

**Roger Zäch (Hrsg.)**

Prof. Dr. iur., wissenschaftlicher Direktor am Europa Institut  
an der Universität Zürich

# **Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?**

# Inhaltsübersicht

## **Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes? – Schranken des Rechts**

**Roger Zäch**

Einleitung.....	2
I. Problemstellung .....	8
II. Der Zweck des Kartellgesetzes nach geltender Verfassung und Kartellgesetz .....	14
III. Wirtschaftliche resp. soziale Wohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes de „lege“ ferenda?.....	20
Literatur .....	26

## **Grundzüge der nächsten Revision des schweizerischen Wettbewerbsrechtes**

**Walter A. Stoffel**

Einleitung.....	33
I. Die internen Herausforderungen der nächsten Revision.....	35
II. Die externen Herausforderungen des geltenden (und des neuen) Rechtes .....	39
Schluss .....	42

## **Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht? Eine kritische Analyse**

**Andreas Heinemann**

I. Dogmatische Entwicklungslinien .....	44
II. Der Anwendungsvorbehalt in Art. 3 Abs. 2 KG.....	47
III. Praktische Anwendungsbeispiele.....	52
IV. Kritik und Reformvorschlag .....	56
V. Ausblick .....	59

**Die revidierte Vertikalbekanntmachung –  
Verhaltensempfehlungen für die Praxis**

**Patrick L. Krauskopf**

I. Einleitung.....	62
II. Schwarze Klauseln.....	63
III. Einzelfragen.....	77
IV. Schlussbetrachtung.....	80

**Das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Fusionskontrolle**

**Felix Prümmer**

I. Einleitung.....	84
II. Rechtsgrundlagen des Verhältnismässigkeitsprinzips in der Fusionskontrolle.....	84
III. Die Verhältnismässigkeit des materiellen Entscheids im Prüfungsverfahren.....	86
IV. Auflagen und Bedingungen.....	94
V. Vergleich der Abhilfemassnahmen in Migros/Denner.....	98
VI. Schlussbemerkungen.....	102
Literaturverzeichnis.....	103

**Verfahrensrechtliche Probleme aus der Sicht der  
Anwaltschaft**

**Philippe M. Reich**

I. Einleitung.....	105
II. Hausdurchsuchungen.....	107
III. Anwaltsgeheimnis.....	111
IV. Waivers in Kartellverfahren bzw. Informationsaustausch über Kooperationsabkommen.....	118
V. Ausblick: KG-Evaluation.....	121

# Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes? – Schranken des Rechts

Roger Zäch \*

## Inhalt

Einleitung .....	2
I. Problemstellung .....	8
1. Mögliche Gesetzeszwecke: Gewährleistung eines Prozesses oder eines Ergebnisses .....	8
2. Mögliche Folgen für die Anwendung von Art. 5 KG/81 EGV .....	9
a) Normstruktur .....	9
b) Interpretation des Tatbestandsmerkmals der „Wettbewerbsbeschränkung“ ..9	
aa) Traditionelle Konzeption .....	9
bb) More economic approach .....	11
c) Interpretation des Tatbestandsmerkmals der „Abrede von Unternehmen“ ...12	
aa) Traditionelle Konzeption .....	12
bb) More economic approach .....	12
d) Weitere Beispiele und Ergebnis .....	13
3. Relevanz der Frage nach dem geltenden Gesetzeszweck .....	14
II. Der Zweck des Kartellgesetzes nach geltender Verfassung und Kartellgesetz.....	14
1. Vorgehen .....	14
2. Die relevanten Bestimmungen.....	15
a) Verfassungsrecht .....	15
b) Gesetzesrecht.....	15
3. Auslegungsergebnis.....	16
a) Allgemein .....	16
b) Auslegungsergebnis aus der Gewährleistung von Wirtschaftsfreiheit .....	17
aa) Keine Instrumentalisierung von Freiheitsrechten .....	17
bb) Keine Marktergebnisbeurteilung.....	18
cc) Schluss .....	18

---

\* Dieser Text erscheint mit Zustimmung des Dike Verlags auch in MÖSCHEL WERNHARD (Hrsg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und Europa, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2010 (Reihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik). Für Anregungen und Kritik danke ich Prof. Dr. Yvo Hangartner, Dr. Adrian Künzler und Dr. Reto Heizmann. Für die aufwändigen Sekretariatsarbeiten danke ich Frau Daniela De Marco.

c) Zusammenfassung .....	18
4. Folgerungen für die Gesetzesanwendung .....	19
III. Wirtschaftliche resp. soziale Wohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes de „Iege“ ferenda? .....	20
1. Vorgehen .....	20
2. Auswirkungen einer Zweckänderung .....	21
3. Beurteilungskriterien .....	21
a) Unvereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit .....	21
b) Verletzung des Grundsatzes der Rechtssicherheit .....	21
c) Saldomethode .....	22
d) Auswirkungen auf die Wohlfahrt sind im Regelfall nicht zum Voraus erkennbar .....	22
e) Demontage des Kartellrechts .....	23
f) Nicht-Entscheidungen sind problematisch .....	23
g) Ökonomische Theorien sind nicht beweisbar .....	24
h) Rasante Steigerung der Verfahrens- und Verwaltungskosten .....	24
4. Ergebnis .....	25
Literatur .....	26

## Einleitung

Die Frage nach dem Zweck eines Kartellgesetzes ist aus folgendem Grund relevant: Im Zuge des so genannten *more economic approach*<sup>1</sup> wird bei der Beurteilung von Einzelfällen von Tatbestandsmerkmalen ausgegangen, die im Wortlaut des Gesetzes nicht vorgesehen sind. Dieses Vorgehen wird damit begründet, der Zweck des Kartellgesetzes sei die wirtschaftliche Wohlfahrt oder die soziale Wohlfahrt oder die Konsumentenwohlfahrt<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> POHLMANN, Grundfragen, Tz. 19 mit Nachweisen zum Recht der EG.

<sup>2</sup> AMSTUTZ/REINERT, in: STOFFEL/ZÄCH, 77 ff., 123; MONTI MARIO, EU competition policy after May 2004, Rede des damals zuständigen EU Kommissars anlässlich der Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, abrufbar unter: <[http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index\\_speeches\\_by\\_the\\_commissioner.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html)> (besucht am 22. März 2009); SCHMIDTCHEN, Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik, in: OBERENDER (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb (2005), 9-41; RÖLLER, Economic Analysis, 11; RÖLLER, Wettbewerbspolitik, 37; HELLWIG, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung, 34; VON WEIZSÄCKER, Konsumentenwohlfahrt und Wettbewerbsfreiheit: Über den tieferen Sinn des „Economic Approach“, WuW 2007, 1078-1084; MONTI GIORGIO, EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?, 9-43; gegen solche Tendenzen: MÖSCHEL, Juristisches versus ökonomisches Verständnis eines Rechts der Wettbewerbsbe-