

Aktuell/Actualités

**MARINO BALDI**Dr. oec. HSG, Senior Counsel
Prager Dreifuss AG, Bern/Zürich

Für eine «informierte» Wettbewerbspolitik

Scheinargumente in zentralen Fragen der laufenden KG-Revision

Das Revisionsprojekt sieht vor, die Vermutungstatbestände in Art. 5 Kartellgesetz in unmittelbar wirksame Verbote umzuwandeln. Dies sollte gemäss Botschaft des Bundesrates die Verfahren beschleunigen, indem die aufwändige Prüfung der «Erheblichkeit» entfiel. Auch wird angeführt, das Kartellgesetz würde dadurch dem EU-Recht weiter angeglichen. Das letztere Argument verdreht die Wirklichkeit. Die Prüfung der «Erheblichkeit» ist deshalb zum Problem geworden, weil die Wettbewerbskommission das Normelement sinnwidrig mit der Marktmachtfrage vermischt hat. Dies kann leicht korrigiert werden. Die ganze Frage zeigt die «Erheblichkeit» des Postulats einer Professionalisierung der Wettbewerbskommission.

1. Verkannte Kartellrechtsnatur

Moderne Kartellgesetze kommen hinsichtlich ihrer tragenden materiellen Bestimmungen nicht ohne weit offene Ermessensbegriffe aus. Die Normen lassen sich abstrakt nicht zu Verhaltensanweisungen mit hinreichend klarem Inhalt verdichten, so sehr dies aus dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips gerade für sanktionsbewehrte

Normen wünschbar wäre. Die Konkretisierung ist weitgehend nur durch reiches, qualitativ hochstehendes Fallrecht möglich. Die durch Fallpraxis gewonnenen Erkenntnisse mögen dann periodisch in einem System von Richtlinien für typische Praktiken eingefangen werden, welche aber «naturgemäss» kaum absoluten Charakter haben, sondern sich meistens als widerlegbare Vermutungen darstellen.

In der EU ist im Rahmen eines rund fünfzig Jahre umfassenden Prozesses ein ganzes Bündel solcher Systeme (Gruppenfreistellungsverordnungen) entwickelt und auch laufend erneuert worden. Die grundlegenden Rechtsnormen sind dabei dieselben geblieben. Konkretisierung und Fortentwicklung des Rechts erfolgen also vorwiegend durch die Rechtsanwendungsbehörden. Insgesamt ist auf diese Weise eine Wettbewerbsordnung entstanden, die hinsichtlich konzeptioneller Geschlossenheit und Bestimmtheitsgrad Ihresgleichen sucht. Die Qualität des EU-Kartellrechts hat vorab auch mit dessen supranationalem Charakter zu tun. Als den Mitgliedstaaten übergeordnetes Recht kann es längerfristig nur durchgehalten werden, wenn es sich durch Objektivität und politische Neutralität auszeichnet. Auch deshalb wird in der EU das «Wettbewerbsprinzip» konsequenter als anderswo beachtet.

Wettbewerbsbehörden ausserhalb der EU, die im Rahmen jüngerer Gesetze tätig sind, mag die EU-Ordnung wertvolle Orientierung geben, doch haben sie sich gleichwohl vertieft mit den erwähnten «Naturgegebenheiten» auseinanderzusetzen (aufs Haar vergleichbar sind die Verhältnisse ja praktisch nie)¹. Wettbewerbsbehörden, denen diese

Art von (politischer) Rechtsanwendung weniger liegt, sind ob ihrer Aufgabe häufig frustriert, besonders wenn sie sich zum Ziel gesetzt haben, in ihrer Amtszeit Marksteine zu setzen. Sie rufen dann typischerweise nach «besserem», das heisst vor allem einfacher handhabbarem Recht. Dieses kann indes nicht einfach «ab Lager» bezogen werden, es sei denn die Wettbewerbsbehörden hätten es für ihre jeweiligen Ordnungen selbst entwickelt.

Das Ziel vieler Wettbewerbsbehörden, «innert nützlicher Frist» zu relativ praktikablen und rechtssicheren Verhaltensrichtlinien zu gelangen, kann nur über solide, politisch-strategisch orientierte Konzeptarbeit erreicht werden, die im Erlass von möglichst aussagekräftigen (und vollstreckbaren) Leitentscheiden Ausdruck finden muss. Diesbezüglich hat die Praxis der Schweizerischen Wettbewerbskommission bis vor Kurzem enttäuschende Resultate erbracht². Trotz Fortschritten in den letzten Jahren reicht der heutige Fundus an Leitentscheiden noch keineswegs aus, um schon von einem ausreichend breiten und rechtssicheren «wettbewerbspolitischen Kurs» sprechen zu können, wie ihn versierte Fachleute aus der Praxis zu anderen Rechtsordnungen (EU, USA) herauszulesen vermögen³.

2. Fragwürdiger legislativ-gerichtlicher Aktivismus

Um die Versäumnisse der Wettbewerbskommission (Weko) bezüglich Erarbeitung einer Rechtspraxis mit

² Dazu auch CARL BAUDENBACHER, Evaluation Kartellgesetz, SECO-Strukturbericht-erstattung Nr. 44/3, Bern 2009, passim.

³ Vgl. im Zusammenhang etwa die folgenden, rechtliche, wirtschaftliche und wettbewerbspolitische Gesichtspunkte gleicherweise einbeziehende Monographien: ERNEST GELLHORN/WILLIAM E. KOVACIC/STEPHEN CALKINS, Antitrust Law and Economics, St. Paul, MN, 2004; GIORGIO MONTI, EC Competition Law, Cambridge/New York etc., 2008.

Der Autor war Botschafter der Schweiz für internationale Wirtschaftsbeziehungen, Mitglied der Wettbewerbskommission (1996–2008) und lehrte Wirtschaftsrecht an den Universitäten St. Gallen und Zürich.

¹ Vgl. zur relativen Vergleichbarkeit von EU- und Schweizer Recht: MARINO BALDI, Zur «Philosophie» des neuen Kartellgesetzes, in M. A. Corti/P. Ziegler (Hrsg.), Diplomatistische Negotiation, Festschrift für Franz Blankart zum 60. Geburtstag, Bern/Stuttgart/Wien 1997, 349 ff.

klar erkennbarer wettbewerbspolitischer Ausrichtung zu «kompensieren», soll nun also der schweizerische Gesetzgeber, wenn es nach den Vorstellungen der Botschaftsverfasser ginge, angeblich griffigere, das heisst einfacher handhabbare Regeln erlassen. Was liegt bei einem solchen Unterfangen näher, als am EU-Recht Mass zu nehmen, zumal das geltende Kartellgesetz (KG 95) in seinen zentralen materiellen Begriffen unbestreitbar europäisch inspiriert ist? In der Vorlage des Bundesrates wird denn auch fromm – aber entgegen den Tatsachen – ausgeführt, die vorgeschlagenen materiellen Neuerungen (Einführung von «Teilkartellverboten») näherten das schweizerische Recht dem europäischen an.

Bevor das Scheinargument der Annäherung ans EU-Recht aufzudecken sein wird, soll anhand eines aktuellen Beispiels ein Schlaglicht auf die Problematik eines wenig durchdachten legislatorischen Aktivismus als Folge mangelnder Konzeptarbeit der Weko geworfen werden:

Zu erörtern sind kurz zwei in der Sache wesentlich divergierende Weko-Entscheide zu inhaltlich analogen Sachverhalten: Der im Mai 2012 ergangene, in den Medien prominent diskutierte *BMW-Entscheid* – es ging um Vertriebsabreden zur Abschottung des Schweizer Marktes – liegt wohl im sachlichen Ergebnis (einmal ungeachtet der Bussenhöhe) richtig⁴. Demgegenüber erachtete im Jahr 2000 die Weko den typologisch identischen *VW-Fall* noch als harmlos⁵. Erst nach monatelangen Verhandlungen fand sich damals in der Wettbewerbsbehörde eine knappe Mehrheit für die Position, die zu beurteilende Praktik

dürfe nicht auch noch als «unerheblich» qualifiziert werden. Als Reaktion auf den als «lendenlahm» empfundenen Entscheid stellte dann der Gesetzgeber 2003 diese Art von Abreden (Vertriebssysteme mit absolutem Gebietsschutz) unter die Vermutung, sie *beseitigten wirksamen Wettbewerb* (Art. 5 Abs. 4 KG). Die Vermutung als solche ist nicht geeignet, die fraglichen Sachverhalte griffiger ins Recht zu nehmen, wie sich nun im BMW-Fall gezeigt hat⁶. Zu Recht erkannte dort die Weko nicht auf *Beseitigung wirksamen Wettbewerbs* (wie dies der gesetzlichen Vermutung entspräche), sondern stellte eine *erhebliche, durch Effizienzgründe nicht zu rechtfertigende Wettbewerbsbeeinträchtigung* fest.

Wäre seinerzeit der VW-Fall so entschieden worden wie jüngst der BMW-Fall, so liesse sich heute bezüglich Beurteilung solcher Vertriebssysteme von einer gesicherten Praxis sprechen (die auch mit dem EU-Recht kongruierte)⁷. Dann wäre es 2003 auch niemandem eingefallen, für solche Fälle einen wenig zweckdienlichen Vermutungstatbestand ins Spiel zu bringen und würde heute für sie kaum jemand ein *unmittelbar anwendbares Verbot* vorschlagen. Ein solches Verbot soll künftig gemäss Botschaft des Bundesrates für alle derzeit in Art. 5 KG aufgeführten Vermutungstatbestände gelten. Die materiellen Beurteilungskriterien würden nicht verändert, aber die Zulässigkeit einer Abrede müsste fortan im Einzelfall behördlich festgestellt werden, während sie heu-

te ex lege gilt⁸. Um die damit verbundenen Probleme sichtbar zu machen, sind ein paar rechtsmethodische Ausführungen nötig.

3. Unmittelbar anwendbare Verbote sind «out»!

Moderne Kartellgesetze folgen rechtsmethodisch entweder dem «Verbot mit Erlaubnisvorbehalt» oder dem «Verbot mit Legalausnahme». Im ersten Fall sind die Verbote unmittelbar anwendbar, während die Ausnahmen einzelfallweise durch behördlichen Akt (spezifische Erlaubnis) zu gewähren sind; im zweiten Fall sind die Verbote durch unmittelbar anwendbare Ausnahmen schon gesetzlich relativiert, das heisst die Ausnahmen wirken ohne behördlichen Akt (ex lege). Im heutigen internationalen Jargon ist im ersteren Fall oft auch die Rede von Verbotsgesetzen, im letzteren von Missbrauchsgesetzen.

Das KG 95 ist ein Missbrauchsgesetz im eben erwähnten Sinn. Seit 2004 trifft dies aber auch auf das EU-Recht⁹ und seit 2005 auf das deutsche Recht¹⁰ zu, während die meisten übrigen europäischen Wettbewerbsordnungen, ja selbst das US-Antitrustrecht¹¹, schon

⁸ Botschaft des Bundesrates vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905.

⁹ Zum «Systemwechsel» im EU-Recht: RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH/INGO BRINKER/SIMON HIRSBRUNNER, EG-Kartellrecht, Kommentar, 2. A., München 2009, Art. 1 VO 1/2003, N. 1 ff.; U. IMMENGA/E.-J. MESTMÄCKER (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. A., München 2007, Einleitung N. 9 ff.; REINHARD ELLGER (dasselbst), 325 ff.

¹⁰ Zum «Systemwechsel» im deutschen Recht: DANIEL ZIMMER, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. A., § 1 B, 1 ff.

¹¹ Als auf bestimmte Abredetypen ausgerichtete, d.h. den GVO der EU ähnliche Le-

⁴ Verfügung vom 7.5.2012 – *BMW*; einsehbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell>.

⁵ RPW 2000/2, 196 ff. (Rz. 50) – *Volkswagen Vertriebssystem*.

⁶ In praktischer Hinsicht kann man der Gesetzes-Ergänzung zugute halten, dass sie der Weko die Notwendigkeit vor Augen führte, im Vertikalbereich endlich Bekanntmachungen zu erlassen, die mit dem EU-Recht kongruierten.

⁷ Vgl. dazu auch: MARINO BALDI, A new (Swiss) Policy in the Field of Verticals?, in: Carl Baudenbacher (ed.), Current Developments in European and International Competition Law, Basel 2010, 187 ff.

länger dem Legalausnahme-Prinzip folgen. Eine gewisse Besonderheit bestand beim KG 95 vorerst allerdings noch darin, dass es keine unmittelbaren Sanktionen vorsah. Dies wurde aber 2003 nachgeholt, so dass sich das geltende KG rechtmethodisch voll ins europäische Umfeld einfügt. Und in dieser Situation soll nun die Schweiz gemäss Botschaft des Bundesrates hinsichtlich praktisch aller wichtigen Sachverhalte zu jenem System übergehen, von dem sich 2004/05 mit der EU und Deutschland auch noch jene Jurisdiktionen abwanden, die ihm zuvor während Jahrzehnten mit Überzeugung verpflichtet waren?

Was ein solcher Schritt für die Schweiz bedeuten würde, lässt sich anhand der von der EU 1962 in Kraft gesetzten und 2004 aufgehobenen VO 17/62¹² ermeszen. Im Hinblick auf die Durchsetzung des seinerzeit unmittelbar anwendbaren Verbots (mit Erlaubnisvorbehalt) führte dieser Grundsatz-Erlass ein eigentliches *gesetzliches Meldesystem* ein. Diesem zufolge konnten Verbotsausnahmen nur für Abreden gewährt werden, die zuvor bei der Kommission angemeldet waren (faktische Meldepflicht). Gleichzeitig mit der Festlegung des Anmeldeerfordernisses wurde in dem Erlass auch der rechtliche Schwebezustand geklärt, in dem sich formell verbotene, aber zur Freistellung angemeldete und somit virtuell zulässige Abreden vorerst befanden. Die Wirkungen des for-

mellen Verbots waren für solche Abreden bis zur endgültigen Entscheidung durch die Kommission suspendiert. Die Abreden konnten ohne Bussenrisiko durchgeführt werden, zivilrechtlich waren sie vorläufig gültig.

Dieses System entsprach bezüglich Rechtssicherheit und umfassender Rechtsdurchsetzung zweifellos hohen Anforderungen. Weniger befriedigend waren die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen *Schwebezustände*, die sich auf Grund der oft mehrere Jahre dauernden behördlichen Prüfung ergaben. Mit Blick etwa auf grundsätzlich vernünftige (effiziente) Kooperationsabreden sind solche Phasen der Unsicherheit ein echtes, nicht zuletzt auch volkswirtschaftliches Ärgernis (zulässige Abreden liegen ja im Interesse der Allgemeinheit). Dieses Problem wurde ab Mitte der 1960er Jahre durch den Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) wesentlich entschärft. Diese führten eng umschriebene Ausnahmen (positive Vermutungen) ins System ein. Insgesamt ergab sich damit ein Regime, das die Vorteile der beiden Grundsysteme kombinierte und die jeweiligen Nachteile weitgehend vermied.

Wirkungsmässig kamen die GVO Legalausnahmen schon immer nahe. Für die von ihnen erfassten Verträge galt das Verbot nicht unmittelbar. Sie konnten ohne Bussenrisiko durchgeführt werden und waren von Anfang an zivilrechtlich gültig; Schwebezustände gab es insofern keine. 2004 dann, nachdem die EU über vier Jahrzehnte die praktisch weitaus meisten Wettbewerbsabreden via GVO klassifiziert und die für ihre Beurteilung massgebenden Parameter festgelegt hatte, ersetzte sie das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt durch ein solches mit Legalausnahme – und hob das Meldesystem kurzerhand auf (die VO 1/2003 löste die frühere VO 17/62 ab). GVO sind heute nichts anderes als (widerlegbare) Konkretisierungen

der allgemeinen Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV¹³.

4. Ein umgekehrter «Sonderfall Schweiz»?

Auch in der Schweiz könnten allfällige unmittelbar anwendbare Verbote nur in Verbindung mit einem Meldesystem vernünftig, das heisst vor allem in einer für die Rechtsunterworfenen erträglichen Weise gehandhabt werden. Es müsste also eine Regelung eingeführt werden, wie sie die EU 1962 bis 2004 kannte (das heutige Widerspruchsverfahren gemäss Art. 49a KG wäre hierfür nicht tauglich). Im selben Zusammenhang müssten auch eine Reihe von Rechtsfragen bezüglich der Einzelfreistellung geklärt werden, etwa die rechtlichen Schwebezustände für die Zeit zwischen der Anmeldung einer Abrede und der schlussendlichen Weko-Entscheidung.

Diesen Postulaten könnte nicht entgegengehalten werden, die Einführung unmittelbar anwendbarer Verbote in der Schweiz beträfe ja nur die heutigen gesetzlichen Vermutungstatbestände, für die anzunehmen sei, dass sie in den meisten Fällen unzulässig seien. Hinsichtlich horizontaler Tatbestände ist etwa darauf hinzuweisen, dass Unternehmenskooperationen häufig mit gewissen Gebietsabreden verbunden sind, die beim vorgeschlagenen System unter das unmittelbar anwendbare Verbot fielen, obschon sie eigentlich von Anfang an zugelassen werden müssten. Ähnliches trifft auf die vertikalen Vermutungstatbestände zu: Alleinvertriebsverträge mit abso-

galausnahmen fungieren im US-Antitrust die immer häufigeren «Structured Rules of Reason»; vgl. dazu GELLHORN/KOVACIC/CALKINS (FN 3), passim.

¹² Zur Funktion und Wirkungsweise dieser während vierzig Jahren für die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts zentralen Ratsverordnung (mit Gesetzescharakter); vgl. GEORG-KLAUS DE BRONETT, in: H. Schröter/T. Jakob/W. Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, 1016–1136.

¹³ Vgl. zur Funktion und wettbewerbspolitischen Bedeutung der GVO im Legalausnahmensystem: ANDREAS FUCHS, Die Gruppenfreistellungsverordnung als Instrument der europäischen Wettbewerbspolitik im System der Legalausnahmen, in: ZWeR, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Nr. 1, 2005, 1 ff., bes. 28 ff.

lutem Gebietsschutz wie auch vertikale Preisbindungen können unter Aspekten des Wettbewerbs, das heisst namentlich mit Blick auf die konkreten Marktverhältnisse (Marktanteile, Marktphasen), durchaus zulässig sein.

Neben der Anordnung eines gesetzlichen Meldesystems müssten unbedingt auch Ausführungserlasse mit dem früheren Rechtscharakter der GVO ergehen, welche die unmittelbar anwendbaren Verbote hinsichtlich einer Reihe typischer Wettbewerbsabreden aufheben würden. Es genüge also nicht, wie im heutigen System des Verbots mit Legalausnahme, rechtlich unverbindliche Verwaltungsrichtlinien (Bekanntmachungen) zur Konkretisierung der gesetzlichen Bestimmungen zu erlassen. Auch stellten sich wichtige Fragen des Zivilrechts. Dabei wäre etwa zu bedenken, dass den *unmittelbar wirksamen Schweizer Verboten* wohl nicht wenige Verträge unterstünden, die sich – allenfalls schwergewichtig – auch im Gebiet des EWR auswirken; dies unter Umständen bei schweizerischer Nichtigkeit einerseits und gleichzeitiger vertragsrechtlicher Gültigkeit im EWR bzw. dessen Mitgliedstaaten anderseits.

Die Ausführungen in der Botschaft zur Revisionsvorlage deuten nicht darauf hin, dass sich der Bundesrat all dieser Komplikationen und neuen administrativen Bürden bewusst ist, die er sich mit dem fraglichen System einhandeln würde. Für die EU war 1962 die Einführung eines Systems mit Erlaubnisvorbehalt sinnvoll. Unter veränderten Umständen hat sie dieses 2004 aber auch mit guten Gründen wieder aufgegeben – und ist zum System übergewechselt, welches das KG seit 1995 kennt. Somit stellt sich schon die Frage, was denn nun in der Schweiz mit dem Vorschlag der Einführung unmittelbar wirksamer Verbote nach dem Muster des früheren EU-Rechts bezweckt werden soll.

5. «Erheblichkeit» als Schlüsselfrage

In der Botschaft des Bundesrates wird argumentiert, unmittelbar anwendbare Verbote drängten sich im Interesse einer effizienteren Rechtsanwendung auf, hätte die Praxis doch gezeigt, dass die Prüfung des Kriteriums der *Erheblichkeit* in Art. 5 Abs. 1 KG äusserst aufwändig sei und die Verfahren allzu sehr verlängere. Tatsächlich ist der Erheblichkeitstest, so wie er von der Weko in der Regel gehandhabt wird, sehr aufwändig. Dies aber nur wegen eines grundlegend falschen Verständnisses.

Erheblichkeitsprüfungen gibt es in praktisch allen Kartellgesetzen dieser Welt. Sie werden überall, nicht so aber in der Schweiz, als De-minimis-Prinzip verstanden: Die Behörden sollen sich nicht mit Bagatellfällen befassen müssen¹⁴. In diesem Rahmen geben sie den rechtsanwendenden Behörden einen beträchtlichen Spielraum. In der Schweiz hat die Weko das Kriterium der Erheblichkeit schon in den 1990er Jahren völlig denaturiert (die Botschaft zum KG 95 charakterisiert es als De-minimis-Prinzip)¹⁵, indem sie es bewusst mit der Marktmachfrage vermischte, dies vorab mit dem Ziel, selbst gemeinhin als problematisch erachtete Vertikalabreden wenn immer möglich nicht vertieft prüfen zu müssen (vgl. vorne: VW-Fall). Das

irriges Konzept wird zwar heute etwas flexibler angewandt (was im BMW-Fall einen vernünftigen Entscheid ermöglichte), ist jedoch – vor allem dogmatisch – noch keineswegs überwunden¹⁶.

Somit ist festzuhalten: Eine sachgerechte Prüfung der Erheblichkeit wäre keineswegs so aufwändig (und entsprechend wettbewerbspolitisch hinderlich), dass sie nun durch «Teilkartellverbote» quasi unterlaufen werden müsste, wie dies die Botschaft vorschlägt. Nun ist allerdings die Rechtsanwendung von der falschen Auslegung des Kriteriums bereits in einer Weise infiziert (noch kaum die Praxis des Bundesgerichts)¹⁷, dass sich allenfalls eine Präzisierung des Art. 5 Abs. 1 KG in dem Sinne aufdrängt, dass gewisse Abredetypen (z.B. die heutigen Vermutungstatbestände) als solche für erheblich erklärt würden (soweit nicht offensichtliche Bagatellen vorliegen). In diese Richtung geht bereits die vom EU-Recht inspirierte Vertikalbekanntmachung 2010 der Weko, gemäss der gewisse Abreden schon vom Gegenstand her erheblich sind. Mit einer solchen Lösung liesse sich echte Kongruenz zum EU-Recht herstellen, nicht aber mit der Statuierung von in der Sache antiquierten «Kartellverboten».

Eine neu interpretierte «Erheblichkeit» drängt sich auch aus rechtsstaatlichen Gründen auf. Insofern nämlich heute die Weko (oder ihr Sekretariat) die sachliche Prüfung von Wettbe-

¹⁴ Zum Spürbarkeitskriterium im EU-Recht; vgl. etwa RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH/INGO BRINKER/SIMON HIRSBRUNNER, EG-Kartellrecht, Kommentar, 2. A., München 2009, EG Art. 81, N. 95 ff.; C. BELLAMY & G.D. CHILD, European Community Law of Competition, 6.A., Oxford 2007, Rz. 2.121–2.132.; grundsätzlich: HELMUTH SCHRÖTER, in: H. Schröter/T. Jakob/W. Mederer (FN 12), 301 ff.

¹⁵ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 558; zur Auslegung gemäss den legislatorischen Intentionen: MARINO BALDI, Zur «Philosophie» des neuen Kartellgesetzes (FN 1), 399 ff., 355.

¹⁶ Vgl. im gleichen Sinn etwa JÜRGEN BORER, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. A., Zürich 2010, N 17 ff. zu Art. 5 KG.

¹⁷ Das Bundesgericht bejaht die Erheblichkeit einer Abrede, wenn ein «relevanter Wettbewerbsparameter» betroffen ist und die Beteiligten einen «nicht unerheblichen Marktanteil halten» (BGE 129 II 24, E.2.1); das Diktum ist in seiner Formulierung auf bestimmte Sachverhalte (Horizontalabreden) zugeschnitten, aber grundsätzlich richtig und entsprechend adaptierbar.

werbsabreden in vielen Fällen nur unter dem Titel der Erheblichkeit abhandelt – unter dem sie sich im praktisch freien Ermessen bewegt –, entgeht die Behörde der gerichtlichen Überprüfbarkeit. Richtigerweise müssten Abreden, die den Wettbewerb in nicht bloss geringfügiger Weise beschränken, nach den gerichtlich überprüfbaren Effizienzkriterien des Art. 5 Abs. 2 KG beurteilt werden. Tatsächlich gibt es in der rund 16jährigen Geschichte des KG 95 nur wenige Fälle, in denen die Effizienzkriterien echt thematisiert wurden – weil eben die Abreden allzu oft als «nicht erheblich» aus der Prüfung fielen.

In Systemen, die dem «Schutz des wirksamen Wettbewerbs» verpflichtet sind, stellt der Effizienztest das eigentliche Kernthema kartellrechtlicher Prüfung dar. Es gibt Horizontal- und Vertikalabreden sonder Zahl, bei denen die wettbewerbsfördernden und -widrigen Wirkungen im Sinne einer vertieften Effizienzprüfung sorgfältig gegeneinander abzuwägen sind. Bei einem Erheblichkeitskriterium, wie es heute von der Weko gehandhabt wird, sind solche Abwägungen in rechtsstaatlicher Weise gar nicht möglich. Vermehrte Effizienzprüfungen gäben gerade den KMU wichtige Hinweise verbindlicher Art für die Zulässigkeit von Kooperationsabreden.

6. Dringliche Professionalisierung der Wettbewerbskommission

Ausgangspunkt der Betrachtungen war die oftmals verkannte «Natur des Kartellrechts». Es ging um die in der Sache unvermeidlichen Ermessensbegriffe, die nur über qualitativ hochstehendes Fallrecht konkretisiert werden können. Dies erfordert eine Behörde, die sich aktiv einer strategisch orientierten Rechtsentwicklung annimmt und – nebenbei gesagt – gegenüber dem Sekretariat fachliche Autorität ausspielen kann. Es müsste sich um

ein Gremium von drei bis fünf hauptamtlich tätigen Mitgliedern handeln, die bezüglich Fachkenntnis, Urteilskraft, persönlicher Integrität und Zivilcourage über alle Zweifel erhaben sind. Das Beispiel der folgenschweren Fehlinterpretation des Merkmals der «Erheblichkeit» in Art. 5 Abs. 1 KG zeigt die «Erheblichkeit» dieses Postulats.

Das erwähnte Beispiel deutet gleichzeitig darauf hin, dass ein Wettbewerbsgericht auf dieser Ebene nicht die angemessene Lösung wäre. Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung sind im Kartellrecht eng verwoben. Nur ein *wettbewerbspolitisch* ausgerichtetes Gremium vermag der besonderen Natur des Kartellrechts gerecht zu werden. Gefordert ist eine permanente Justierung des Rechts, im Sinne auch etwa von Anpassungen an sich wandelnde wirtschaftliche Realitäten, dies nach den Vorgaben des Gesetzes und unter gerichtlicher Kontrolle. Änderungen der rechtlichen Grundordnungen mögen sich unter solchen Umständen relativ selten aufdrängen. So kommen etwa die Rahmengesetze der USA und der EU seit Jahrzehnten ohne materiellrechtliche Revisionen aus. Kartellrecht soll sich im Rahmen eines gesetzlich niedergelegten politischen Konzepts evolutiv entwickeln können, möglichst frei von konzeptwidrigen legislatorischen «Hüftschüssen».

Ein prominenter, von persönlichen Interessen freier Sachverständiger hat schon vor Monaten auf die mangelnde Professionalität der Botschaftsverfasser hinsichtlich der vorgeschlagenen *institutionellen* Neuerungen hingewiesen und auch eklatante behördliche Falschaussagen identifiziert¹⁸. Man

mag die fehlerhaften Ausführungen der Botschaft bezüglich der *materiellen* Neuerungsansätze, mit denen die Behörde nun ein Problem lösen möchte, das sie sich seinerzeit in wenig bedachter Weise selbst «eingebrockt» hat, mit andern Worten beschreiben. Von ernsthafter Natur sind sie allemal, wenn man bedenkt, dass zur Begründung der Vorschläge die Wirklichkeit eigentlich verdreht wird. Das Recht der Schweiz würde nämlich nicht jenem der EU angeglichen, wie die Botschaftsverfasser behaupten: Die EU nahm 2004 vielmehr das System des heutigen Kartellgesetzes an, während für die Schweiz nun das System vorgeschlagen wird, das die EU damals als administrativ zu schwerfällig aufgegeben hat.

7. Ein Marschhalt tut not

Die Revisionsvorlage operiert in zentralen Fragen mit Scheinargumenten und falschen Angaben. Dies betrifft sowohl die materiellen wie die institutionellen Neuerungsansätze. Die Vorlage kann unter diesen Umständen keine Basis für ein gutes Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens sein. Einiges wäre auf jeden Fall besser zu durchdenken, bevor eine grössere Revision des Kartellgesetzes an die Hand genommen wird. Wirklich dringend ist eigentlich nur die Verkleinerung und Professionalisierung der Wettbewerbskommission. Eine neu formierte Behörde könnte dann, durchaus unter ihrem derzeitigen Präsidenten, das Recht in wichtigen, vorab methodischen Punkten fortentwickeln und, falls tunlich, in einigen Jahren fachlich besser abgestützte, vor allem solide Rechtspraxis einbeziehende Revisionspunkte anregen.

¹⁸ Vgl. den Artikel des Präsidenten des EFTA-Gerichtshofs, Professor CARL BAUDENBACHER, in der Handelszeitung vom 8. März 2012, 1; an öffentlichen Veranstaltungen wandten sich auch Vertreter des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts

dezidiert gegen die Ersetzung der Wettbewerbskommission durch ein Wettbewerbsgericht.