



Dokument	<b>SZKW 2025 250</b>
Autor	<b>Marquard Christen</b>
Titel	<b>30 Jahre Kartellgesetz – Bilanz und Ausblick</b>
Seiten	<b>250-253</b>
Publikation	<b>Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht- und Wettbewerbsrecht</b>
Herausgeber	<b>Nicolas Diebold, Mani Reinert, Richard Stäuber, Monique Sturny</b>
ISSN	<b>2813-0715</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

## SZKW 2025 250

# 30 Jahre Kartellgesetz – Bilanz und Ausblick

## Rede anlässlich des Jubiläumsanlasses vom 3. November 2025 in Bern

Marquard Christen, LL.M., MAS, Zürich\*

Am 6. Oktober 1995 verabschiedete das Parlament das Kartellgesetz. Den 30. Geburtstag feierten Vertreterinnen und Vertreter von Wirtschaft, Verwaltung, Gerichten, Politik und Wissenschaft am 3. November 2025 in Bern. Das hier wiedergegebene, anlässlich dieser Veranstaltung vorgetragene Schreiben an das Geburtstagskind wirft Streiflichter auf die Entstehungsgeschichte, die seitherige Entwicklung und auch auf die Zukunft des Kartellgesetzes.

On October 6, 1995, the Swiss Parliament passed the Cartel Act. Representatives from business, authorities, courts, politics, and academia celebrated its 30th anniversary on November 3, 2025 in Bern. The letter reproduced here, presented at the event as a message to the «birthday child», offers reflections on the origins, evolution, and future prospects of the Cartel Act.

Liebes Kartellgesetz, liebes Geburtstagskind

Ich gratuliere Dir herzlich zu Deinem 30-jährigen Bestehen. Der Umstand, dass so viele hochkarätige Gäste aus Verwaltung, Politik, Gerichten, Wissenschaft und Wirtschaft Deiner Einladung gefolgt sind, zeigt, wie wichtig Du für unser Land bist. Umso mehr freue ich mich, Teil dieser erlauchten Geburtstagsgesellschaft sein und in meiner Rolle als Vertreter der Kartellrechtsanwaltschaft einige Worte an Dich richten zu dürfen.

Deine Vorgeschichte geprägt haben die im Jahr 1874 auf Verfassungsstufe eingeführte Wirtschaftsfreiheit, eine damit einhergehende Welle der Deregulierung und anschliessende Versuche von Unternehmen, meist in Form von Branchenverbänden, planerisch mittels Vereinbarungen in diese Lücke einzuspringen. Ein erster Versuch, diesen kartellistischen Strukturen Grenzen aufzuzeigen, war die in den 1950er-Jahren entstandene Boykott-Rechtsprechung des Bundesgerichts. Im Jahr 1964 erblickte dann mit dem ersten Kartellgesetz, dem KG 1962, Deine älteste Schwester das Licht der Welt, gefolgt von Deiner zweiten Schwester, dem KG 1985. Ihr Wesen war noch geprägt von der sog. Saldotheorie, einer Abwägung der gesamtwirtschaftlichen Vor- und Nachteile bei der Überprüfung von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen.

Du selber wurdest im Jahr 1995 gezeugt und hast im Jahr darauf, genauer am 1. Juli 1996, das Licht der Welt erblickt. Deine DNA ist – anders als noch unter der Ägide Deiner älteren Schwestern – der Schutz effektiven Wettbewerbs, basierend auf der festen Überzeugung, dass Wettbewerb das beste Mittel für eine Sicherstellung und Steigerung der Gesamtwohlfahrt ist.

\* Marquard Christen, LL.M., MAS, ist Partner bei CMS von Erlach Partners AG in Zürich, Co-Leiter der globalen Antitrust, Competition & Trade Group von CMS und Co-Vorsitzender der Fachgruppe Wettbewerbsrecht des Zürcher Anwaltsverbandes.



Wie es für Neugeborene üblich ist, haben Dir zu Beginn noch die Zähne gefehlt. Im Jahr 2003 bzw. 2004 sind Dir dann zusammen mit der Einführung direkter Sanktionen die Milchzähne ausgefallen und richtige Zähne gewachsen. Deine Eltern, National- und Ständerat, haben Dir damals die Möglichkeit gegeben, schmerzhafte Geldbussen für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu verhängen. Im Bereich Deiner ersten Säule, den Abreden unter Unternehmen, ist bis heute eine Schweizer Besonderheit, dass nur gewisse, von Deinen Eltern als besonders schädlich erachtete Arten von Abreden mit direkten Geldbussen bedroht sind. Zur Kategorie dieser vermeintlich harten Abreden kamen im Jahr 2004 neu auch gewisse vertikale Abreden hinzu. Die Diskussionen damals drehten sich daher vor allem auch um die Frage, was alles eine harte bzw. sanktionswürdige Abrede ist. Dass diese – letzten Endes ökonomische – Diskussion nicht im Geringsten an Aktualität verloren hat, zeigt die aktuell laufende Revision.

## SZKW 2025 250, 251

Gross verändert hast Du Dich, liebes Kartellgesetz, in Deiner äusseren Erscheinung seit der Einführung direkter Sanktionen nicht mehr. In den Jahren 2012–2014 wurde schon einmal versucht, Dich einer grösseren Operation zu unterziehen. Deine Eltern im Parlament waren sich da aber nicht einig, weshalb man damals auf den Eingriff verzichtet hat. Erwähnenswert ist – was sichtbare Änderungen Deines Äusseren anbelangt – danach eigentlich nur noch die Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht im Jahr 2022. Diese war auch eine Reaktion auf die Diskussion rund um die Hochpreisinsel Schweiz, in welcher Du – nicht zum Gefallen aller – etwas in den Fokus geraten bist. Mit der Einführung der relativen Marktmacht scheinst Du auch Dein Wesen ein wenig verändert zu haben, indem zumindest auf den ersten Blick neben den in Deinen Genen angelegten Schutz des Instituts Wettbewerb auch derjenige einzelner Unternehmen getreten ist.

Meinen Blick möchte ich aber nicht nur auf Dich und Deine unmittelbare Familie richten. Genauso wichtig scheint mir Deine weitere Verwandtschaft. Ein heute hier ebenfalls anwesender gemeinsamer Bekannter und Freund aus der Kartellrechtskommune hat vor Kurzem Folgendes geschrieben:

«Das Kartellrecht ist kein isoliertes Rechtsgebiet. Es bildet vielmehr einen zentralen Bestandteil eines komplexen Geflechts von Normen und Prinzipien, die darauf abzielen, den Wettbewerb als Grundpfeiler einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung zu schützen – vor Eingriffen sowohl privater als auch staatlicher Akteure.»<sup>1</sup>

Du bist als Hüterin eines effektiven und fairen Wettbewerbs also nicht allein. Insbesondere Du und Deine Cousine Vergaberecht pflegen eine innige und von gegenseitiger Wertschätzung geprägte Beziehung: Dein Ziel ist es, die Beschränkung bestehenden Wettbewerbs zu verhindern, während Deine Cousine Vergaberecht Wettbewerb zu schaffen versucht, wo es mangels intrinsischen Anreizes der öffentlichen Hand keinen Wettbewerb gibt.

Neben dem Parlament haben auch Deine Pflegeeltern, das Sekretariat WEKO und die WEKO, sowie deren Aufsichtsbehörden, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht (man ist geneigt, sie Deine KESB zu nennen), sich während Deiner Jugend an Deiner Identitätsfindung beteiligt. Wegweisend war der uns allen bekannte Fall in Sachen *Gaba/Gebro*<sup>2</sup>, auch *Elmex*-Fall genannt. Du siehst, es geht schon wieder um Deine Zähne, die mit diesem Entscheid allerdings nicht nur geputzt, sondern auch geschärft wurden. Das Bundesgericht hat damals nämlich entschieden, dass harte horizontale und vertikale Abreden gemäss den Abs. 3 und 4 von Art. 5 – weitgehend unabhängig von einer weiteren Überprüfung von deren Auswirkungen auf den Wettbewerb – unzulässig und damit sanktionierbar sind. Dies vorbehältlich einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz, von deren Vorliegen Deine Pflegeeltern und die Beschwerdeinstanzen erfahrungsgemäss allerdings nur sehr schwer zu überzeugen sind.

Der *Elmex*-Entscheid, bei dem es um das Thema des absoluten Gebietsschutzes ging, hat viele Diskussionen ausgelöst, die Dich und uns alle bis heute beschäftigen. Die Debatte zur laufenden Revision rund um das Thema Erheblichkeitsprüfung hat uns dies vor Augen geführt. Dabei sollten Du, liebes Kartellgesetz, und wir alle bedenken, dass wir die Diskussion darüber, ob eine Abrede den Vermutungstatbeständen von Art. 5 zuzuordnen ist, vor allem deshalb führen, weil Deine DNA unsere Welt in direkt sanktionsbedrohte und andere Abreden aufteilt. Die ökonomisch wirklich relevante Diskussion sollte aber sein, welches Schädigungspotenzial eine bestimmte Abredeart hat. Und das Ergebnis dieser Diskussion sollte dann ausschlaggebend dafür sein, ob und wie viel Nachweis von Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung es auf der anschliessenden Prüfstufe überhaupt noch braucht.

<sup>1</sup> Nicolas Diebold, 30 Jahre Wettbewerbsschutz – Anlass für eine ganzheitliche Betrachtung, SZKW 1/2025, Seite 1.

<sup>2</sup> BGE 143 II 297.



Die Tatbestände mutmasslich harter Abreden in den Abs. 3 und 4 Deines Art. 5 lassen eine solche Diskussion nicht mehr zu. Diese Kategorien wurden anlässlich Deiner Geburt und im Jahr 2003 definiert und mit einer Schädlichkeitsvermutung bzw. aufgrund von *Gaba/Gebro* wohl eher schon fast mit einer Schädlichkeitsfiktion versehen. Eine ökonomisch geprägte Diskussion über das Schädlichkeitspotenzial müsste daher entweder bei der Frage der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 oder dann direkt bei der Erheblichkeit auf der Stufe von Art. 5 Abs. 1 geführt werden. So sollte auch, sofern er dann das Licht der Welt erblickt, der gemäss aktuellem Stand der Debatte im Parlament vorgesehene Abs. 1<sup>bis</sup> zu Deinem Art. 5 zu verstehen sein.

Dogmatisch korrekt müsste die Schädlichkeitsdiskussion meines Erachtens eigentlich auf der Stufe von Art. 4

### SZKW 2025 250, 252

geführt werden. Dort wird unterschieden zwischen Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezeichnen und daher von ihrer Natur her ein wettbewerbsfeindliches Klima schaffen, und solchen, die lediglich eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken bzw. das Potenzial dazu haben. Und bei dieser Frage sollte in Anlehnung an die aktuelle Praxis in der EU nicht nur geprüft werden, ob ein einzelner Wettbewerbsparameter beschränkt wird, sondern es sollten im Sinne einer Gesamtschau auch wettbewerbsfördernde Aspekte mitberücksichtigt werden. Dieser Gedanke ist uns auch in der Schweiz nicht ganz fremd. Im Schlussbericht Dauer-Arbeitsgemeinschaften aus dem Jahr 2021<sup>3</sup> hat das Sekretariat der WEKO progressiv einen Schritt in diese Richtung gemacht, in dem es festgehalten hat, dass eine ARGE unter Umständen auch bereits dann keine Wettbewerbsabrede darstellt, wenn mit ihr ein offenkundig wirtschaftlich besseres («vorteilhafteres») Angebot erreicht werden kann. Das ist vergaberechtlicher Jargon und bedeutet letzten Endes, dass auch ein beispielsweise teureres Angebot vorteilhafter sein kann, wenn die Verteuerung durch eine Steigerung in der Qualität übertroffen wird. In dieselbe Richtung zu denken scheint das Sekretariat der WEKO auch in seiner kürzlich ergangenen Beratung zu Selbstregulierungen der Schweizerischen Bankervereinigung im Bereich Sustainable Finance.<sup>4</sup>

Das Thema Auswirkungen bzw. Schädigungspotenzial einer Verhaltensweise beschäftigt Dich nicht nur in Zusammenhang mit dem Thema Abreden. Auch in den Säulen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und Zusammenschlusskontrolle steht diese Diskussion im Zentrum. Bei der Fusionskontrolle zeichnet sich der weitgehend unumstrittene Wechsel vom «Dominance-plus»-Test zum international anerkannten SIEC-Test ab. Prämissen auch hier: mehr Ökonomie! Im Bereich Missbrauchskontrolle hat das Bundesgericht kürzlich mit dem Entscheid in Sachen elektronische Medikamenteninformationen (oder KEMI)<sup>5</sup> eine gewisse Beruhigung in die Auswirkungsdiskussion gebracht. Auch hier sind wir damit auf EU-Kurs.

Diese Analogie zum EU-Recht ist kein Zufall, sondern so gewollt. Zumal haben dies Deine Erziehungsberechtigten WEKO und Gerichte immer wieder betont, sei es in Bekanntmachungen oder in Entscheiden. Gerade im Bereich vertikaler Abreden, aber auch in Zusammenhang mit horizontalen Kooperationen und bei Marktbeherrschungskonstellationen ist die Analogie zur Praxis in der EU zentral. Dadurch wird Rechtssicherheit geschaffen. Denn bei fehlender Praxis in der Schweiz kann der Blick in die EU gerichtet werden. Zudem sind viele Unternehmen international tätig. Was in der EU zulässig ist, sollte daher auch in der Schweiz zulässig sein.

Gleichzeitig scheint mir aber auch wichtig, dass Instrumente der ausländischen Verwandtschaft nicht einfach blind kopiert werden, sondern dass sie wohlbesonnen auf ihre Kompatibilität mit den Verhältnissen hier in der Schweiz geprüft werden, sei es mit Bezug auf den Markt oder auf das institutionelle Set-up. Im Nachgang zum Zusammenschluss UBS/CS, der uns einige Deiner Schwächen vor Augen geführt hat, kam der Ruf nach einer Einführung des Instruments der Sektoruntersuchung. Auch wenn die Forderung nach einer Möglichkeit zur präventiven Prüfung der Verhältnisse eines bestimmten Marktes ihre Berechtigung hat, sei an dieser Stelle daran erinnert, dass Du mit dem Tool der Marktbeobachtung bereits eine Möglichkeit kennst, Märkte verdachtsunabhängig genauer unter die Lupe zu nehmen. Vorsicht scheint mir jedenfalls geboten, wenn Dir die Sektoruntersuchung nach dem Vorbild im Vereinigten Königreich und neuerdings auch in Deutschland die Möglichkeit geben würde, weitreichend korrigierend in Märkte einzugreifen. Diese Möglichkeit hat zwar ihren Reiz, bringt aber grosse Verantwortung mit sich und bedingt ressourcenintensive vorgängige Abklärungen und Auswirkungsanalysen, bei denen es rechtsstaatliche Prinzipien und Verfahrensrechte betroffener Unternehmen zu berücksichtigen gilt.

<sup>3</sup> RPW 2021/1, 90 ff., Dauer-ARGE Graubünden.

<sup>4</sup> RPW 2024/2, 359 ff., Selbstregulierungen der Schweizerischen Bankervereinigung (SBVg) im Bereich Sustainable Finance.

<sup>5</sup> BGer, Urteil 2C 244/2022 vom 23. Januar 2025 (zur Publikation vorgesehen).



Eine Herausforderung, der Du Dich in den letzten Jahren immer wieder stellen musstest, ist die Frage der Berücksichtigung von anderen öffentlichen Interessen als dem Schutz des Instituts Wettbewerb. Beispielsweise haben Dich der Kampf gegen die Pandemie sowie staatlich und konsumentenseitig gefordertes nachhaltiges Wirtschaften zur Selbstreflexion gezwungen. Während ein Rückfall in die Zeiten der Saldotheorie sicherlich nicht der richtige Ansatz ist und die Abwägung anderweitiger öffentlicher Interessen grundsätzlich eine Aufgabe für die politische Chefetage bleiben sollte, tust Du dennoch gut daran, Dich gesellschaftlichen Entwicklungen nicht ganz zu verschliessen.

Weiter stellt sich die Frage, inwiefern es Deine Aufgabe ist, neben dem Wettbewerb an sich auch einzelne Unter-

### SZKW 2025 250, 253

nehmen zu schützen. Das Konzept der relativen Marktmacht lässt Dich hier Deine Grenzen ausloten. Immerhin hat das Bundesgericht im kürzlich ergangenen Urteil in Sachen KEMI schon beinahe apodiktisch festgehalten, dass «das KG nicht dazu dient, einzelne Unternehmen, welche sich aufgrund des eigenen Verhaltens bzw. Produkts auf dem Markt nicht durchsetzen können, mit den Mitteln des KG zu schützen. Das KG dient der Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs.»<sup>6</sup>

Vorsicht ist zumindest dann angebracht, wenn unter dem Deckmantel volkswirtschaftlicher Argumente versucht wird, Dich mit sektorspezifischen Sonderregelungen zu versehen. Deine Eltern im Parlament scheinen hier im Rahmen der aktuellen Revision Augenmass zu beweisen. Ich wünsche mir, dass sie dies auch bei weiteren entsprechenden Vorstössen tun werden.

Zum Abschluss noch zwei Punkte:

Deine Pflegeeltern hier in Bern haben in der Vergangenheit immer wieder bewiesen, dass es bei der Durchsetzung Deiner Regeln Raum für Pragmatismus gibt. Dabei spreche ich nicht nur von den von Dir explizit vorgesehenen Möglichkeiten wie dem Abschluss einvernehmlicher Regelungen. Weitere Beispiele sind der Verzicht auf Untersuchungseröffnungen bei Verhaltensanpassungen im Verlauf einer Vorabklärung, die innovative Anrechnung von Kompensationszahlungen an Kartellrechtsopfer bei der Sanktionsbemessung oder ein pragmatischer Umgang mit dem Widerspruchsverfahren. In diese Richtung geht auch die im Rahmen der Revision anstehende und im Parlament umstrittene Verbriefung des Opportunitätsprinzips. Hierzu nur ein Gedanke: Informelle Abschlüsse von Verfahren oder gewählte Alternativen wie die Publikation von Best Practices oder auf einvernehmlichen Regelungen basierende Entscheide bergen die Gefahr in sich, dass etwas zur Praxis erhoben wird, das den üblichen Prüftest nicht durchlaufen hat.

Sorge bereitet mir die Dauer der Verfahren zur Durchsetzung Deiner Regeln, liebes Kartellgesetz. Hier versucht insbesondere die parallel zur KG-Teilrevision laufende Institutionenreform mit Massnahmen wie einer Verkleinerung und Professionalisierung der WEKO und der Einführung von Fachrichterinnen und Fachrichtern auf Stufe Bundesverwaltungsgericht Abhilfe zu schaffen. Dies ist zu begrüssen. Dabei ist zu bedenken, dass auch eine höhere Akzeptanz der Entscheide durch die betroffenen Unternehmen zur Verfahrensverkürzung beitragen kann, zumal dann eher auf Beschwerden verzichtet werden dürfte. Zentral sind daher auch Massnahmen zu einer klareren Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde. Unabhängig davon, ob es punktuell zu Massnahmen für eine stärkere Trennung zwischen WEKO und Sekretariat kommt oder ob doch eine radikalere Veränderung mit Einheitsbehörde oder Gerichtsmodell angestrebt wird – zentral scheint mir, dass auch auf Stufe der Gerichte die ökonomische Fachkompetenz sichergestellt wird. Das vom Bundesverwaltungsgericht der WEKO mangels eigener Expertise aktuell zugesprochene technische Ermessen in der Entscheidfindung schadet Deinem Image, liebes Kartellgesetz, meines Erachtens erheblich.

Liebes Kartellgesetz: Es gäbe noch viel mehr, über das wir beide miteinander reden könnten. Ich möchte es an dieser Stelle aber beim Gesagten belassen. Vielleicht haben wir ja heute Abend beim Apéro noch etwas Zeit zum Plaudern. Als der Ältere von uns beiden erlaube ich mir, Dir zum Abschluss noch ein paar Ratschläge für die nächsten Jahre mit auf den Weg zu geben:

Lass Dich nicht instrumentalisieren und für Zwecke einspannen, welche nicht in Deiner Natur liegen, insbesondere zum Schutz von aus Sicht des Wettbewerbs ungerechtfertigten Partikularinteressen.

Unsere Welt hat sich seit Deiner Geburt verändert. Die Offenheit Deines Wesens lässt aber auch Raum, um diesen Entwicklungen wie beispielsweise einem gesellschaftlich gewünschten nachhaltigeren Umgang mit natürlichen Ressourcen Rechnung zu tragen.

Sei selbstbewusst. Nicht alles, was Deine Verwandtschaft im Ausland macht, ist gut und zur Nachahmung empfohlen.

---

<sup>6</sup> BGer, Urteil 2C\_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 10.5 (zur Publikation vorgesehen).



Time is of the essence – einerseits aus Sicht der betroffenen Unternehmen, wenn es um die Verfahrensdauer geht, andererseits aber auch für einen effektiven Schutz wirksamen Wettbewerbs, gerade auch im Bereich schnelllebiger, beispielsweise digitaler Märkte.

Und schliesslich: Lass uns alle mehr auf die Ökonomen hören. Deine Regeln ziehen ihre Daseinsberechtigung aus der Ökonomie – da lohnt es sich, ihren Botschafterinnen Aufmerksamkeit zu schenken, wenn es um die Umsetzung dieser Regeln geht.

Von Herzen alles Gute zum Geburtstag!

Dein Marquard Christen