwendungen.¹³³³ In vereinzelt kantonalen Regelungen 660

1323 Vgl. Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hännli/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 572.

1324 Rhinow, in: Thüerer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, S. 573.

1325 BGE 106 Ia 94, 96 f.; 102 Ia 104, 114.

1326 Vgl. Biaggini, OFK BV, Art. 26 Rn. 1.

1327 Dubey, in: Martenet/Dubey, Commentaire Romand Cst., Art. 26 Rn. 136.

1328 Böni, sic! 2012, S. 82 f.

1329 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 30 Rn. 71.

1330 Ausnahmen sind zwar für polizeiliche Eigentumsbeschränkungen zur Abwehr von ernsthaften und unmittelbaren Gefahren denkbar, aufgrund der gebotenen engen Auslegung dieser Fallgruppe dürfte sie aber bei missbrauchsunabhängigen Entflechtungen nicht einschlägig sein (instruktiv BGE 106 Ib 336, 338 f. sowie Biaggini, OFK BV, Art. 26 Rn. 34).

1331 BGE 113 Ib, 39, 41.

1332 Biaggini, OFK BV, Art. 26 Rn. 38; Müller/Schefer, Grundrechte, S. 1037 f.

1333 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 30 Rn. 79.

ist auch ein „Unfreiwilligkeitszuschlag“ vorgesehen, der verfassungsrechtlich aber nicht erforderlich ist.¹³³⁴

- 661 Während also im Vereinigten Königreich überhaupt keine Entschädigung für missbrauchsunabhängige Entflechtungen erforderlich ist und sich in Deutschland über deren verfassungsrechtlich notwendige Höhe trefflich streiten lässt (Rn. 322 ff.), gibt die schweizerische Bundesverfassung hierzu klare Vorgaben und verlangt eine Entschädigung des vollen Werts. Dem kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn bei einer Veräußerung infolge einer Entflechtungsanordnung – etwa aufgrund von Zeitdruck – nicht der volle Markt- bzw. Verkehrswert erzielt werden kann. Der Staat muss für diesen Fall eine Preisgarantie übernehmen.¹³³⁵

b) Art. 27 BV

- 662 Gem. Art. 27 Abs. 1 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Das Grundrecht wurde durch die Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 geschaffen und trat an die Stelle der früheren Handels- und Gewerbebefreiheit.¹³³⁶ Es umfasst jede mit Gewinn- oder Erwerbserzielungsabsicht ausgeführte privatwirtschaftliche Tätigkeit.¹³³⁷ Während Art. 27 BV bei organisatorischen Entflechtungsformen (Rn. 24) das zuvörderst betroffene Grundrecht darstellt, dürfte es für die hier untersuchten eigentumsrechtlichen Entflechtungen allenfalls gleichrangige Bedeutung mit Art. 26 BV haben.¹³³⁸ Bei der Bewertung staatlicher Maßnahmen ist aber ohnehin der Sinngehalt aller betroffenen Grundrechte mitzuberücksichtigen.¹³³⁹
- 663 Die Legitimation von Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit unterscheidet sich danach, ob diese grundsatzkonform oder grundsatzwidrig sind – während erstere grundsätzlich zulässig sind, sind letztere grundsätzlich verboten.¹³⁴⁰ Zur allgemeinen Schrankennorm des Art. 36 BV tritt für Art. 27

1334 Vgl. *Biaggini*, OFK BV, Art. 26 Rn. 29.

1335 *Böni*, sic! 2012, S. 83.

1336 *Biaggini*, OFK BV, Art. 27 Rn. 1; *Kley* in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Vor Art. 1 Rn. 53.

1337 BGE 140 I 218, 229: „*toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu*“.

1338 Vgl. *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1036 f.

1339 *Biaggini*, OFK BV, Art. 27 Rn. 3; BGE 125 I 417, 422.

1340 Vgl. *Vallender/Hettich* in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 27 Rn. 56 ff.

BV also diejenige des Art. 94 Abs. 1 BV hinzu.¹³⁴¹ Insbesondere Eingriffe, die mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid für eine wettbewerbliche Koordination der Privatwirtschaft (Rn. 655) in Einklang stehen, sind aber als grundsatzkonform anzusehen und damit grundsätzlich zulässig.¹³⁴² Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz dient gerade dort der besseren Funktion des Wettbewerbs, wo dieser aufgrund verfestigter Strukturen seiner Koordinationsfunktion nicht vollständig nachkommen kann. Ihre Einführung in das Kartellgesetz dürfte demnach grundsatzkonform sein.

Art. 27 BV enthält zudem als besonderes – weiter als das allgemeine 664
Rechtsgleichheitsgebot gem. Art. 8 Abs. 1 BV reichendes – Gleichbehandlungsgebot den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten bzw. Gewerbetreibenden. Nach diesem Grundsatz ist eine staatliche Ungleichbehandlung von Konkurrenten auch dann unzulässig, wenn sie zwar auf sachlichen Gründen beruht, aber einzelne Konkurrenten benachteiligt oder begünstigt (etwa durch staatlich geregelten Marktzugang oder – *nota bene* – Marktausschluss).¹³⁴³ Allerdings lässt das Bundesgericht Ausnahmen zu, wenn sie gewichtigen öffentlichen Interessen – etwa dem Umweltschutz oder der Kulturpolitik – dienen und den Wettbewerb nicht spürbar verzerren.¹³⁴⁴ Dabei fällt auf, dass die Rechtfertigungsgründe (jedenfalls soweit sie im öffentlichen Interesse und nicht der Person des Konkurrenten begründet liegen) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine besonders triftigen sein müssen.¹³⁴⁵

Da wirksamer Wettbewerb, der durch eine missbrauchsunabhängige 665
Entflechtungskompetenz erreicht werden soll, ein verfassungsrechtlich anerkanntes Schutzgut ist (Rn. 655), dürfte es sich um ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse zur Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden handeln. Auch um eine „spürbare Wettbewerbsverzerrung“ dürfte es sich bei der Einführung bzw. Anwendung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz nicht handeln:

1341 Vgl. *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 31 Rn. 51 ff.

1342 *Vallender/Hettich* in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 27 Rn. 59; vgl. auch *Uhlmann*, in: *Waldmann/Belser/Epiney*, BSK BV, Art. 96 Rn. 8: „Heute dürfte unbestritten sein, dass Wettbewerbspolitik i.S.v. Art. 96 mit dem *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* in Einklang steht.“

1343 Vgl. BGE 121 I 129, 134 f.; *Biaggini*, OFK BV, Art. 27 Rn. 23 ff.

1344 BGE 125 I 431, 436.

1345 *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 31 Rn. 107.

- Zunächst dürfte schon begrifflich keine Wettbewerbsverzerrung vorliegen. Denn der Begriff der Wettbewerbsverzerrung meint regelmäßig gerade eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die besonders starke Position eines Unternehmens.¹³⁴⁶ Zwar modifiziert (und verzerrt damit in gewisser Weise) eine missbrauchsunabhängige Entflechtung häufig – wenn auch nicht immer, vgl. oben Rn. 398 ff., 539 ff., 543 ff. – die Ergebnisse freien Wettbewerbs. Allerdings tut sie dies gerade dann, wenn der Wettbewerb bereits zugunsten eines oder mehrerer mächtiger Unternehmen verzerrt und nicht mehr funktionsfähig ist. Missbrauchsunabhängige Entflechtungen richten sich damit gegen Wettbewerbsverzerrungen.
- Der Begriff der spürbaren Wettbewerbsverzerrung impliziert zudem eine Interessenabwägung – so kann etwa eine Andersbehandlung des größeren gegenüber dem kleineren Wettbewerber gerechtfertigt sein.¹³⁴⁷ Dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen dürfte daher jedenfalls genügt werden, wenn tatbestandlich sichergestellt ist, dass das von der Entflechtung betroffene Unternehmen einen besonderen Beitrag zur schädlichen Marktstruktur leistet.

c) Art. 36 BV

- 666 Gem. Art. 36 BV können Grundrechte auf einer gesetzlichen Grundlage (aa) eingeschränkt werden, soweit dies durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt ist (bb), die Einschränkung verhältnismäßig ist (cc) und den Kerngehalt der Grundrechte nicht berührt (dd).

1346 So liegt etwa gem. Art. 4 Abs. 1 der EU-Drittstaaten-Subventionsverordnung (VO (EU) 2022/2560) eine Verzerrung auf dem Binnenmarkt vor, wenn eine drittstaatliche Subvention geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Unternehmens auf dem Binnenmarkt zu verbessern, und die drittstaatliche Subvention dadurch den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt tatsächlich oder potenziell beeinträchtigt. Ausführlich dazu *Weiß*, NZKart 2025, S. 108 ff.

1347 So etwa für verschieden große Ladengeschäfte (BGE 125 II 129, 150) und Zirkusse (BGE 121 I 279, 287 f.).

aa) Gesetzesvorbehalt

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen gem. Art. 36 Abs. 1 S. 1 BV 667 einer gesetzlichen, also abstrakt-generellen,¹³⁴⁸ Eingriffsgrundlage. Schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 S. 2 BV). Von einem solchen schwerwiegenden Eingriff ist bei einer eigentumsrechtlichen Entflechtung auszugehen, sodass es eines formellen Gesetzes als Eingriffsgrundlage bedarf.¹³⁴⁹ Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz müsste daher zwingend ins KG selbst aufgenommen werden und dürfte nicht etwa durch eine Verordnung eingeführt werden.

Die zur Entflechtung berechtigende Norm muss zudem hinreichend 668 bestimmt sein, also dem Gebot der genügenden Normdichte Rechnung tragen.¹³⁵⁰ Sie muss daher „so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.“¹³⁵¹ Diese Anforderungen verlangen einen möglichst konkret ausgestalteten Entflechtungstatbestand, der aber ohnehin auch unter ökonomischen Gesichtspunkten anzustreben ist (Rn. 113). Eine gewisse Offenheit des Tatbestands ist aufgrund der ökonomischen Komplexität wiederum notwendig und dürfte auch zulässig sein. Denn der verfassungsrechtlich erforderliche Grad an Bestimmtheit „hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.“¹³⁵²

1348 *Biaggini*, OFK BV, Art. 36 Rn. 9; *Dubey*, in: *Martenet/Dubey*, Commentaire Romand Cst., Art. 36 Rn. 74.

1349 Vgl. *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1039 f. Siehe dazu auch *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 30 Rn. 45: „Bei der *formellen Enteignung* liegt immer [...] eine *schwere Einschränkung* vor.“

1350 *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1041 m.w.N.

1351 BGE 117 Ia 472, 480.

1352 Vgl. BGE 139 I 280, 284.

bb) Öffentliches Interesse oder Grundrechte Dritter

- 669 Die verfassungsrechtlich verbrieften Ziele der freien Marktwirtschaft und des Wettbewerbsschutzes im Sinne von Artt. 94, 96 BV liegen im öffentlichen Interesse.¹³⁵³ Dementsprechend kann eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsanordnung mit dem Ziel funktionierenden und freien Wettbewerbs die Einschränkung von Artt. 26, 27 BV grundsätzlich rechtfertigen.¹³⁵⁴
- 670 Der Schutz von Grundrechten Dritter dürfte indes keine Rolle für die Rechtfertigung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz spielen. Denn bei dem grundsätzlich infrage kommenden Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit der Konkurrenten handelt es sich primär um ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe.¹³⁵⁵ Ihm kommt dagegen keine direkte Drittwirkung zu.¹³⁵⁶ Insbesondere dürfte Art. 27 BV nicht die lückenlose „Garantie eines Systems der freien Konkurrenz“ zu entnehmen sein.¹³⁵⁷ Im Ergebnis vermittelt die individualrechtliche Komponente des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 27 BV dem Einzelnen also keinen Schutz vor Konkurrenz.¹³⁵⁸

cc) Verhältnismäßigkeit

- 671 Der in Art. 36 Abs. 3 BV statuierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert, dass die Norm zur Erreichung des im öffentlichen Interesse verfolgten Zwecks geeignet, erforderlich und zumutbar ist.¹³⁵⁹ Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dürfte folgen, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung nur als *ultima ratio* in Betracht kommt, wenn sämtliche anderen

1353 *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1043.

1354 *Böni*, sic! 2012, S. 82.

1355 *Schott*, Staat und Wettbewerb, Rn. 735.

1356 *Vallender/Hettich* in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 27 Rn. 7.

1357 *Müller/Schefer*, Grundrechte, S. 1045, Fn. 24.

1358 BGE 138 I 378, 386. Die Entscheidung bezog sich zwar auf die Konkurrenz durch staatliche Unternehmen, hieraus könnte aber gefolgert werden, dass erst recht kein Schutz vor privater Konkurrenz besteht. Vgl. auch *Martenet*, in: *Martenet/Dubey*, *Commentaire Romand Cst.*, Art. 27 Rn. 72: „l'art. 27 Cst. n'offre **pas de protection contre la concurrence**. Ainsi, il n'apporte en principe aucun secours à une entreprise exposée à des concurrents très agressifs, mais agissant de manière licite“.

1359 BGE 132 I 49, 62. Zu einer Darlegung für Entflechtungen im Infrastrukturbereich vgl. *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1045 ff.

Instrumente nicht ausreichend sind und es sich um einen Markt für Güter mit besonderer Gemeinwohlbedeutung handelt.¹³⁶⁰ Die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechen im Wesentlichen denjenigen unter der Geltung des deutschen Grundgesetzes. Die oben (Rn. 317 ff.) zu § 32f Abs. 4 GWB angestellten Erwägungen lassen sich daher weitgehend übertragen und werden dem unten (Rn. 693) ausformulierten Gesetzesvorschlag zugrunde gelegt.

dd) Kerngehalt

Gem. Art. 36 Abs. 4 BV ist der Kerngehalt der Grundrechte unantastbar. 672 Eingriffe in den Kernbereich eines Grundrechts sind also schlechthin unzulässig. Die Reichweite dieser Garantie ist allerdings unklar. Praktisch spielt sie selten eine Rolle, da es kaum denkbar erscheint, dass eine den Kerngehalt berührende Maßnahme die Verhältnismäßigkeitsprüfung übersteht.¹³⁶¹ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 36 Abs. 4 BV betrifft daher ganz überwiegend Fälle, in denen der Kerngehalt der Grundrechte gerade nicht berührt war.¹³⁶² Dennoch ist eine Annäherung an die Kerngehaltsgarantie der hier in Rede stehenden Artt. 26, 27 BV möglich:

Der Kerngehalt von Art. 26 BV wird regelmäßig im Zusammenhang mit 673 der Garantie des Instituts Eigentum als solchem genannt bzw. mit dieser gleichgesetzt.¹³⁶³ Der Kerngehalt von Art. 27 BV ist zwar bis heute weitgehend unklar.¹³⁶⁴ Jedenfalls gehört aber die freie Wettbewerbskoordination als solche schon aufgrund der Vielzahl der von der Wirtschaftsverfassung vorgesehenen und wettbewerbstheoretisch notwendigen Eingriffe nicht zum Kernbereich von Art. 27 BV.¹³⁶⁵ Ein Eingriff in den Kerngehalt käme allerdings in Betracht, soweit der „institutionelle Kerngehalt einer grundsätzlich wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung“ durch ein staatliches

1360 So Böni, sic! 2012, S. 82.

1361 Biaggini, OFK BV, Art. 36 Rn. 24, 26; vgl. auch Dubey, in: Martenet/Dubey, Commentaire Romand Cst., Art. 36 Rn. 127.

1362 Für eine Übersicht vgl. Dubey, in: Martenet/Dubey, Commentaire Romand Cst., Art. 36 Rn. 134.

1363 Vgl. etwa BGE 106 Ia 342, 350 sowie Müller/Schefer, Grundrechte, S. 1045: „Mit diesen Formulierungen bringt das Bundesgericht m.E. zum Ausdruck, dass der Kerngehalt der Eigentumsgarantie mit der Institutsgarantie übereinstimmt“. Kritisch dazu Biaggini, OFK BV, Art. 26 Rn. 23.

1364 Vgl. BGE 136 I 17, 28; Schott, Staat und Wettbewerb, Rn. 750.

1365 Schott, Staat und Wettbewerb, Rn. 611, 750.

Mitspracherecht bei Marktentscheiden – etwa durch eine allgemeine Preiskontrolle – angetastet würde.¹³⁶⁶

II. Unionsrecht

- 674 Das Wettbewerbsrecht in der Schweiz ist heutzutage kein isoliert nationales Rechtsgebiet mehr, sondern stark durch internationale Einflüsse, insbesondere das Recht der Europäischen Union, geprägt.¹³⁶⁷ Dabei ist eine weitgehende Harmonisierung des schweizerischen Rechts mit demjenigen in der EU und ihren Mitgliedstaaten kein Selbstzweck, sondern hilft den betroffenen Unternehmen zu geringeren (Compliance-)Kosten, etwa durch einheitlich ausgestaltete Vertriebssysteme.¹³⁶⁸ Die Harmonisierung verhindert so auch eine Isolierung der Schweizer Märkte.¹³⁶⁹ Demgegenüber wird ein durch die Orientierung am Unionsrecht bedingter Souveränitätsverlust der Schweiz beklagt.¹³⁷⁰
- 675 Im folgenden Abschnitt soll daher die Frage erörtert werden, inwieweit etwaige Bindungswirkungen des europäischen Rechts die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz beeinflussen könnten. Solche Bindungswirkungen könnten sich grundsätzlich aus bilateralen Abkommen (1.) sowie dem autonomen Nachvollzug von EU-Recht (2.) ergeben.¹³⁷¹ Darüber hinaus ist Art. 9 Abs. 1^{bis} KG-Entwurf (3.) zu beachten. Bei all diesen Instituten handelt es sich zwar dogmatisch nicht um Unionsrecht, sondern um Völkerrecht bzw. nationales Recht. Die Punkte werden aufgrund ihres inhaltlich engen Bezugs zum Unionsrecht aber unter dieser Überschrift behandelt.

1366 Müller/Schefer, Grundrechte, S. 1079.

1367 Eine ausführliche historische Herleitung hierzu findet sich bei Sturny, Einfluss des EU-Rechts, S. 5 ff.; vgl. etwa auch Bovet, ZSR/RDS 2/2000, S. 292 f.

1368 Vgl. Stäuber/Thomann, SZK/RSDC 2023, S. 141; Sturny, Einfluss des EU-Rechts, S. 254.

1369 Vgl. Ziff. VII. der Präambel der Vertikalbekanntmachung vom 12.12.2022 (BBl 2022 3231).

1370 Vgl. etwa Hirsbrunner, NZKart 2025, S. 168 f.; Spinner/Maritz, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl, FS Zäch, S. 137 f.

1371 Vgl. Oesch, Schweiz – EU, Rn. 6 f. *et passim*.

1. Bilaterale Abkommen

Zwischen der Schweiz und der EU existiert das bilaterale Kooperationsabkommen über die Zusammenarbeit bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts vom 17.05.2013.¹³⁷² Das Abkommen geht ausweislich seiner Präambel zwar davon aus, dass „die Systeme der Schweiz und der Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten“. Das Abkommen beschränkt sich aber auf verfahrensmäßige Regelungen und verlangt ausdrücklich keine Harmonisierung des materiellen Rechts.¹³⁷³ Die Souveränität des schweizerischen Gesetzgebers wird daher durch das Kooperationsabkommen nicht beschränkt.¹³⁷⁴ Materiellrechtliche bilaterale Abkommen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts existieren nur in sehr geringem Umfang – namentlich sind an Artt. 101 ff. AEUV angelehnte Vorschriften im Freihandelsabkommen sowie dem Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union enthalten¹³⁷⁵ – und dürften keine über ihren konkreten Anwendungsbereich hinausgehenden Bindungswirkungen entfalten. Demnach dürfte der schweizerische Gesetzgeber nicht durch bilaterale Abkommen mit der Europäischen Union an der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gehindert sein.

2. Autonomer Nachvollzug

Unter autonomem Nachvollzug von EU-Recht versteht man eine bewusste Übernahme von EU-Recht in der Schweiz ohne staatsvertragliche Verpflichtung hierzu.¹³⁷⁶ Weite Teile des modernen schweizerischen Wettbewerbsrechts sind im Wege des autonomen Nachvollzugs entstanden (Rn. 636 ff.).

Autonom nachvollzogenes Recht ist nach einer Literaturauffassung – anders als bloß durch einen Rechtsvergleich inspiriertes Recht – vom An-

1372 SR 0.251.268.1.

1373 Vgl. BBl. 2013, S. 3961: „Das Abkommen ist verfahrensrechtlicher Natur und verlangt keine materielle Harmonisierung des Rechts. Die Frage nach der Übernahme des Rechtsbestandes (acquis) der EU und die institutionellen Fragen stellen sich daher nicht.“

1374 *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 255.

1375 Vgl. dazu *Oesch*, Schweiz – EU, Rn. 237 ff.

1376 *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 5.

wender streng europakompatibel zu interpretieren, wobei nicht nur bisheriges, sondern auch künftiges Unionsrecht zu berücksichtigen sei.¹³⁷⁷ Träfe diese Auffassung zu, dann würden sich auch für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz Folgeprobleme ergeben. So müsste etwa die Diskussion, ob das wettbewerbspolitische Leitbild des Art. 102 AEUV ein missbrauchsunabhängiges Vorgehen gegen wirtschaftliche Machtkonzentrationen verbietet (Rn. 341 f.), geführt werden, da Art. 7 KG diesem nachempfunden ist.

679 Allerdings hat das Bundesgericht in seiner *Swisscom*-Entscheidung vom 11.04.2011 entschieden, dass das schweizerische Kartellgesetz autonom und nicht zwangsläufig im Einklang mit dem EU-Recht auszulegen ist.¹³⁷⁸ Selbst bei Regelungen, die mit dem Unionsrecht identisch sind, gibt es Grenzen der Parallelität. Namentlich ergeben sich diese Grenzen aus Weiterentwicklungen des Unionsrechts nach Erlass der schweizerischen Norm sowie der beschränkten Vergleichbarkeit der den jeweiligen Regelungen unterliegenden Volkswirtschaften.¹³⁷⁹

680 Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen also im Ergebnis auch eindeutig aus dem EU-Recht übernommene Vorschriften nicht zwingend übereinstimmend mit dem Unionsrecht ausgelegt werden.¹³⁸⁰ Vor allem aber ist der Gesetzgeber nicht an das Ziel der Europakompatibilität gebunden.¹³⁸¹ Demnach dürften sich aus dem autonomen Nachvollzug des europäischen Wettbewerbsrechts keine Hindernisse für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz ergeben.

3. Art. 9 Abs. 1^{bis} KG-Entwurf

681 Zuletzt kommt durch Art. 9 Abs. 1^{bis} KG-Entwurf eine – jedenfalls mittelbare – Bindung an das Unionsrecht in Form von Entscheidungen der Europäischen Kommission in Betracht. Die Norm sieht vor, dass für Zu-

1377 *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 7 m.w.N.

1378 BGE 137 II 199, 208 ff.

1379 BGE 143 II 297, 327 f. Ausführlich zu Reichweite und Grenzen der europaverträglichen Auslegung autonom nachvollzogener Normen: *Oesch*, Schweiz – EU, Rn. 409 ff.

1380 *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 250; vgl. auch *Birkhäuser*, in: *Amstutz/Reinert*, BSK KG, Art. 1 Rn. 16.

1381 *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 254.

sammenschlüsse keine Anmeldepflicht besteht, wenn sämtliche vom Vorhaben betroffenen sachlichen Märkte räumlich so abzugrenzen sind, dass sie die Schweiz und zumindest den Europäischen Wirtschaftsraum umfassen und das Vorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird. Ein ähnliches Regime findet sich bereits im Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union.¹³⁸² Ausweislich der Botschaft zu dem Revisionsvorhaben ist aufgrund der Einführung des unionsrechtlichen SIEC-Kriteriums ins Kartellgesetz „von einer gleich ausfallenden Beurteilung von Zusammenschlüssen auszugehen. Daher kann sich die Schweiz hinsichtlich der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses autonom in die Position eines Mitgliedsstaates des EWR versetzen und auf eine eigenständige kartellrechtliche Prüfung des Zusammenschlusses verzichten.“¹³⁸³ Kritisiert wird insoweit allerdings, dass die Europäische Kommission negative Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Schweiz möglicherweise gar nicht prüfen würde.¹³⁸⁴

Zwar könnte der praktische Anwendungsbereich der Norm ohnehin 682 gering sein, da sich nur selten vorhersagen lässt, ob keine rein nationalen Märkte betroffen sind.¹³⁸⁵ Dennoch würde der Gesetzgeber mit ihrer Einführung den Unternehmen einen Vertrauensschutz im Hinblick auf Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission einräumen. Dieser Vertrauensschutz müsste auch bei der Ausgestaltung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz beachtet werden, damit die Wettbewerbskommission nicht ohne wesentliche Veränderung der entscheidungserheblichen Umstände eine von der Europäischen Kommission freigegebene Fusion nachträglich entflechten kann (Rn. 345 ff.). Denn gem. Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Das Grundrecht aus Art. 9 BV umfasst dabei insbesondere das Verbot widersprüchlichen Verhaltens staatlicher Organe.¹³⁸⁶

1382 Vgl. *Jacobs/Giger*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, E. Rn. 18 f.

1383 BBl. 2023 1463, S. 35.

1384 *Hirsbrunner*, NZKart 2025, S. 169.

1385 *Stäuber/Thomann*, SZK/RSDC 2023, S. 149.

1386 *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 34 Rn. 18.

III. Völkerrecht

- 683 Das schweizerische Kartellgesetz statuiert in seinem Art. 2 Abs. 2, dass es auf Sachverhalte anwendbar ist, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. In der Schweiz gilt also – wie auch in den beiden anderen hier untersuchten Rechtsordnungen – das Auswirkungsprinzip. Ebenso wie in Deutschland (Rn. 356 ff.) und im Vereinigten Königreich (Rn. 518 f.) wäre eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ausländischer Unternehmen damit zwar grundsätzlich zulässig, dürfte aber an praktischen Hürden scheitern.¹³⁸⁷ Möglich erscheint vielmehr nur die Entflechtung der in der Schweiz belegenen Teile von ausländischen Unternehmen.

IV. Schlussfolgerungen

- 684 Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz dürfte auch in der Schweiz mit höherrangigem Recht vereinbar auszugestalten sein. Insbesondere die Bundesverfassung stellt zwar einen grund- und kompetenzrechtlichen Rahmen auf. Diesen Anforderungen dürfte durch eine sorgfältige Ausgestaltung der Norm aber entsprochen werden können.

1387 Vgl. dazu schon *Baldi/Borer*, WuW 1998, S. 346: „Das Auswirkungsprinzip schafft zwar klare Regelungskompetenzen für die Anwendung des materiellen Rechts, stößt jedoch dort an Grenzen, wo es um die Durchsetzung des nationalen Rechts gegenüber Unternehmen mit Sitz im Ausland geht.“

C. Handlungsempfehlung an den schweizerischen Gesetzgeber

Nachdem die grundsätzliche Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit dem wettbewerbstheoretischen Leitbild des schweizerischen Kartellgesetzes und höherrangigem Recht dargelegt wurde, stellt sich die Frage, welches Vorgehen dem Gesetzgeber zu empfehlen ist. Im folgenden Abschnitt wird zunächst dargelegt, weshalb die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz auch in der Schweiz zweckmäßig wäre (I.), bevor ein konkreter Vorschlag unterbreitet (II.) und anschließend ausführlich erläutert (III.) wird. 685

I. Zweckmäßigkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz

Fraglich ist zunächst, ob die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz erforderlich ist. Das wäre insbesondere dann nicht der Fall, wenn die bestehenden Eingriffsbefugnisse unter dem Kartellgesetz (1.) und dem Preisüberwachungsgesetz (2.) zur Adressierung sämtlicher wettbewerblicher Problemlagen ausreichen würden. Die Frage wird schlussfolgernd beantwortet (3.). 686

1. Bestehende Eingriffsbefugnisse unter dem Kartellgesetz

Bislang bestehen unter dem schweizerischen Kartellgesetz Eingriffsbefugnisse der Wettbewerbskommission gegen Kartelle, den Missbrauch von Marktmacht sowie bestimmte Zusammenschlüsse. Das Kartellgesetz folgt damit dem in Europa und international etablierten Dreisäulenmodell, sodass sich in der Schweiz in gleicher Weise wie aktuell im europäischen und bis 2023 im deutschen Recht (NCT bzw. § 32f GWB) die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz stellt (Rn. 647). 687

Gegen die Notwendigkeit der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz wurde von *Zäch* und *Heizmann* bereits im Zusammenhang mit der Diskussion um den deutschen 688

Brüderle-Entwurf von 2010 (Rn. 230 ff.) angeführt, dass eine konsequente Anwendung der Marktmachtmissbrauchsaufsicht gem. Art. 7 KG die „objektive“ Entflechtung entbehrlich erscheinen ließe.¹³⁸⁸ Dieses Argument wurde auch in der Debatte um die Einführung von § 32f Abs. 4 GWB in Deutschland im Jahr 2023 unter Berufung auf § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV wieder vorgebracht.¹³⁸⁹ Ebenso wie in Deutschland greift das Argument jedoch auch in der Schweiz zu kurz. So ist etwa die rein marktstrukturbedingte stillschweigende Kollusion ohne *facilitating practices* (Rn. 106, 366 ff.) mangels Verhaltens- bzw. kommunikativen Elements der Oligopolisten auch durch Art. 5 KG oder Art. 7 KG nicht adressierbar.¹³⁹⁰ Sie würde deshalb einen möglichen Anwendungsfall für eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz darstellen.

689 Im Hinblick auf die Eingriffsbefugnisse unter dem Kartellgesetz stellt sich die Diagnose für das schweizerische Recht also ebenso dar wie bis 2023 für das deutsche Recht: Zwar adressieren die klassischen Befugnisse viele Marktversagenstatbestände, es verbleiben aber Anwendungsfälle, in denen neue Befugnisse sinnvoll eingesetzt werden könnten. Insoweit bestehen auch in der Schweiz Lücken im System des Wettbewerbsschutzes.¹³⁹¹ In jüngerer Vergangenheit wurde deshalb auch von Literaturstimmen¹³⁹², Wettbewerbskommission¹³⁹³ und Politik¹³⁹⁴ die Prüfung bzw. Einführung eines Marktuntersuchungsinstruments nach deutschem bzw. britischem Vorbild gefordert.

2. Bestehende Eingriffsbefugnisse unter dem Preisüberwachungsgesetz

690 Weiter wurde mit Blick auf die schweizerische Besonderheit der Existenz des Preisüberwachungsgesetzes (PüG) von 1985 angeführt, dass dessen Anwendung als milderes Mittel vorrangig sei.¹³⁹⁵ Dem Preisüberwachungs-

1388 Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 574 ff.

1389 Vgl. etwa Thomas, ZWeR 2022, S. 344.

1390 Vgl. Amstutz/Carron/Reinert, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romand LCart, Art. 5 Rn. 40 m.w.N.

1391 Böni, sic! 2012, S. 79 f.

1392 Künzler/Jany, SZK/RSDC 2023, S. 117 f.

1393 WEKO, Stellungnahme UBS/CS, Rn. 677 ff., 683.

1394 Postulat WAK-N (23.3444) vom 04.04.2023: Zusammenschluss von UBS und CS. Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen und volkswirtschaftlichen Bedeutung.

1395 Zäch, in: FS FIW, S. 281 f.; Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 576 f.

gesetz liegt die Annahme zugrunde, dass es im Bereich kartellrechtlich zulässiger Wettbewerbsbeschränkungen einer staatlichen Preisregulierung bedarf.¹³⁹⁶ Zwar befasst der Preisüberwacher sich hauptsächlich mit staatlich administrierten Preisen, die gem. Art. 3 Abs. 1 lit. a) KG nicht in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen.¹³⁹⁷ Es unterliegen aber namentlich auch marktmächtige Unternehmen der Überwachung ihrer Preise für Waren und Dienstleistungen (Art. 1f. PüG). Das Preisüberwachungsgesetz komplettiert damit die Marktmachtmisbrauchsaufsicht als zweite Säule des kartellrechtlichen Wettbewerbsschutzes.¹³⁹⁸ So hat der Preisüberwacher etwa im Mai 2025 gegenüber der den Markt dominierenden Buchungsplattform *Booking.com* verfügt, dass diese ihre missbräuchlich überhöhten Kommissionssätze um durchschnittlich knapp ein Viertel reduzieren muss.¹³⁹⁹

Allerdings können missbrauchsunabhängige Entflechtungen auch andere Wettbewerbsprobleme als erhöhte Preise adressieren. Die Preiskontrolle ist zwar die offensichtlichste, aber bei Weitem nicht die einzige Funktion des Wettbewerbs, die durch verfestigte Machtkonzentrationen behindert wird (Rn. 103 ff.). Demnach spricht auch die Existenz des Preisüberwachungsgesetzes in der Schweiz nicht *per se* gegen die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz. Vielmehr könnten die Instrumente sich sinnvoll ergänzen, wobei es ohnehin auf der Hand liegt, dass eine Entflechtung nur als *ultima ratio* in Betracht kommt. 691

3. Schlussfolgerungen

Auch die Eingriffsbefugnisse im schweizerischen Wettbewerbsrecht reichen nicht vollständig zur Adressierung von Marktversagenstatbeständen aus. Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz hätte demnach 692

1396 *Schluep*, AJP/PJA 1996, Fn. 48.

1397 *Ducrey*, in: *Marbach/Ducrey/Wild*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1434. Instrukтив zur staatlichen Markt- und Preisordnung gem. Art. 3 Abs. 1 lit. a) KG: *Weber*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, A. Rn. 87 ff.

1398 *Martenet/Heinemann*, Droit de la concurrence, S. 142. Zum Verhältnis zwischen PüG und KG siehe ebd., S. 143 ff. sowie *Ducrey*, in: *Marbach/Ducrey/Wild*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1681 ff. und *Weber*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, A. Rn. 147 ff.

1399 Vgl. dazu die Medienmitteilung des Preisüberwachers vom 21.05.2025: https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/presse/medienmitteilung_verfuegung_booking.pdf, zuletzt abgerufen am 28.08.2025.

auch im Kartellgesetz ihre Daseinsberechtigung, soweit sie Kosten und Nutzen in einen angemessenen Ausgleich bringt. Es gilt daher auch für die Schweiz im Jahr 2025, was *Möschel* schon in seiner Studie zum deutschen Recht von 1979 festgestellt hat: „Insgesamt behält ein Entflechtungsinstrument seine Sinnfälligkeit auch dann, wenn man nach anderen wettbewerbspolitischen Alternativen fragt.“¹⁴⁰⁰

II. Ausformulierung eines Vorschlags

- 693 In der Gesamtschau der Erkenntnisse der vorliegenden Untersuchung erscheint für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in das schweizerische Kartellgesetz folgender Formulierungsvorschlag sachgerecht:

Art. 11a KG – Missbrauchsunabhängige Entflechtungen

¹ Ist auf einem Markt für Güter mit besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl der Wettbewerb dauerhaft und signifikant behindert, so kann die Wettbewerbskommission anordnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen, das im letzten Geschäftsjahr vor Erlass der Anordnung einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz nach Artikel 9 Absatz 1 lit. a) erzielt hat und einen massgeblichen Beitrag zu der Behinderung leistet, Teile seines Vermögens veräussern oder auf andere Weise verselbständigen muss, wenn dies die Beseitigung oder erhebliche Verringerung der Wettbewerbsbehinderung erwarten lässt.

² Absatz 1 findet keine Anwendung,

- a) wenn die sonstigen behördlichen Befugnisse unter diesem Gesetz sowie dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 ausreichend zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs erscheinen;*
- b) auf Unternehmensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Vorgaben enthält;*
- c) auf Unternehmensteile, deren Zusammenschluss innerhalb der letzten zehn Jahre durch die Wettbewerbskommission oder, im Falle des Artikel 9 Absatz 1^{bis}, die Europäische Kommission zugelassen wurde.*

³ Soweit aufgrund einer Anordnung nach Absatz 1 eine Veräusserung erfolgt und der tatsächliche Verkaufserlös den vollen Wert des Entflechtungsgegen-

1400 *Möschel*, Entflechtungen, S. 81.

standes unterschreitet, den ein von der Wettbewerbskommission beauftragter Wirtschaftsprüfer für den Zeitpunkt des der Anordnung vorangegangenen Jahresabschlusses festgestellt hat, erhält das veräussernde Unternehmen aus Haushaltsmitteln des Bundes eine Entschädigung in Höhe der Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös.

Art. 11b KG – Ausnahmsweise Aufhebung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

Anordnungen nach Art. 11a können vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten aufgehoben werden, wenn dies in Ausnahmefällen notwendig ist, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

Art. 31a KG – Entflechtungsverfahren

Für das Entflechtungsverfahren nach Art. 11a und 11b sind die Vorschriften dieses Abschnitts sinngemäss anwendbar mit der Massgabe, dass die Untersuchung (Artikel 27) binnen 18 Monaten abzuschliessen ist und an die Stelle des Entscheids (Artikel 30) ein zu veröffentlichender Abschlussbericht tritt. Für die Anordnung nach Artikel 11a Absatz 1 Satz 1 ist Artikel 37 Absatz 2 und 3 sinngemäss anwendbar mit der Massgabe, dass die Wettbewerbskommission binnen 18 Monaten nach Veröffentlichung des Abschlussberichts gemäss Satz 1 entweder einen Vorschlag des betroffenen Unternehmens zu billigen oder an seiner Stelle zu entscheiden hat. Die Fristen nach Satz 1 und 2 können vom Bundesrat beim Vorliegen besonderer Umstände jeweils einmalig um sechs Monate verlängert werden. Weitere Verlängerungen sind nur möglich, wenn die Verzögerung durch die fehlende Mitwirkung eines betroffenen Unternehmens verursacht wird.

III. Begründung des Vorschlags

Der soeben ausformulierte Vorschlag wird im folgenden Abschnitt ausführlich begründet. Systematisch ist der Vorschlag als Art. 11a KG im Abschnitt „Unternehmenszusammenschlüsse“ verortet. Dies erklärt sich dadurch, dass er eine reine Entflechtungskompetenz als marktstrukturorientierte Abhilfemaßnahme enthält. Er stellt so gewissermaßen das zeitlich nachgelagerte Komplementärstück zur Fusionskontrolle dar. Verhaltensbezogene missbrauchsunabhängige Abhilfemaßnahmen, wie sie in Deutschland (Rn. 294) und im Vereinigten Königreich (Rn. 503) möglich sind, sieht der Entwurf dagegen bewusst nicht vor (Rn. 708). Der Abschnitt „Unternehmenszusammenschlüsse“ könnte im Zuge der Einführung des hier vorgeschlage-

694

nen Art. 11a KG in „Wettbewerbsbehindernde Marktstrukturen“ umbenannt werden, um hervorzuheben, dass er solche Strukturen nunmehr *ex ante* und *ex post* adressiert.

1. Begründung zu Art. 11a Abs. 1

695 Der erste Absatz enthält die konkrete Entflechtungskompetenz der Wettbewerbskommission, also die zentralen Merkmale auf Tatbestands- (a) und Rechtsfolgenebene (b).

a) Tatbestand

696 Der Tatbestand erfordert

- eine dauerhafte und signifikante Behinderung des Wettbewerbs (aa)
- auf einem Markt für Güter mit besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl (bb),
- für die ein marktbeherrschendes und die fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen erreichendes Unternehmen verantwortlich ist (cc).

aa) Dauerhafte und signifikante Behinderung des Wettbewerbs

697 Zentrales Eingriffskriterium des hiesigen Entwurfs ist eine (dauerhafte und) signifikante Behinderung des Wettbewerbs. Tatbestandlich wird damit, wie auch für die Zusammenschlusskontrolle mit dem neuen Art. 10 KG-Entwurf¹⁴⁰¹, an das international verbreitete SIEC-Kriterium (*significant impediment on competition*) angeknüpft.¹⁴⁰² Dafür spricht zunächst – wie schon für die systematische Verortung im Abschnitt „Unternehmenszusammenschlüsse“ – die enge Verwandtschaft zwischen einer reinen Entflechtungskompetenz und Fusionskontrollvorschriften.

1401 Art. 10 Abs. 1 des Entwurfs lautet: „Meldepflichtige Zusammenschlüsse werden von der Wettbewerbskommission geprüft, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) Anhaltspunkte ergeben, dass sie den wirksamen Wettbewerb signifikant behindern, insbesondere indem sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.“

1402 Zur geplanten Einführung des SIEC-Kriteriums in der Schweiz vgl. etwa *Jaag/Rutz/Jacober*, Einführung des SIEC-Tests sowie *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 1104 ff.

Daneben wird durch den Gleichlauf mit dem Eingriffstatbestand in der Zusammenschlusskontrolle die Rechtssicherheit erhöht (Rn. 281), was der Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zuträglich ist (Rn. 668) und die negativen ökonomischen Vorfeldwirkungen abmildert (Rn. 113). Der Rückgriff auf einen bekannten und einheitlichen Rechtsbegriff erscheint daher gegenüber der Einführung eines neuen Begriffs – wie sie der deutsche Gesetzgeber in § 32f Abs.3 GWB vorgenommen hat – vorzugswürdig (Rn. 592 ff.). Als Alternative für maximale Rechtssicherheit wäre insbesondere eine enumerative Aufzählung von Störungslagen in Betracht gekommen (Rn. 281, 328). Da eine solche Aufzählung aber kaum zu bewerkstellende Prognosen im Hinblick auf möglicherweise eintretende Sachverhalte erfordern würde, erscheint der Rückgriff auf das bewährte SIEC-Kriterium als vernünftiger Mittelweg.

Als zusätzliches Element gegenüber der Zusammenschlusskontrolle verlangt der Vorschlag, dass die signifikante Behinderung des Wettbewerbs dauerhaft vorliegt. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass die Beurteilung nicht prognostisch (*ex ante*), sondern diagnostisch (*ex post*) erfolgt. Regelmäßig wird von einer dauerhaften Behinderung erst ab einer vergleichbaren Marktstruktur im Zeitraum von fünf bis zehn Jahren auszugehen sein. Dieses Merkmal soll sicherstellen, dass die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz nicht auf volatilen Märkten eingesetzt wird, auf denen der Wettbewerb selbst die verfestigten Strukturen wieder auflöst und/oder die Marktprozesse die Wettbewerbsbehörde während des Entflechtungsverfahrens „überholen“ würden (Rn. 124 f., 531).

bb) Betroffene Märkte

Der Entwurf ermöglicht eine Entflechtung nur dann, wenn die dauerhafte und signifikante Wettbewerbsbehinderung auf einem Markt für Güter mit besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl vorliegt.

Angesichts der einschneidenden Natur einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz sowie des mit einem Entflechtungsverfahren verbundenen Aufwandes dürfte weitgehend Einigkeit bestehen, dass eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht für jeden denkbaren Markt zur Anwendung kommen kann (Rn. 597). Auch die negativen ökonomischen Vorfeldwirkungen werden durch eine weitere Konkretisierung des Tatbestandes abgemildert (Rn. 113).

- 702 Zur Einschränkung der betroffenen Märkte kommen verschiedene Ausgestaltungen in Betracht. So erfordert etwa § 32f Abs. 4 S. 1 GWB in Deutschland das Vorliegen einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend (Rn. 285 ff.). Die britische CMA ist zwar gesetzlich nicht gebunden, gibt aber ihrerseits an, jedenfalls auf sehr kleinen Märkten oder wenn nur kleine Teile eines Marktes vom AEC betroffen sind, nicht einzugreifen (Rn. 498 ff.).
- 703 Eine Aufnahme der notwendigen Einschränkung ins Gesetz erscheint gegenüber einer rein behördlichen Selbstbindung vorzugswürdig (Rn. 597, 612 f.). Der hier verfolgte Ansatz einer Einschränkung durch den Gemeinwohlbezug des Marktes lehnt sich an die Erwägungen von *Böni* aus dem Jahr 2012 an.¹⁴⁰³ Der Vorschlag hebt in besonderer Weise hervor, dass Kosten und Nutzen einer Entflechtung mit dem Gemeinwohl abgewogen werden. Zwar lässt er mit seinem offenen Rechtsbegriff eine Auslegung im Einzelfall zu. Er stellt aber klar, dass Märkte, die nur Partikularinteressen betreffen, keinen Anwendungsfall der Entflechtungskompetenz darstellen können. Damit dürfte der Vorschlag auch dem Auftrag des Art. 96 BV gerecht werden, wonach das schweizerische Wettbewerbsrecht sich ausschließlich gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu richten hat.

cc) Betroffene Unternehmen

- 704 Aus den vorstehend zu den betroffenen Märkten genannten Gründen ist auch eine Einschränkung des Tatbestands hinsichtlich der von der Entflechtungsandrohung betroffenen Unternehmen erforderlich. Der Entwurf verfolgt insoweit den Ansatz einer Kombination aus Marktbeherrschung und fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen. Dabei ist das Marktbeherrschungserfordernis ein qualitatives Kriterium, das eine problematische Marktstruktur zumindest indiziert. Es ist im Vorhinein aber für das entsprechende Unternehmen und die Wettbewerbskommission nur schwer zu beurteilen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.
- 705 Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, sieht der Entwurf daher auch das quantitative Kriterium der fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen als *safe harbour*-Regelung (Rn. 113) vor. Hierdurch wird einerseits eine gewisse

¹⁴⁰³ Vgl. *Böni*, sic! 2012, S. 82.

Kohärenz zum verwandten Instrument der Fusionskontrolle geschaffen, wie dies bereits durch das einheitliche SIEC-Kriterium der Fall ist. Vor allem aber verhindert das Anknüpfen an die Umsatzschwellen die Ungewissheit von Unternehmen, ob das „Damoklesschwert“¹⁴⁰⁴ der Entflechtung über ihnen schwebt. Vielmehr kann jedes Unternehmen selbst und jederzeit ohne größeren Aufwand feststellen, ob es potentiell von einer Entflechtungsandrohung betroffen ist. Durch die Umsatzschwellen ist auch sichergestellt, dass dies nur bei Großunternehmen der Fall ist, was zur Verhältnismäßigkeit beiträgt. Denn bei Unternehmen, die die genannten Umsatzschwellen erreichen, ist davon auszugehen, dass sie durch ihre Finanzkraft das Marktgeschehen maßgeblich beeinflussen können.¹⁴⁰⁵

Zudem wird gefordert, dass das betreffende Unternehmen einen maßgeblichen Beitrag zu der Wettbewerbsbehinderung leistet und die Entflechtung die Beseitigung oder erhebliche Verringerung der Wettbewerbsbehinderung erwarten lassen muss. Das Kriterium des maßgeblichen Beitrags gewährleistet einen Verantwortungszusammenhang zur Wettbewerbsbehinderung als sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Andersbehandlung des zu entflechtenden Unternehmens (Rn. 289). Hierdurch wird – neben den bereits angeführten Vorteilen einer restriktiven Tatbestandsausgestaltung – auch dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen (Rn. 664 f.) Rechnung getragen. Die Formulierung „Beseitigung oder erhebliche Verringerung“ orientiert sich an der Ausgestaltung von § 32f Abs. 4 GWB und geht über die üblichen Geeignetheitsanforderungen hinaus (Rn. 292). Insgesamt sollen durch diese Einschränkungen nur die „Hauptstörer“ der Entflechtungsandrohung unterliegen.

b) Rechtsfolge

Im folgenden Abschnitt wird die Rechtsfolge der Anwendung der Norm dargelegt. Dabei wird zunächst begründet, weshalb der Vorschlag eine reine Entflechtungskompetenz vorsieht (aa), bevor die konkreten Rechtsfolgen der Entflechtungsanordnung (bb), ihre Durchsetzung (cc) und etwaige Nebenbestimmungen (dd) dargelegt werden.

1404 Ackermann, ZWeR 2023, S. 20.

1405 Vgl. Jacobs/Giger, in: Ducrey/Zimmerli, SIWR V/2, E. Rn. 101.

aa) Reine Entflechtungskompetenz

708 Es handelt sich bei dem Vorschlag um eine reine Entflechtungskompetenz. Verhaltensbezogene missbrauchsunabhängige Abhilfemaßnahmen, wie sie in Deutschland (Rn. 294) und im Vereinigten Königreich (Rn. 503) möglich sind, sieht der Entwurf nicht vor. Hierfür gibt es mehrere ausschlaggebende Argumente:

- Zunächst mildert die Ausgestaltung das Spannungsfeld zum (insbesondere sektorspezifischen) Regulierungsrecht und der entsprechenden (auch allgemeinen) Regulierungsaufgabe des Gesetzgebers ab. Dieses Spannungsfeld zeigte sich etwa im Abschlussbericht des Bundeskartellamts zur Sektoruntersuchung Raffinerien und Kraftstoffgroßhandel (Rn. 386 ff.). Während das Bundeskartellamt einerseits für gesetzgeberische Maßnahmen zur Regulierung der im Kraftstoffgroßhandel verbreiteten Preisinformationsdienste plädierte, leitete es andererseits ein eigenes Verfahren zum Ergreifen von Abhilfemaßnahmen nach § 32f GWB ein. Wenn es nun dem Bundeskartellamt in Deutschland gem. § 32f Abs. 3 GWB ebenfalls möglich ist, durch Verhaltensvorschriften gegen die entsprechenden Praktiken vorzugehen, wird zunehmend unklar, welche Aufgaben durch den Gesetzgeber und welche durch die Behörde wahrgenommen werden sollen. Denn laufende regulierende Eingriffe in den Wettbewerb wie der genannte – oder etwa Vorgaben über die zulässige Häufigkeit von Preisanpassungen an Tankstellen (Rn. 391) – können ohne Weiteres vom demokratisch legitimierten Parlament gesetzlich angeordnet werden. Die Notwendigkeit eines behördlichen Eingreifens erscheint daher fraglich und seine Legitimität zweifelhaft. Wettbewerbsbehörden sollten Problemfelder, auf denen aus ihrer Sicht normativer Handlungsbedarf besteht, stattdessen an den Gesetzgeber herantragen. Sieht dieser keine Notwendigkeit des Eingreifens, erscheint es mit Demokratieprinzip und Gewaltenteilungsgrundsatz nur schwer vereinbar, wenn eine Behörde die entsprechende Regulierung vornimmt. Umgekehrt wird es dem Gesetzgeber aufgrund des Verbots des Einzelfallgesetzes¹⁴⁰⁶ aber regelmäßig verwehrt sein, eine Entflechtung anzuordnen. Nur – aber immerhin – insoweit besteht also eine wirkliche Kompetenzlücke, die der vorliegende Vorschlag ausfüllen könnte.

1406 Vgl. dazu *Tschannen*, in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 163 Rn. 18: „Das reine Einzelfallgesetz ist verfassungswidrig, zumal es dazu verleitet, okkasionell oder gar *ad personam* beschlossene Ausnahmeregimes als rechtsstaatliche Regularität zu verhüllen“.

- Auch die spezifische Gesetzeslage in der Schweiz spricht für die Einführung einer bloßen Entflechtungskompetenz ohne die Möglichkeit zu laufenden Verhaltensauflagen. Schließlich tritt neben der – auch in Deutschland und im Vereinigten Königreich existenten – sektorspezifischen Regulierung in der Schweiz mit dem Preisüberwachungsgesetz (Rn. 690 f.) eine zusätzliche konkurrierende Gesetzgebung hinzu. Der Schweizerische Gesetzgeber hat also eine nicht sektorspezifische Form der Verhaltensregulierung für Fälle ermöglicht, in denen der Wettbewerb in den Schranken des klassischen, dreisäuligen Kartellrechts (Rn. 636) Marktversagenstatbestände nicht korrigieren kann. Mit dieser Wertung würde es konfliktieren, wenn die Wettbewerbskommission neben dem Preisüberwacher die Befugnis zu anderen, missbrauchsunabhängigen und fortlaufenden Verhaltensauflagen für die Marktteilnehmer hätte. Zwar genießt die Anwendung des KG gem. Art. 3 Abs. 3 grundsätzlich Vorrang vor dem PüG, sodass keine Zuständigkeitsunklarheiten entstehen dürften. Gerade dieser Vorrang des KG könnte im Fall der Einführung weitergehender Abhilfebefugnisse aber dazu führen, dass das PüG völlig gegenstandslos – und damit der Regulierungswille des Gesetzgebers ignoriert – würde, weil die Wettbewerbskommission stets von einer inhaltlich ähnlichen, auf Verhaltensregeln gerichteten Kompetenz Gebrauch machen könnte.
- Daneben werden auch Abgrenzungsschwierigkeiten zu den klassischen kartellrechtlichen Eingriffsbefugnissen, namentlich der Missbrauchsaufsicht, durch die Ausgestaltung als reine Entflechtungskompetenz abgemildert. Denn eine reine Entflechtungskompetenz legt den Fokus auf schädliche Marktstrukturen anstelle von bestimmten Verhaltensweisen, die auch als Marktmachtmissbrauch verfolgt werden könnten. Der Entwurf verringert so die Gefahr des Unterlaufens der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 7 KG (Rn. 380 f.).
- Eine (einmalige) Entflechtungsanordnung kann sich im Einzelfall zudem als der mildere Eingriff gegenüber einer (laufenden) Verhaltensaufgabe darstellen. Dies mag zunächst paradox erscheinen, werden verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen doch regelmäßig als milderer Mittel gegenüber strukturellen Maßnahmen angesehen. Es überzeugt aber, wenn man sich vor Augen führt, dass nicht nur die Auswirkungen auf die betroffenen Unternehmen, sondern auch auf den Wettbewerb als Institution zu berücksichtigen sind (Fn. 60). Im Übrigen können auch für betroffene Unternehmen die Folgen einer laufenden Verhaltensaufgabe einschneidender sein als diejenigen einer Entflechtung (Fn. 601). Eine

offene Generalklausel ist daher auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zwingend geboten.

bb) Verselbständigung von Vermögensteilen

- 709 Die konkrete Rechtsfolgenbeschreibung des Vorschlags „veräußern oder auf andere Weise verselbständigen“ orientiert sich am *Brüderle*-Entwurf (Rn. 230 ff.). Sie soll explizit sowohl Verkaufslösungen als auch *pro-rata*-Lösungen ermöglichen, um ein gewisses Maß der Flexibilität und die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall zu gewährleisten (Rn. 605). Dass *pro-rata*-Lösungen im Einzelfall ausreichen können, namentlich, wenn die Anteile des zu entflechtenden Unternehmens sich im Streubesitz befinden, zeigt etwa die Entflechtung der deutschen *I.G. Farben* nach dem Zweiten Weltkrieg (Rn. 180 f., 189), die bis heute Bestand hat. Daneben könnte etwa auch eine *pro-rata*-Lösung verbunden mit Nebenbestimmungen wie einem Wettbewerbsverbot im Einzelfall ausreichen (Rn. 321). Soweit eine *pro-rata*-Lösung das im Einzelfall ausreichende Mittel ist, ist es aus Verhältnismäßigkeitsgründen geboten, keine Verkaufslösung anzuordnen, da *pro-rata*-Lösungen den milderen Eingriff darstellen. Wenn alle potentiellen Erwerber – und damit eine Verkaufslösung – aufgrund fusionskontrollrechtlicher Vorschriften ausscheiden, kann eine *pro-rata*-Lösung gar das einzig geeignete Mittel darstellen (Rn. 129). Dem Wortlaut der Norm ließen sich aber auch niederschwelligere, nicht-eigentumsrechtliche Eingriffe wie die organisatorische Trennung von Geschäftsbereichen (Rn. 24) subsumieren.

cc) Durchsetzung der Entflechtung

- 710 Gesonderte Vorschriften zur Vollstreckung der Entflechtungsanordnung erscheinen nicht erforderlich, da über den Verweis in Art. 39 KG die entsprechenden Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar sind.¹⁴⁰⁷

1407 Vgl. *Ritschard/Spühler*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 37 Rn. 4.

dd) Nebenbestimmungen

Auch Nebenbestimmungen sind in dem Entwurf zwar nicht explizit vorgesehen, ihr Erlass ist aber trotzdem möglich, soweit sie zur Verwirklichung des Gesetzeszwecks dienen.¹⁴⁰⁸ Nebenbestimmungen können erforderlich sein, um den Erfolg des Entflechtungsverfahrens zu sichern. Insbesondere sind geeignete Maßnahmen der Rekonzentrationsprävention zwingend erforderlich (Rn. 189, 302, 538). Mögliche Nebenbestimmungen sind etwa

- ein Weiterveräußerungsverbot für die veräußerten Unternehmensteile (Rn. 546),
- ein Abwerbungsverbot für Personal der entflochtenen Unternehmensteile (Rn. 558),
- ein allgemeines Verbot, mit den entflochtenen Unternehmensteilen in Wettbewerb zu treten (Rn. 304).

Regelmäßig sollte zum Zwecke der Rekonzentrationsprävention als Nebenbestimmung auch ein zehnjähriges Rückerwerbsverbot angeordnet werden. Die in Deutschland gem. § 32f Abs. 4 S. 12 GWB vorgesehene Frist von fünf Jahren erscheint dabei zu kurz (Rn. 303). Auf eine gesetzliche Anordnung der Dauer wird im Entwurf im Interesse einer „schlanken Norm“ trotzdem verzichtet.

2. Begründung zu Art. 11a Abs. 2

Absatz 2 des Vorschlags regelt die Fälle, in denen von vornherein keine Entflechtungsanordnung infrage kommen soll. Namentlich ist hierfür eine Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsklausel (a) sowie die Herausnahme regulierter Sektoren (b) aus dem Anwendungsbereich der Norm vorgesehen. Für innerhalb der letzten zehn Jahre genehmigte Zusammenschlüsse besteht Vertrauensschutz (c).

a) Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsklausel

Absatz 2 lit. a) ordnet eine Subsidiarität der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gegenüber den sonstigen behördlichen Eingriffs-

¹⁴⁰⁸ Vgl. *Karlen*, Verwaltungsrecht, S. 206.

befugnissen unter dem Kartellgesetz sowie dem Preisüberwachungsgesetz an.

- 715 Die Klausel betont zunächst den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Rechtsnatur einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz als wettbewerbsrechtliche *ultima ratio*. Daneben verhindert sie insbesondere, dass ein Entflechtungsverfahren als „einfachere“ Alternative gegenüber einem Missbrauchsverfahren ergriffen wird, weil ein Verstoß gegen Artt. 5, 7 KG schwer nachweisbar erscheint. Die Klarstellung der Subsidiarität auch gegenüber dem PüG ist erforderlich, weil dies eine explizite Abweichung von dem in Art. 3 Abs. 3 KG geregelten Grundsatz darstellt, wonach Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach dem KG solchen nach dem PüG – vorbehaltlich einer einvernehmlichen Regelung mit dem Preisüberwacher – vorgehen. Die Subsidiaritätsklausel ist durch ihre explizite Aufnahme in den Gesetzestext – wie in Deutschland (Rn. 266 ff.) – gerichtlich überprüfbar. Dies erscheint nicht zuletzt deshalb geboten, weil die bloße behördliche Selbstbindung im Vereinigten Königreich eine unstrukturierte Ausweitung des Anwendungsbereichs des Marktuntersuchungsinstruments nicht verhindern konnte (Rn. 482).

b) Herausnahme regulierter Sektoren

- 716 Absatz 2 lit. b) nimmt Vermögensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht besteht, aus der Entflechtungsandrohung heraus. Dies erscheint insbesondere mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz geboten (Rn. 600 ff.). Denn durch die sektorspezifische Regulierung hat der Gesetzgeber die aus seiner Sicht erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung des Wettbewerbs getroffen. Diesem Argument kommt in der Schweiz besondere Bedeutung zu, da der Gesetzgeber eine starke Tendenz zur Sektorregulierung hat – so sind neben den klassischen regulierten Sektoren im Infrastrukturbereich etwa auch der Kfz-Vertrieb und der Holzhandel sektorspezifisch reguliert; eigene Regelungen für Arbeitsgemeinschaften im Baugewerbe und den Profisport werden jedenfalls diskutiert.¹⁴⁰⁹ Der schweizerische Gesetzgeber nimmt seine Regulierungsverantwortung (Rn. 708) also aktiv wahr. Eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ist in der Schweiz *de lege lata* trotzdem nicht vorgesehen. Namentlich gilt dies auch für die sektorspezifischen Regelungen für Gas, Strom, Post, Telekom-

1409 Vgl. Hirsbrunner, NZKart 2025, S. 168.

munikation und Schienenverkehr, in denen jeweils organisatorische (Rn. 24) Entflechtungsmöglichkeiten bestehen.¹⁴¹⁰ Es wäre daher problematisch, wenn die demokratisch nicht unmittelbar legitimierte Wettbewerbskommission eine solche Anordnung vornehmen könnte.

Da die allgemeine Kollisionsregel des Art. 3 Abs. 1 KG aufgrund ihres engen Anwendungsbereichs eine missbrauchsunabhängige Entflechtung auf regulierten Sektoren nicht ausschließen dürfte, erscheint die Aufnahme einer expliziten Kollisionsnorm geboten.¹⁴¹¹ Die konkrete Formulierung von Absatz 2 lit. b) ist an diejenige aus dem *Brüderle*-Entwurf (Rn. 230 ff.) angelehnt. Eine weitere Bereichsausnahme für Banken entsprechend Art. 10 Abs. 3 KG erscheint dagegen nicht erforderlich, da dieser auf Fälle der „Rettung“ von Banken durch einen Zusammenschluss zugeschnitten ist.¹⁴¹² Die Rechtfertigung der gesonderten Zuständigkeit der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) für bestimmte Fusionskontrollen liegt also darin, dass Beeinträchtigungen des Wettbewerbs im Interesse der Gläubiger hingenommen werden, um einen „Bankencrash“¹⁴¹³ zu vermeiden. Eine zum Bankencrash führende Entflechtung dürfte aber ohnehin nie verhältnismässig sein, sodass auch eine gesonderte Zuständigkeit der FINMA für Entflechtungen von Banken nicht erforderlich erscheint.

c) Vertrauensschutz

Absatz 2 lit. c) verbietet die Entflechtung von Unternehmensteilen, die innerhalb der letzten zehn Jahre Gegenstand eines ohne Beanstandung verlaufenden Fusionskontrollverfahrens durch die Wettbewerbskommission oder, im Falle des Art. 9 Abs. 1^{bis} KG-Entwurf, die Europäische Kommission waren. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Zusammenschluss aufgrund einer Zulassungsfiktion (vgl. Artt. 34 S. 2 KG, 10 Abs. 6 FKVO) oder einer – im schweizerischen Recht nicht vorgesehenen¹⁴¹⁴ – förmlichen Freigabeentscheidung (vgl. Art. 6 Abs. 1, 2 FKVO) erfolgt ist. In beiden Fällen ist die Aufnahme eines Vertrauensschutztatbestandes für fusionskontrollrechtlich

1410 *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1342.

1411 Vgl. *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1481 ff.

1412 Vgl. *Prümmer*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 10 Rn. 219.

1413 *Prümmer*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 10 Rn. 219.

1414 Vgl. *Jacobs/Giger*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, E. Rn. 6 f.; *Ritschard/Spühler*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 33 Rn. 48.

freigegebene Zusammenschlüsse unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten geboten (Rn. 682). Neben dem Vertrauensschutz stellt die Vorschrift sicher, dass Fusionskontrollverfahren weiterhin sorgfältig durchgeführt werden (Rn. 291).

3. Begründung zu Art. 11a Absatz 3

- 719 Absatz 3 sieht vor, dass eine Zahlung aus Haushaltsmitteln des Bundes bis zum vollen Wert des entflochtenen Unternehmensteils geleistet werden muss, soweit dieser bei einem Verkauf nicht erreicht wird. Die Entschädigungsregelung ist den Vorgaben aus Art. 26 BV geschuldet, wonach für Enteignungen – wozu eine Entflechtungsanordnung zählt – eine vollständige Entschädigung erforderlich ist (Rn. 659 ff.). Dabei muss die volle Entschädigung nicht komplett durch den Staat selbst geleistet werden. Vielmehr genügt es, wenn dieser eine „Preisgarantie“ für den Verkaufspreis übernimmt.¹⁴¹⁵
- 720 Die Regelung birgt zwar die Gefahr, dass potentielle Käufer mit niedrigeren Geboten an das zu entflechtende Unternehmen herantreten und somit faktisch ein Teil des Kaufpreises durch den Fiskus bezahlt wird. Denn das zu entflechtende Unternehmen dürfte im Wissen um die staatliche Entschädigungsleistung zu einer Veräußerung zu jedem Preis bereit sein. Die Regelung erscheint angesichts der eindeutigen Formulierung von Art. 26 Abs. 2 BV jedoch zwingend. Es sollte daher vor einer Entflechtungsanordnung sorgfältig geprüft werden, ob ausreichend Interessenten bereitstehen, um einen zumindest annähernd marktgerechten Preis zu erzielen. Als weiterer Schutz fiskalischer Interessen vor Missbrauch dient der Genehmigungsvorbehalt in Artikel 31a Satz 2 des Entwurfs. Der Wettbewerbskommission steht es hierdurch offen, Verkäufe zu unangemessenen Preisen nicht zu genehmigen, soweit der fiskalische Schaden hierdurch in einem unangemessenen Verhältnis zum zu erwartenden Erfolg der Entflechtung stünde.
- 721 Die Ermittlung des Unternehmenswerts erfolgt durch einen von der Wettbewerbskommission bestimmten Wirtschaftsprüfer. Dies erscheint angesichts der Komplexität der wirtschaftlichen Bewertung eines Großunternehmens zuverlässiger und effizienter als die Bestimmung durch eine regionale Schätzungskommission, wie sie in Artt. 64 ff. des Bundesgesetzes über die Enteignung für Grundstücksenteignungen vorgesehen ist.

1415 Vgl. *Böni*, sic! 2012, S. 83.

4. Begründung zu Art. 11b

Art. 11b stellt klar, dass Entflechtungsanordnungen auf Antrag der beteiligten Unternehmen vom Bundesrat ausnahmsweise aufgehoben werden können, wenn dies notwendig ist, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Der Bundesrat fungiert dabei als politische Kontrollinstanz. 722

Die Argumente für die Einbeziehung einer politischen Instanz in missbrauchsunabhängige Entflechtungsverfahren sind mannigfaltig und reichen vom Schutz vor behördlicher Willkür und verbessertem Rechtsschutz für betroffene Unternehmen über aus dem Demokratieprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgende Erwägungen bis hin zum Konkurrenzverhältnis mit dem gesetzgeberischen Regulierungsrecht (Rn. 196, 276). Das gewichtigste Gegenargument, die Sorge um die Politisierung einer grundsätzlich wettbewerblich-technokratischen Entscheidung, lässt sich durch die verfahrensrechtlich abgesicherte Einbeziehung von ökonomischem Sachverstand in die politische Entscheidung allerdings nur ein Stück weit abmildern. Letztlich bergen politische Entscheidungen daher stets das Risiko, sachfremd – eben politisch motiviert – auszufallen. Diese Vor- und Nachteile sind mangels Verwandtschaft miteinander nur schwer abzuwägen. Die Entscheidung, ob eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz unter Einbeziehung einer politischen Kontrollinstanz ausgestaltet wird, ist daher anhand einer Makrobetrachtung des übrigen Wettbewerbsrechts zu treffen (Rn. 589 f.). 723

Da im schweizerischen Kartellgesetz – anders als im deutschen und britischen Recht – bereits jetzt Entscheidungen der Wettbewerbskommission im Rahmen aller drei kartellrechtlichen Säulen gem. Artt. 8, 11 KG unter dem Vorbehalt der ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen stehen, spricht viel dafür, eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz in der Schweiz ebenfalls unter Einbeziehung eines demokratisch legitimierten politischen Akteurs auszugestalten. Im Interesse der Kohärenz liegt es nahe, sich bei der konkreten Ausgestaltung eng an diesen Vorschriften zu orientieren. Die Entscheidungsfindung aufgrund unabhängigen ökonomischen Sachverstands ist durch die Rechtsnatur der Wettbewerbskommission als unabhängige Expertenkommission (vgl. Art. 18 Abs. 2 S. 2 KG) bereits gegeben, sodass ein besonderer öffentlicher Rechtfertigungsdruck für den Bundesrat bestünde, wenn er sich über eine Entflechtungsanordnung der Wettbewerbskommission hinwegsetzen wollte. Der Bundesrat wendet seine 724

Befugnisse gem. Artt. 8, 11 KG aber ohnehin äußerst restriktiv an,¹⁴¹⁶ womit auch bei Entflechtungsverfahren zu rechnen wäre.

- 725 Über die Verweisung in Artikel 31a Satz 2 des Vorschlages unterliegen auch gem. Art. 37 Abs. 2, 3 KG von den Unternehmen selbst erbrachte Vorschläge, die von der Wettbewerbskommission gebilligt wurden, der Aufhebung durch den Bundesrat. Dies dient der Effektivierung des Verfahrens. Wäre die Vorschrift nicht vorgesehen, bestünde nämlich das Risiko, dass die Unternehmen eine „Blockadehaltung“ einnehmen, um sich die Möglichkeit der Aufhebung durch den Bundesrat nicht zu versperren. Mit dem hier verfolgten Ansatz können die betroffenen Unternehmen einerseits gegen die Entflechtungsverfügung als solche vorgehen, andererseits aber hilfsweise an einer möglichst effektiven Ausgestaltung der Entflechtung – etwa entlang der wirtschaftlich optimalen Trennlinien – mitwirken (Rn. 136).
- 726 Antragsberechtigte „Beteiligte“ im Sinne des Art. 11b KG sollten nur die von einer Entflechtungsanordnung unmittelbar betroffenen Unternehmen sein, weil nur diese ein legitimes Interesse an der Aufhebung der sie belastenden Entscheidung haben.¹⁴¹⁷

5. Begründung zu Art. 31a

- 727 Art. 31a KG regelt das Entflechtungsverfahren. Dieses orientiert sich grundsätzlich an den Vorschriften für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (a). Selbiges gilt für die Zuständigkeiten (b). Als neues Element sind allerdings verbindliche Fristen vorgesehen (c).

a) Verfahrensvorschriften

- 728 Durch den Verweis auf den zweiten Abschnitt des vierten Kapitels des Kartellgesetzes werden die Verfahrensvorschriften für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen für anwendbar erklärt.
- 729 Der Verweis erscheint insbesondere nötig, weil unter dem informellen Marktbeobachtungsverfahren gem. Art. 45 KG keine durchsetzbaren Er-

1416 Vgl. *Ducrey*, in: *Marbach/Ducrey/Wild*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1785 f.; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 635 f.

1417 Vgl. *Moeckli/Dudar*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 8 KG Rn. 23 m.w.N.

mittlungsinstrumente – insbesondere keine die Unternehmen treffende Auskunftspflicht – zur Verfügung stehen.¹⁴¹⁸ Ohne durchsetzbare Ermittlungsinstrumente dürfte es aber kaum möglich sein, die für eine Entflechtungsanordnung erforderlichen tiefgehenden Erkenntnisse über den relevanten Markt zu erlangen. Mit dem Verweis auf die Verfahrensvorschriften für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen erhält die Wettbewerbskommission die Möglichkeit, ähnlich einer Sektoruntersuchung nach deutschem und europäischem bzw. einer *market investigation* nach britischem Recht, solche Märkte genauer zu untersuchen, auf denen sie das Vorliegen einer dauerhaften und signifikanten Behinderung des Wettbewerbs vermutet. Ein alternativer Regelungsansatz wäre auch in der Schweiz die Schaffung eines eigenständigen Marktuntersuchungsinstruments.¹⁴¹⁹

Das bereits bestehende Verfahren gem. Art. 26 ff. KG erscheint jedoch auch aus einer Reihe von weiteren Gründen gut für eine entsprechende Anwendung in Entflechtungsfällen geeignet: 730

- Die Möglichkeit einer informellen – allein durch das Sekretariat geführten¹⁴²⁰ – Vorabklärung gem. Art. 26 KG gewährleistet, dass eine aufwendige Untersuchung nur in den wenigen Fällen eingeleitet wird, in denen es notwendig ist. Die meisten potentiellen Wettbewerbsbehinderungen dürften sich schon im Wege der Vorabklärung beseitigen lassen, wie dies bereits heute bei der großen Mehrzahl von potentiellen Wettbewerbsbeschränkungen der Fall ist.¹⁴²¹
- Die Publikationspflicht gem. Art. 28 KG erscheint der Eingriffsintensität eines Entflechtungsverfahrens angemessen (Rn. 273). Sie gewährleistet außerdem die wünschenswerte (Rn. 583) frühzeitige Beteiligung der betroffenen Unternehmen, da diese in der Publikation zu benennen sind (Art. 28 Abs. 2 S. 1 KG).
- Die Möglichkeit, gem. Art. 29 KG auch nach Verfahrenseinleitung zu einer einvernehmlichen Regelung mit dem betroffenen Unternehmen zu kommen, ist aus Verhältnismäßigkeits- und Effizienzgründen zu begrüßen.

1418 Vgl. Schenkel/Odermatt/Holz Müller, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Art. 45 Rn. 9 ff. Kritisch dazu: WEKO, Stellungnahme UBS/CS, Rn. 679 ff.

1419 Vgl. dazu Künzler/Jany, SZK/RSDC 2023, S. 107 ff., 117 f.

1420 Ducrey, in: Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1850.

1421 Vgl. Beuret, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Art. 26 Rn. 2.

- Art. 30 Abs. 3 KG sieht eine Vorschrift zur Rückabwicklung für den Fall vor, dass sich die Erwartungen der Behörde nicht bestätigen (Rn. 127).
- Art. 31 Abs. 3 KG sieht eine zeitliche Befristung für eine etwaige Genehmigung bzw. Aufhebung durch den Bundesrat vor. Angesichts des Ausnahmecharakters einer solchen Entscheidung erscheint es sachgerecht, dass der Bundesrat diese – sei es aufgrund einer Änderung der sachlichen Umstände oder der politischen Prioritäten – zu einem späteren Zeitpunkt überdenken kann.¹⁴²²

731 Das Verfahren zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen gem. Artt. 32 ff. KG erscheint demgegenüber als Vorbild weniger geeignet, da es grundlegend auf der Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vor seinem Vollzug durch die beteiligten Unternehmen selbst beruht. Mit der Meldung von strukturellen Wettbewerbsproblemen durch die sie verursachenden Unternehmen ist aber nicht zu rechnen, erst recht nicht vor ihrer Entstehung.

732 Sinnvoll erscheint dagegen die Übernahme der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften über die Einbeziehung des betroffenen Unternehmens in die konkrete Ausgestaltung der Entflechtungsanordnung. Dass die Durchführung einer Entflechtung nur unter Einbeziehung des überlegenen Fachwissens im betroffenen Unternehmen erfolgversprechend ist, dürfte unumstritten sein (Rn. 134 ff., 174 ff., 198). So kann etwa die Identifikation geeigneter „Bruchlinien“ (Rn. 131) für die Entflechtung am besten unter Zuhilfenahme der unternehmerischen Sachkenntnis erfolgen. Der für fusionskontrollrechtliche Entflechtungen geschaffene Art. 37 KG sieht hierfür bereits ein bekanntes Verfahren vor, das dem betroffenen Unternehmen weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten verleiht (Rn. 53). An ihn sollte aus Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzgründen angeknüpft werden. Die entsprechende Anwendung von Art. 37 Abs. 2, 3 KG gewährleistet zudem, dass die finale Entscheidung, ob und in welcher Weise eine Verselbständigung der Unternehmensteile erfolgt, der Wettbewerbskommission obliegt. Eine Einflussnahme der Wettbewerbsbehörde auf die konkreten Umstände der Entflechtung – etwa hinsichtlich des erwerbenden Unternehmens bei einer Verkaufslösung – erscheint zweckdienlich, um positive Wirkungen einer Entflechtungsanordnung auf den Wettbewerb zu gewährleisten. Eine enge Begleitung des Entflechtungsprozesses entspricht auch der Praxis der britischen CMA (Rn. 505 ff.), während in Deutschland noch unklar ist, ob und inwieweit das Bundeskartellamt – abgesehen von Nebenbestimmungen zur

1422 Vgl. *Chabloy*, L'autorisation exceptionnelle, Rn. 843, 852 ff.

Entflechtungsverfügung – Einfluss auf den Verselbständigungsprozess nehmen kann (Rn. 606).

b) Zuständigkeiten

Auch die Zuständigkeiten richten sich aufgrund des Verweises auf den zweiten Abschnitt des vierten Kapitels des Kartellgesetzes nach den Vorgaben für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen. Insbesondere bedeutet dies, dass das Sekretariat eine Untersuchung durchführt, die abschließende Entscheidung aber der Wettbewerbskommission obliegt (vgl. Artt. 27, 30 KG). 733

Die personelle Trennung zwischen Wettbewerbskommission und Sekretariat stellt dabei eine Unabhängigkeit der finalen Entscheidungsträger sicher, die der aktuellen Situation im Vereinigten Königreich (zwei unabhängige Gruppen innerhalb der CMA, Rn. 476) zumindest ebenbürtig erscheint und deutlich über diejenige in Deutschland (gesamtes Verfahren wird durch dieselbe Beschlussabteilung geführt, Rn. 259) hinausgeht. Sie erscheint am ehesten mit der früheren Struktur im Vereinigten Königreich vor Erlass des ERRA13 (*market study* durch das OFT, *market investigation* durch die CC) vergleichbar. Hinzu kommt, dass die Wettbewerbskommission gem. Art. 19 Abs. 1 S. 1 KG explizit „von den Verwaltungsbehörden unabhängig“ ist. Die Wettbewerbskommission genießt daher grundsätzlich die gleiche Unabhängigkeit wie ein Gericht,¹⁴²³ während dies beim Bundeskartellamt in Deutschland nicht abschließend geklärt ist (Rn. 259). 734

Mithin stellt der hiesige Vorschlag eine im internationalen Vergleich hinreichend unabhängige Entscheidungsfindung sicher, sodass die immer wieder diskutierte organisatorische Neustrukturierung – etwa durch eine weitergehende Trennung zwischen Sekretariat und Wettbewerbskommission oder eine Aufgabe des Milizprinzips¹⁴²⁴ – jedenfalls für die Einführung 735

1423 Vgl. *Hangartner*, in: *Stoffel/Zäch*, Kartellgesetzrevision, S. 262. Es bestehen zwar faktische Einschränkungen der Unabhängigkeit, insbesondere durch politische Personen- und Budgetentscheidungen, insgesamt aber ist die Wettbewerbskommission weitgehend unabhängig (vgl. *Carcagni Roesler*, in: *Baker/McKenzie*, SHK KG, Art. 19 Rn. 1f.; *Tercier*, in: *Martenet/Bovet/Tercier*, Commentaire Romand LCart, Art. 19 Rn. 14 ff.).

1424 Vgl. dazu schon in den Jahren 1996 und 1997 *Baldi*, in: *Zäch*, Kartellgesetz, S. 19 bzw. *Baldi*, in: *Corti/Ziegler*, FS Blankart, S. 363 sowie aus neuerer Zeit *Tanner*, in: *Schneider/Kellerhals*, 25 Jahre Kartellgesetz, S. 117 ff. Derzeit wird auf Geheiß des Bundesrats an einer institutionellen Reform gearbeitet (vgl. dazu den Vorentwurf

einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz nicht zwingend erforderlich scheint. Es wäre allenfalls zu erwägen, das Initiativrecht für die Einleitung eines Entflechtungsverfahrens abweichend von Art. 27 Abs. 1 KG ausschließlich dem – nicht für die Entflechtungsanordnung zuständigen – Sekretariat zu übertragen. Dieser Ansatz würde zwar das institutionelle Gefüge des Art. 27 KG¹⁴²⁵ tiefgreifend verändern, ist aber im Vorentwurf des Bundesrats für eine Reform der Wettbewerbsbehörden vom 13.06.2025 ohnehin vorgesehen.

c) Fristen

736 Der Entwurf sieht vor, dass beide Verfahrensstufen maximal 18 Monate dauern dürfen und Ausnahmen hiervon nur beim Vorliegen besonderer Umstände angeordnet werden können. Die Zuständigkeit für die Fristverlängerung liegt – wie grundsätzlich im Kartellgesetz¹⁴²⁶ – beim Bundesrat. Eine im Kartellgesetz festgeschriebene Abweichung von der grundsätzlichen Weisungsungebundenheit der Wettbewerbskommission ist auch zulässig, wie insbesondere Artt. 8, 11 KG zeigen.¹⁴²⁷

737 Besondere Umstände, die eine Fristverlängerung rechtfertigen, können etwa mehrere zu untersuchende Parteien oder Märkte sein (Rn. 485 f.). Die Fristen sind – wie im britischen Modell – verbindlich, da die bloßen Sollfristen des deutschen Modells das Risiko bergen, ignoriert zu werden (Rn. 584 f.). Die Festlegung einer Höchstfrist auch für den Fall der Mitwirkungsverweigerung eines Unternehmens erscheint dagegen nicht zielführend, da es sonst in der Hand der betroffenen Unternehmen läge, das Verfahren zum Scheitern zu bringen. Im Interesse eines zügigen und effektiven Verfahrens sollte aber bei mangelnder Mitwirkung des Unternehmens vorrangig von der Sanktionsmöglichkeit gem. Art. 52 KG Gebrauch gemacht werden und mit Fristverlängerungen zurückhaltend umgegangen werden. Gegebenenfalls sollte hierzu eine Erhöhung des derzeit „nur“ bis 100.000 Franken reichenden Sanktionsrahmens des Art. 52 KG erwogen werden, da dieser bei

des Bundesrats vom 13.06.2025: <https://cms.news.admin.ch/fileservice/sdweb-doc-s-prod-nsbcb-files/files/2025/06/13/c517372b-2be1-4e94-b9e8-47b4e00c2cbe.pdf>, zuletzt abgerufen am 28.08.2025).

1425 Vgl. dazu *Ducrey/Carron*, in: *Martenet/Bovet/Tercier*, Commentaire Romand LCart, Art. 27 Rn. 9 ff.

1426 Vgl. nur Artt. 6 Abs. 3, 8, 11, 15 Abs. 2, 18 Abs. 1, 20 Abs. 2, 60 KG

1427 Vgl. *Meier/Bruch*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 19 Rn. 9 f.

Unternehmen, die die fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen gem. Art. 9 Abs. 1 KG erreichen, keine hinreichende Abschreckungswirkung haben könnte.

Zwar hätte es im Sinne der Kohärenz des Kartellgesetzes nahegelegen, 738 die Fristen am neuen Art. 44a KG-Entwurf zu orientieren. Dieser sieht vor, dass von der Eröffnung bis zum rechtskräftigen Abschluss einer Untersuchung maximal 60 Monate vergehen sollen (30 Monate Wettbewerbskommission, 18 Monate Bundesverwaltungsgericht, zwölf Monate Bundesgericht).¹⁴²⁸ Allerdings birgt auch Art. 44a KG-Entwurf aufgrund seines bloßen *comply or explain*-Prinzips die Gefahr, dass die Fristen in der Praxis ignoriert werden.¹⁴²⁹ Aufgrund des besonders eingriffsintensiven Charakters einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz als wettbewerbsrechtliche *ultima ratio* erscheint die Festlegung einer speziellen Verfahrensfrist, die sich an der in Deutschland und dem Vereinigten Königreich avisierten Regeldauer von 36 Monaten für das behördliche Verfahren orientiert, auch vertretbar. Zudem kann von der Wettbewerbskommission erwartet werden, die absehbar sehr seltenen Anwendungsfälle ihrer *ultima ratio* vorrangig zu bearbeiten und so die Fristen einhalten zu können (Rn. 585).

1428 Vgl. BBl. 2023 1463, 46 f.

1429 Stäuber/Thomann, SZK/RSDC 2023, S. 147 f.

D. Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Schweiz?

Wirtschaftliche Machtkonzentrationen und Kartelle wurden in der Schweiz lange Zeit wohlwollend behandelt. Ein wettbewerbliches Problembewusstsein entwickelte sich erst vergleichsweise spät (Rn. 615 ff.). Mittlerweile handelt es sich beim schweizerischen Kartellgesetz aber um ein weitgehend am EU-Recht orientiertes Dreisäulenmodell ohne die Möglichkeit missbrauchsunabhängiger Entflechtungen für Marktversagenstatbestände, bei denen die klassischen kartellrechtlichen Befugnisse nicht ausreichen.

Es stellt sich in der Schweiz also in gleicher Weise wie aktuell im europäischen und bis 2023 im deutschen Recht (NCT bzw. § 32f GWB) die Frage nach der Zweckmäßigkeit eines solchen Instruments. Das offene wettbewerbsspolitische Leitbild des wirksamen Wettbewerbs unter dem derzeitigen Kartellgesetz (Rn. 631 ff.) dürfte einer Einführung jedenfalls nicht entgegenstehen. Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden ohnehin zunehmend kritisch beurteilt.

Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz dürfte zudem auch in der Schweiz mit höherrangigem Recht vereinbar auszugestalten sein (Rn. 649 ff.). Insbesondere die Bundesverfassung stellt zwar einen grund- und kompetenzrechtlichen Rahmen auf. Diesen Anforderungen dürfte durch eine sorgfältige Ausgestaltung der Norm aber entsprochen werden können.

Auch reichen die Eingriffsbefugnisse im schweizerischen Wettbewerbsrecht nicht vollständig zur Adressierung von Marktversagenstatbeständen aus (Rn. 686 ff.). Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz hätte demnach auch in der Schweiz ihre Daseinsberechtigung, soweit sie Kosten und Nutzen in einen angemessenen Ausgleich bringt.

