

Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts

ANDREAS HEINEMANN*

Schlagwörter: Wettbewerb, Marktwirtschaft, Planwirtschaft, Kartellrecht, Wettbewerbsrecht, Wettbewerbsfreiheit, Effizienz, Freiheitsparadoxon, Missbrauchsprinzip, Verbotsprinzip, Erheblichkeit, Nachhaltigkeit

A. Der Stellenwert des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft

I. Grundlagen der Marktwirtschaft

Entscheidet sich ein Gemeinwesen für das Prinzip Marktwirtschaft und gegen zentrale Planung,¹ erfolgt die Koordinierung des wirtschaftlichen Geschehens über das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage auf einer unüberschaubar grossen Anzahl von Märkten, die auf komplexe Art und Weise interagieren. Von zentraler Bedeutung ist hierbei der Preismechanismus, der die relevanten Informationen, insbesondere die Knappheitsverhältnisse abbildet und den Akteuren die nötige Entscheidungsgrundlage liefert.² Der Preismechanismus kann seine grundlegende Funktion nur erfüllen, wenn Wettbewerb herrscht. Auf nicht wettbewerblich verfassten Märkten bringen die Preise die Knappheit der betreffenden Güter nicht hinreichend zum Ausdruck.³ Der für dezentrale Marktkoordination unabdingbare Informationsfluss ist dann gestört: Monopol und Kartell führen zu

* Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Vizepräsident der Wettbewerbskommission. Der Verfasser bringt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck.

¹ S. hierzu beispielsweise K. PAUL HENSEL, Grundformen der Wirtschaftsordnung, 5. Aufl., Berlin 2015.

² Grundlegend FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, The Use of Knowledge in Society, 35 American Economic Review 519 (1945).

³ WALTER EUCKEN, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO-Jahrbuch Band 2 (1949), S. 5.

einem Preis oberhalb der Grenzkosten, worauf die Gleichgewichtsmenge sinkt, was mit einer volkswirtschaftlichen Wohlfahrtseinbusse gleichbedeutend ist.

Neben der Allokationsfunktion hat der Wettbewerb weitere wichtige Aufgaben:⁴ Er soll gewährleisten, dass letztlich die Konsumenten entscheiden, was in welcher Menge produziert wird (Konsumentensouveränität). Ausserdem sorgt der Wettbewerb für eine leistungsgerechte Einkommensverteilung. Neben den statischen hat der Wettbewerb auch dynamische Funktionen: Im Gegensatz zur Zentralverwaltungswirtschaft sorgt der dezentrale Marktmechanismus für denkbar schnelle Anpassungsflexibilität. Ausserdem stimuliert Wettbewerb Innovation. In gesellschaftspolitischer Hinsicht ist es die Aufgabe des Wettbewerbs, wirtschaftliche Macht zu begrenzen und zu kontrollieren.⁵

Aufgrund der überragenden Bedeutung des Wettbewerbsprinzips ist der Begriff der Marktwirtschaft deshalb gleichbedeutend mit dem der Wettbewerbswirtschaft.⁶ NIALL FERGUSON hat den Wettbewerb als eine der "Killerapplikationen" identifiziert, denen der Westen seit der frühen Neuzeit seinen Aufstieg verdankt.⁷ Im Grundsatz sollen also Markt und Wettbewerb das wirtschaftliche Geschehen steuern. Ausnahmen bedürfen der Rechtfertigung. So kann öffentliche Regulierung indiziert sein, wenn ein Fall des Marktversagens vorliegt.⁸ Ausserdem ist es Aufgabe des Gesetzgebers, Bereiche zu definieren, die nicht der Logik des Marktes folgen sollen.⁹ Im Übrigen

⁴ Zu den Wettbewerbsfunktionen s. INGO SCHMIDT/JUSTUS HAUCAP, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Aufl., München 2013, S. 35 ff.

⁵ Nach dem berühmten Ausspruch von FRANZ BÖHM (Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band I, Karlsruhe 1961, S. 22) ist Wettbewerb das "grossartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte".

⁶ S. z.B. WALTER EUCKEN (Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., Tübingen 1990, S. 241 ff.), der den Begriff der "Wettbewerbsordnung" zur Grundlage seiner wirtschaftspolitischen Konzeption machte.

⁷ NIALL FERGUSON, Der Westen und der Rest der Welt – Die Geschichte vom Wettstreit der Kulturen, Berlin 2013, S. 55 ff.; die fünf weiteren "Killerapplikationen" sind Wissenschaft, Eigentumsrechte, Medizin, Konsumgesellschaft und Arbeitsethik.

⁸ S. hierzu näher ROLF H. WEBER, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, Baden-Baden 1986, S. 79 ff., 98 ff.

⁹ Zu einschlägigen Beispielen s. MICHAEL J. SANDEL, Was man für Geld nicht kaufen kann – Die moralischen Grenzen des Marktes, Berlin 2012.

gründet das wirtschaftliche Geschehen auf den freien Wahlhandlungen der Marktakteure auf Angebots- und Nachfrageseite. Vor diesem Hintergrund sind die Bezeichnungen *Marktwirtschaft* und *Wettbewerbswirtschaft* deutlich besser geeignet, ein freiheitliches Wirtschaftssystem zu kennzeichnen als der Begriff des *Kapitalismus*. Dieser, von KARL MARX¹⁰ noch selten verwendete, und dann durch WERNER SOMBART¹¹ und MAX WEBER¹² popularisierte¹³ Term stellt das Privateigentum an den Produktionsmitteln in den Mittelpunkt der Analyse, bringt diesen Umstand aber begrifflich nicht hinreichend zum Ausdruck: "Kapital" wird auch in der sozialistischen Planwirtschaft benötigt, die aber gerade den Gegenpol zum "Kapitalismus" bildet. Das Spezifische freiheitlichen Wirtschaftens besteht in der dezentralen Steuerung, für die das Prinzip Privateigentum nur eine unter vielen Grundbedingungen darstellt.¹⁴ Die Begriffe der Marktwirtschaft und der Wettbewerbsordnung sind deshalb vorzugswürdig.

II. Schutzbedürftigkeit des Wettbewerbs

Die historische Erfahrung lehrt, dass die Konstituierung wirtschaftlicher Freiheitsrechte wie z.B. Handels- und Gewerbefreiheit, Privateigentum und Vertragsfreiheit zwar notwendige Bedingung, aber nicht hinreichend für eine funktionierende Wettbewerbsordnung ist. Wie bereits ADAM SMITH erkannte, ist Wettbewerb anfällig für Selbstzerstörung durch Kartellbildung.¹⁵ Während der Vater der Marktwirtschaft es für ausgeschlossen hielt, gegen Kartelle vorzugehen, und sich mit der Empfehlung zufrieden gab, die Kartellbildung nicht auch noch aktiv zu fördern,¹⁶ hat der US-amerikanische *Sherman Act* von 1890 gezeigt, dass es sehr wohl möglich ist, Kartelle und wettbewerbswidrige

¹⁰ KARL MARX, *Das Kapital – Kritik der politischen Ökonomie*, drei Bände 1867, 1885 und 1894.

¹¹ WERNER SOMBART, *Der moderne Kapitalismus*, Erstausgabe 1902.

¹² MAX WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, Erstausgabe 1904 und 1905.

¹³ Aus jüngerer Zeit s. THOMAS PIKETTY, *Das Kapital im 21. Jahrhundert*, München 2014.

¹⁴ S. beispielsweise die Auffächerung der konstituierenden und regulierenden Prinzipien der Wettbewerbsordnung bei EUCKEN (Fn. 6), S. 254 ff.

¹⁵ ADAM SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Washington D.C. 1998 (Erstausgabe 1776), S. 152.

¹⁶ *Ibid.*

Monopolbildung durch eine mit wirksamen Sanktionen versehene Gesetzgebung zu unterbinden. Die geschichtliche Entwicklung des Kartellrechts verlief zögerlich und stiess auf zahlreiche Widerstände.¹⁷ In vielen Ländern, in denen die staatlichen Beschränkungen für private Wirtschaftstätigkeit weitgehend aus dem Weg geräumt waren, erlaubte das "System der Gruppenvereinbarungen" Abreden unter den wirtschaftlichen Akteuren, was zur Kartellwirtschaft führte und den Preismechanismus nachhaltig störte.¹⁸ In den sozialistischen Zentralverwaltungswirtschaften hatten der Wettbewerb und damit das Wettbewerbsrecht ohnehin keinen oder aber nur einen geringen Stellenwert.¹⁹ Nach dem Zusammenbruch der Planwirtschaften in Mittel- und Osteuropa entwickelte der Kartellrechtsgedanke dann eine weltweite Dynamik, die auch vormals kartellrechtsskeptische bzw. -abstinente Länder erfasste.²⁰ Heute ist das Kartellrecht als unabdingbarer Bestandteil der Wirtschaftspolitik in funktionierenden Volkswirtschaften etabliert.²¹

III. Systemkompatibilität des Kartellrechts

Das Kartellrecht verbietet den Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Praktiken, nämlich bestimmte Wettbewerbsabreden, den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und wettbewerbswidrige Zusammenschlüsse. Handlungsmöglichkeiten werden insoweit eingeschränkt. Ist das Kartellrecht deshalb als Rechtsmaterie anzusehen, welche systemwidrig in freie Märkte interveniert? Eine solche Sichtweise wird den oben umrissenen Zusammenhängen nicht gerecht. Wenn die Marktwirtschaft eine Wettbewerbswirtschaft sein soll, und wenn der Wettbewerb fragil ist, muss dieser durch die Rechtsordnung geschützt werden. Wirtschaftliche Freiheit darf also nicht in

¹⁷ Zur Entwicklung in Europa s. beispielsweise DAVID J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, Oxford 1998.

¹⁸ Zum System der Gruppenvereinbarungen s. beispielsweise ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 27.

¹⁹ Zum von OSKAR LANGE und ABBA P. LERNER entwickelten Konkurrenzsozialismus bzw. zur "Sozialistischen Marktwirtschaft" s. beispielsweise JOACHIM GENOSKO, *Sozialistische Marktwirtschaft*, in: Wilhelm Korff u.a. (Hrsg.), *Handbuch der Wirtschaftsethik*, Band 2: *Ethik wirtschaftlicher Ordnungen*, Gütersloh 1999, S. 278 ff.

²⁰ S. die umfassende Darstellung bei DAVID J. GERBER, *Global Competition – Law, Markets, and Globalization*, Oxford 2010.

²¹ Einen Eindruck von der weltweiten Verbreitung des Kartellrechts gibt die Mitgliederliste des International Competition Network unter www.internationalcompetitionnetwork.org/members/member-directory.aspx.

einem Umfang gewährt werden, der auch die Abschaffung der Freiheit umfasst. Das hierin zum Ausdruck kommende *Freiheitsparadoxon* mahnt an, die Grenzen der Freiheit im Freiheitsbegriff mitzudenken.²² Die Handlungsmöglichkeiten sind also so zu definieren, dass die Wettbewerbsordnung auf Dauer Bestand hat und nicht durch Kartelle und Monopole unterminiert wird.²³

Auch wenn Kartellrecht häufig dem Regulierungsrecht zugeordnet wird, handelt es sich doch nicht um Regulierung im spezifischen Sinn. Es geht nicht um die Korrektur eines Marktversagens in einem speziellen Bereich, sondern um die Festlegung allgemein gültiger Spielregeln der Marktwirtschaft, wie es z.B. auch bei der Konstituierung des Privateigentums und der Vertragsfreiheit der Fall ist.²⁴ Dies schliesst nicht aus, dass Kartellrecht auch eigentliches Regulierungsrecht enthält, wie z.B. Sonderbestimmungen für bestimmte Sektoren.²⁵ Die Grundregeln des Kartellrechts sind aber dem allgemeinen Ordnungsrahmen zuzuweisen.²⁶

IV. Die Ziele des Kartellrechts

In direktem Zusammenhang mit der Frage nach der Stellung des Kartellrechts im marktwirtschaftlichen System steht die Diskussion um die Ziele des Kartellrechts.

1. Schutz der Wettbewerbsfreiheit oder Effizienzorientierung?

Dem utilitaristisch begründeten Effizienzdenken steht die eher deontologisch ausgerichtete Theorie der Wettbewerbsfreiheit entgegen. Ausgangspunkt beider Konzepte ist die oben beschriebene

²² Grundlegend KARL R. POPPER, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Band I. *Der Zauber Platons*, 7. Aufl., Tübingen 1992, S. 147 f.; umfassend s. WOLFGANG FIKENTSCHER, *Die Freiheit und ihr Paradox – Über Irrtümer unserer Zeit*, Frankfurt aM 1997.

²³ S. die treffende Formulierung von WALTER R. SCHLUEP, *Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts*, AJP 1996, 795 (808): "Nun ist aber Wettbewerb rechtlich nichts, aber auch gar nichts anderes als juristisch vor Selbstaufhebung bewahrte Freiheit".

²⁴ Vgl. Botschaft zum KG 1985, BBl 1981 II 1293 (1312).

²⁵ S. z.B. Art. 10 Abs. 3 KG.

²⁶ Weiter differenzierend SCHLUEP (Fn. 23, AJP 1996, 796 f.) unter Heranziehung der Kategorien des institutionalisierenden, ergänzenden, steuernden und korrigierenden Wirtschaftsfolgerechts.

Einsicht, dass ein marktwirtschaftliches System dezentraler Koordination über Märkte sehr viel besser als eine Planwirtschaft dazu in der Lage ist, das ökonomische Knappheitsproblem zu lösen und die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt zu maximieren. Streitig ist jedoch, ob es die Aufgabe des Kartellrechts ist, das Ziel der Effizienz direkt anzusteuern, oder ob Effizienz nur ein mittelbares Ziel ist, das dann am besten verwirklicht wird, wenn den Akteuren wirtschaftliche Freiheiten eingeräumt werden, und wenn der Wettbewerbsprozess vor Verfälschungen geschützt wird.²⁷ Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit geht auf die Klassiker der Nationalökonomie zurück und wurde von FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK auf den Punkt gebracht: Wettbewerb ist hiernach ein ergebnisoffenes «Entdeckungsverfahren»²⁸, das nicht auf bestimmte Ziele festgelegt werden darf. Dies gilt nach ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER auch für das Ziel der Effizienz und allgemein für den instrumentellen Einsatz von Recht.²⁹ Demgegenüber hat die *Chicago School* das Effizienzkriterium in den Mittelpunkt des Kartellrechts gerückt und auf der Grundlage statischer Preistheorie und des neoklassischen Gleichgewichtsmodells traditionelles Kartellrechtsdenken angegriffen.³⁰

Allerdings sind die Unterschiede nicht so gross, wie es die idealtypische Skizzierung³¹ erwarten liesse. So hat sich ROBERT H. BORK, einer der Hauptvertreter der *Chicago School*, aus Gründen der Machbarkeit dagegen ausgesprochen, die Kartellrechtsanwendung an den direkten Wirkungen auf

²⁷ S. zu dieser Grundsatzfrage beispielsweise MARTIN HELLWIG, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Christoph Engel/Wernhard Möschel (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung, FS Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 2006, S. 231; ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law according to Constitutional Law, in: Roger Zäch/Andreas Heinemann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), The Development of Competition Law – Global Perspectives, Cheltenham 2010, S. 61; DANIEL ZIMMER (Hrsg.), The Goals of Competition Law, Cheltenham 2012.

²⁸ FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1968.

²⁹ ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, A Legal Theory without Law, Tübingen 2007, S. 23; eingehende Analyse bei ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2008.

³⁰ Prägnant beispielsweise RICHARD A. POSNER, The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 University of Pennsylvania Law Review 925 (1979). Streitig wird dabei diskutiert, ob auf die Maximierung der Gesamtwohlfahrt oder der Konsumentenwohlfahrt abzustellen ist, s. MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge 2004, S. 17 ff.

³¹ Eine ausführliche Darstellung der wettbewerbstheoretischen Ansätze und Leitbilder findet sich beispielsweise in der Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (502 ff.).

Wohlfahrt und Effizienz auszurichten.³² Und unter den Vertretern der Theorie der Wettbewerbsfreiheit ist das Ausmass kartellrechtlichen Eingreifens streitig: So entstehen nach FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK Ordnungen "als Ergebnis anpassender Entwicklung"³³, die Gefahr einer "Anmassung von Wissen"³⁴ sei deshalb stets präsent. VON HAYEK hält es zwar für notwendig, Kartelle und die leistungswidrige Ausübung von Marktmacht zu unterbinden, plädiert aber auf staatskeptischer Grundlage für einen Vorrang zivilrechtlicher Rechtsbehelfe, die auch einen Anspruch auf mehrfachen Schadenersatz umfassen.³⁵ Demgegenüber ist für WALTER EUCKEN die Forderung zentral, dass der Staat die Formen, in denen gewirtschaftet wird, zu ordnen und durchzusetzen hat, wozu auch eine starke Kartellbehörde gehört.³⁶

2. Notwendigkeit einer Synthese

Eine Synthese der verschiedenen Grundsatzpositionen ist möglich und geboten.³⁷ Einerseits ist der Wettbewerb als Prozess zu schützen, um die Ergebnisoffenheit des wirtschaftlichen Geschehens zu gewährleisten. Andererseits ist Effizienzorientierung erforderlich, da Effizienzsteigerungen vom Wettbewerb gewollt sind und das Wettbewerbsrecht hierbei nicht im Weg stehen sollte. Die Zusammenschau kann sich das Regel-/Ausnahmeverhältnis kartellrechtlicher Tatbestände zunutze machen. Im Bereich der Wettbewerbsabreden sind erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs

³² ROBERT H. BORK, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, New York 1993, S. 117: "antitrust must avoid any standards that require direct measurement and quantification of either restriction of output or efficiency. Such tasks are impossible". In diese Richtung auch RICHARD POSNER, *Antitrust Law*, 2. Aufl., Chicago 2001, S. 29: "Efficiency is the ultimate goal of antitrust, but competition a mediate goal that will often be close enough to the ultimate goal to allow the courts to look no further".

³³ FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, *Die Verfassung der Freiheit*, 3. Aufl., Tübingen 1991, S. 72.

³⁴ So der Titel der VON HAYEK'schen Nobel Memorial Prize Lecture vom 11.12.1974 (im Original: "The Pretence of Knowledge").

³⁵ S. JENS PETERSEN, *Freiheit unter dem Gesetz – Friedrich August von Hayeks Rechtsdenken*, Tübingen 2014, S. 169 ff.

³⁶ S. beispielsweise EUCKEN (Fn. 6), S. 294.

³⁷ Die Forderung nach einer Synthese von Wettbewerbsfreiheit und Effizienzdenken ist gleichbedeutend mit der Position, dem Wettbewerbsrecht zugleich die Aufgabe des Institutions- und des Individualschutzes zuzuweisen; zu der zugrundeliegenden Kontroverse s. beispielsweise JENS LEHNE in *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Basel 2010, Art. 1 KG Rn. 35 ff.

tatbestandsmässig (Art. 5 Abs. 1 KG), können aber durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden (Art. 5 Abs. 2 KG). Auch beim Missbrauch marktbeherrschender Stellungen ist anerkannt, dass ein Verhalten, das eigentlich als missbräuchlich zu qualifizieren wäre, durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein kann. Auch Effizienzsteigerungen sind unter bestimmten Bedingungen dazu geeignet, der inkriminierten Handlung ihren missbräuchlichen Charakter zu nehmen.³⁸

Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit ist vor diesem Hintergrund auf Tatbestandsebene zu verorten: Hier sollte die Handlungsfreiheit der wirtschaftlichen Akteure geschützt und nicht auf Effizienzüberlegungen abgestellt werden. Diese sind vielmehr auf der Rechtfertigungsebene vorzunehmen: Eine Wettbewerbsbeschränkung ist dann gerechtfertigt, wenn die statische oder dynamische Effizienz verbessert wird, wenn die Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung dieses Ziels notwendig ist, und wenn nicht die Gefahr besteht, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird (s. Art. 5 Abs. 2 KG). Das letzte Kriterium ist von grundlegender Bedeutung für das Verhältnis von Wettbewerbsfreiheit und Effizienz: Eine Effizienzsteigerung, welche die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringt, oder auch nur die Möglichkeit hierzu eröffnet, hat zu unterbleiben. Zwischen Wettbewerbsfreiheit und Effizienz besteht also ein hierarchisches Verhältnis: Auf Verbesserungen der Effizienz ist zu verzichten, wenn der Preis hierfür die Beseitigung des Wettbewerbs wäre. Der Grund hierfür besteht darin, dass Effizienzgewinne nicht nachhaltig sind, wenn der Wettbewerb zum Erliegen kommt und seine statischen und dynamischen Funktionen nicht mehr entfalten kann. Im Kartellrecht kommt dem Schutz des Wettbewerbsprozesses also der Vorrang zu.³⁹

Eine Versöhnung zwischen dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit und dem Effizienzdenken ist also möglich.⁴⁰ Zu welchen Konsequenzen dies in der Praxis führt, kann am Beispiel des europäischen Kartellrechts veranschaulicht werden. In einem Fall zum Gebietsschutz hatte das Gericht der Europäischen Union gefordert, dass bereits auf Tatbestandsebene (Art. 101 Abs. 1

³⁸ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON in Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 7 KG Rn. 65 ff.

³⁹ In diesem Sinn auch die EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97, Rn. 105: "Letzten Endes wird dem Schutz des Wettstreits und dem Wettbewerbsprozess Vorrang eingeräumt vor potenziellen wettbewerbsfördernden Effizienzgewinnen, die sich aus wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ergeben könnten".

⁴⁰ In diesem Sinn z.B. VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 40 ff.; WOLFGANG WURMNEST, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 2. Aufl., Tübingen 2012, passim, z.B. S. 228 f.

AEUV) nachteilige Auswirkungen auf Konsumenten nachzuweisen seien.⁴¹ Der Gerichtshof folgte dem nicht: Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen schütze nicht nur die Interessen einzelner Marktteilnehmer, "sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen".⁴² Diesen prozessbezogenen Ansatz hat der Gerichtshof in der Folge wiederholt bestätigt.⁴³ Spannungen entstehen hierdurch zum *more economic approach* der Europäischen Kommission, der dem Effizienzkriterium breiten Raum einräumt. Die neuere Rechtsprechung des Gerichtshofs wird allgemein als Absage oder zumindest als Korrektur zu stark wirkungsbezogener Ansätze interpretiert.⁴⁴ Andererseits sollte keine übertriebene Polarisierung konstruiert werden. Auch die Europäische Kommission hat den Wert des Wettbewerbsprozesses immer wieder hervorgehoben.⁴⁵ Und auch der Gerichtshof benutzt ökonomische Analyse bereits auf Tatbestandsebene, so wenn er beispielsweise das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte auf zweiseitigen Märkten ablehnt.⁴⁶ Es bedarf wirtschaftswissenschaftlicher Absicherung der Rechtsanwendung also sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtfertigungsebene.⁴⁷

⁴¹ EuG, 27.9.2006, T-168/01 – *GlaxoSmithKline Services/Kommission*, ECLI:EU:T:2006:265, Rn. 121 ff.

⁴² EuGH, 6.10.2009, Verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P – *GlaxoSmithKline Services u.a./Kommission u.a.*, ECLI:EU:C:2009:610, Rn. 63.

⁴³ S. z.B. EuGH, 19.3.2015, Rs. C-286/13 P – *Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission*, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 125. In diesem Sinn bereits EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche/Kommission*, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 125: Erfasst ist nicht nur die unmittelbare Schädigung der Verbraucher, sondern auch deren mittelbare Benachteiligung durch die Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs.

⁴⁴ S. z.B. FRITZ RITTNER/MEINRAD DREHER/MICHAEL KULKA, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 8. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 611 f., die zu Recht betonen, dass diese Rechtsprechung nicht nur die bezweckten, sondern auch die bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen betrifft.

⁴⁵ S. z.B. die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (Fn. 39), Rn. 105: "Mit anderen Worten, der Schutz des Wettbewerbsprozesses bleibt das eigentliche Ziel von Artikel 81 und zwar nicht nur auf kurze, sondern auch auf lange Sicht".

⁴⁶ EuGH, 11.9.2014, Rs. C-67/13 P – *Groupement des cartes bancaires/Kommission*, ECLI:EU:C:2014:2204, z.B. Rn. 71 ff.

⁴⁷ Auf die faszinierenden Grundsatzfragen in Bezug auf das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften kann hier nicht eingegangen werden. S. hierzu beispielsweise ANDREAS HEINEMANN, *Recht, Ökonomie und Realität*, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (Hrsg.), *Law & Economics*, FS Peter Nobel, Bern 2015, S. 21; ANDREAS THIER, *Schweizerische Kartellrechtstradition und "more economic approach"*, in: Rolf

3. Fazit

Für die Ziele des Kartellrechts ergibt sich folgende Einsicht: Zur Gewährleistung des Wettbewerbsprozesses sind auf Tatbestandsebene Typisierungen vorzunehmen (*form-based approach*). Auf Rechtfertigungsebene, insbesondere was den Stellenwert wirtschaftlicher Vorteile von Wettbewerbsbeschränkungen betrifft, ist hingegen die Frage nach der Effizienz entscheidend (*effects-based approach*). Nicht nur das US-amerikanische Antitrustrecht mit seinen *per se*-Verboten und der strukturierten *rule of reason*⁴⁸ geht diesen Weg, sondern auch das europäische und das schweizerische Kartellrecht mit der Unterscheidung von Tatbestand und Effizienzrechtfertigung. Das Zusammenwirken von Tatbestand und Effizienzrechtfertigung gewährleistet gleichzeitig Rechtssicherheit und ökonomische Stimmigkeit.

V. Wirtschaftsverfassungsrecht

Sozialistische Volkswirtschaften bekennen sich regelmässig in ihren Verfassungen explizit zur Planwirtschaft.⁴⁹ Marktwirtschaftlich ausgerichtete Volkswirtschaften belassen es demgegenüber häufig bei der Garantie wirtschaftlicher Freiheiten, ohne das Wirtschaftssystem konkret zu bezeichnen.⁵⁰ So verhält es sich auch in der Bundesverfassung. Sie enthält die wirtschaftlich besonders einschlägigen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, Niederlassungsfreiheit und Eigentumsgarantie sowie Sozialziele. Darüber hinaus begründet sie Zuständigkeiten des Bundes, beispielsweise auf den Gebieten Umwelt und Raumplanung, Öffentliche Werke und Verkehr, Energie und Kommunikation, Wirtschaft, Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit sowie Finanzordnung. Der Abschnitt über Wirtschaft enthält in Art. 94 BV eine Vorschrift über die "Grundsätze der Wirtschaftsordnung", die den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

Sethe/Andreas Heinemann/Reto M. Hilty/Peter Nobel/Roger Zäch (Hrsg.), Kommunikation, FS Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 621.

⁴⁸ S. HERBERT HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, 5. Aufl., St. Paul MN 2016, S. 332 ff.

⁴⁹ S. z.B. Art. 16 der kubanischen und Art. 34 Abs. 1 der nordkoreanischen Verfassung. Ähnlich verhielt es sich bis zum Fall des Eisernen Vorhangs in vielen sozialistischen Staaten Mittel- und Osteuropas. Die Verfassung der Volksrepublik China von 1982 enthielt in Art. 15 ursprünglich ein Bekenntnis zur Planwirtschaft, das 1993 in die Festlegung auf eine "sozialistische Marktwirtschaft" geändert wurde.

⁵⁰ Eine Ausnahme ist die EU, die in Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV das Prinzip der "sozialen Marktwirtschaft" sowie in Art. 119, 120 S. 2 und 127 Abs. 1 S. 3 AEUV dasjenige der "offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" zugrunde legt.

institutionell absichert, die öffentliche Gewalt im Zusammenwirken mit der privaten Wirtschaft auf die Wohlfahrt und wirtschaftliche Sicherheit der Bevölkerung verpflichtet, zur Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft auffordert und Anforderungen an Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit aufstellt. Das Wort "Marktwirtschaft" wird in der Bundesverfassung aber nicht verwendet. Der Begriff "Markt" taucht lediglich im Kartellartikel auf,⁵¹ sowie im Zusammenhang mit der Landwirtschaft, die – vor dem Hintergrund der sektoriellen Besonderheiten – für eine "nachhaltige und auf den Markt ausgerichtete Produktion" zu sorgen hat (Art. 104 Abs. 1 BV).

Ob der Verfassung auch konkrete Aussagen für ein bestimmtes Wirtschaftssystem zu entnehmen sind, ist Gegenstand einer langen und intensiv geführten verfassungsrechtlichen Debatte. Während in der Mitte des 20. Jahrhunderts die Auffassung vorherrschte, dass der Gewährleistung der Handels- und Wirtschaftsfreiheit ein weitgehendes Verbot staatlicher Eingriffe in den freien Wettbewerb zu entnehmen sei, setzte sich mit dem Referat von FRITZ GYGI auf dem schweizerischen Juristentag 1970 die Ansicht durch, dass sozial orientierte Wirtschaftspolitik nicht verfassungswidrig sei, sondern dass die wirtschaftlich und sozial einschlägigen Verfassungsartikel Grundlage einer "marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung" seien.⁵² Weitgehende Einigkeit bestand darin, dass durch die Gewährleistung der wirtschaftlichen Freiheiten jedenfalls ein planwirtschaftliches Ordnungssystem ausgeschlossen sei. Dies war aber nur eine negative Aussage, die Raum sowohl für eine Wettbewerbs- als auch eine Kartellwirtschaft belies.⁵³

Über die wirtschaftsverfassungsrechtliche Beurteilung der Kartellfrage bestand keine Einigkeit. Der Meinung, dass Kartellrecht einen unzulässigen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit darstelle, stand die Auffassung gegenüber, dass Beschränkungen der Privatautonomie zum Schutz des Wettbewerbs möglich seien.⁵⁴ Diese Diskussion erreichte ihren Höhepunkt bei der Diskussion um das

⁵¹ Art. 96 BV, dazu sogleich.

⁵² FRITZ GYGI, Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 1970 II 265 ff. (Zitat auf S. 356); zahlreiche weitere Nachweise bei WALTER A. STOFFEL, Wirtschaftsfreiheit oder Kartellfreiheit? Der Wandel eines Begriffes im Spiegel der schweizerischen Kartellrechtsrevisionen, in: Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat – L'homme et l'Etat, FS Thomas Fleiner, Freiburg i.Üe. 2003, S. 673 ff.; ROGER ZÄCH, Zur Wirtschaftsverfassung der Schweiz, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1986, 71 ff.

⁵³ SCHLUEP (Fn. 23), AJP 1996, 795 (796).

⁵⁴ S. die Analyse von ANDREAS KLEY, in DIKE-Kommentar zum Kartellgesetz, Vorbemerkungen zur Entstehungsgeschichte des Kartellgesetzes, Rn. 36 ff. (erscheint demnächst): ZACCARIA GIACOMETTI kommen grosse Verdienste dabei zu, die Bedrohung der Wirtschaftsfreiheit durch Monopole und Kartelle identifiziert zu

KG 1985.⁵⁵ Nach der Kompromissformel in der Botschaft zum KG 1985 "besteht eine verfassungsrechtliche Präferenz für Wettbewerb, so dass sich Wettbewerbspolitik nicht zwangsläufig als Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit darstellt".⁵⁶ Die Botschaft zum KG 1995 erklärte die Diskussion dann für "nicht ausschlaggebend", da Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV, also der Kartellartikel der alten Bundesverfassung, nötigenfalls Abweichungen von der Handels- und Gewerbefreiheit zulasse.⁵⁷

Diese Aussagen liessen die Beantwortung der Grundsatzfrage im Dunklen. Klarheit wurde erst durch die Totalrevision der Bundesverfassung geschaffen. Einerseits sieht der neue Kartellartikel (Art. 96 Abs. 1 BV) vor, dass der Bund auf dem Gebiet des Kartellrechts Vorschriften "erlässt", während der alte Kartellartikel lediglich davon sprach, dass der Bund zu einer entsprechenden Gesetzgebung "befugt" ist. Der Gesetzgeber ist also zu kartellrechtlichem Tätigwerden verpflichtet.⁵⁸ Andererseits ist der Zusatz, dass der Gesetzgeber nötigenfalls vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit ("Wirtschaftsfreiheit" in der neuen Terminologie) abweichen kann, entfallen. Der Kartellartikel bringt damit zum Ausdruck, dass Kartellrecht keine Ausnahme vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ist, sondern diese absichert.⁵⁹ Der Verfassungsgeber hat die alte Streitfrage also im Sinne der immanenten Schranken der Freiheit und zugunsten des Wettbewerbsrechts

haben.

⁵⁵ S. die Botschaft zum KG 1985, BBl 1981 II 1293 (1370 ff.).

⁵⁶ Botschaft zum KG 1985, BBl 1981 II 1293 (1372).

⁵⁷ Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (633 f.).

⁵⁸ Botschaft über eine Bundesverfassung, BBl. 1997 I 1 (301). Allerdings wurde auch bereits nach der alten Bundesverfassung eine solche Pflicht angenommen.

⁵⁹ PIERRE TERCIER/VINCENT MARTENET, *Commentaire Romand – Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, Introduction générale, Rn. 32.

entschieden.⁶⁰ Kartellrecht schränkt die Wirtschaftsfreiheit nicht grundsatzwidrig⁶¹ ein, sondern hat die Aufgabe, diese auch langfristig zu erhalten.⁶²

Auch wenn die Bundesverfassung keine ausdrückliche Festlegung auf das Prinzip Marktwirtschaft enthält, findet sich in der Botschaft zum KG 1995 die Aussage, dass sich die Bundesverfassung "grundsätzlich zu einer sozialverpflichteten marktwirtschaftlichen Ordnung" bekenne.⁶³ Angesichts des hohen Stellenwerts des Wettbewerbs in der Bundesverfassung⁶⁴ und der Funktionsgleichheit von Marktwirtschaft und Wettbewerbswirtschaft (s.o. A.I) ist eine solche Annäherung an das Prinzip Marktwirtschaft verständlich.⁶⁵ Auf Gesetzesebene wurde dieser Schritt ohnehin vollzogen: Das Kartellgesetz bezweckt laut Art. 1 KG, "den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern". Hier wird also der Wettbewerb im System der Marktwirtschaft verankert.⁶⁶

⁶⁰ PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rn. 112; PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, Rn. 754; STOFFEL (Fn. 52), S. 687; vgl. auch RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 20 Rn. 11 ff.

⁶¹ Zur Unterscheidung zwischen grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit s. beispielsweise BGer, 2C_940/2010 vom 17.5.2011, E. 3.2.

⁶² Beim Wettbewerbsrecht handelt es sich also um eine grundsatzkonforme Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit, s. beispielsweise RICHLI (Fn. 60), Rn. 446. In grundrechtlicher Hinsicht, nämlich in Bezug auf Art. 27 BV, kann Kartellrecht eine Einschränkung bedeuten, welche die Anforderungen von Art. 36 BV zu erfüllen hat. Das Interesse am Schutz des Wettbewerbs ist ein öffentliches Interesse i.S. von Art. 36 Abs. 2 BV, s. FELIX UHLMANN in Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 96 BV Rn. 9.

⁶³ Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (499); so auch bereits die Botschaft zum KG 1985, BBl 1981 II 1293 (1310).

⁶⁴ RETO JACOBS in St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 96 BV Rn. 7; TERCIER/MARTENET in CR Concurrence (Fn. 59), Introduction générale, Rn. 36, 67. S. auch Art. 94 Abs. 4 BV: Zu den Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit werden "insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten" gezählt. Wettbewerb ist also konstituierender Bestandteil der Wirtschaftsfreiheit. An die Rechtfertigung von Massnahmen gegen den Wettbewerb werden folglich hohe Anforderungen gestellt. Zurückhaltend HENRIQUE SCHNEIDER, Ein Lob auf die Erheblichkeit, sic! 2016, 319 (327), der der Bundesverfassung "eine sehr leichte Präferenz für Wettbewerb" bescheinigt.

⁶⁵ In diesem Sinn z.B. auch RICHLI (Fn. 60), Rn. 50 ff.

⁶⁶ S. SCHLUEP (Fn. 23, AJP 1996, 807), der in der Zusammenschau von Kartellrecht und marktwirtschaftlicher Ordnung einen Paradigmenwechsel hin zu einem direkten Schutz des Wettbewerbs sieht.

B. Missbrauchs- und Verbotprinzip

Die Verfassung räumt dem (Bundes-)Gesetzgeber nicht lediglich eine Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts ein, sondern erteilt ihm einen Auftrag: Er hat "Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" zu erlassen (Art. 96 Abs. 1 BV). Diese Formulierung ist zum Ausgangspunkt einer der folgenschwersten Begriffsverwirrungen der jüngeren Rechtsgeschichte geworden. Die Missverständnisse ranken um das Gegensatzpaar von Missbrauchs- und Verbotprinzip. Während sich der Gesetzgeber und die ältere Lehre über die Bedeutung dieser Begrifflichkeit im Klaren waren, ist grossen Teilen der neueren Lehre und der Rechtsanwendungspraxis die Unterscheidung nicht mehr geläufig. Sie wurde durch den im genannten Verfassungsartikel genannten Begriff der "Auswirkungen" überlagert, was zu einer Vermischung von Verfassungs- und Gesetzesrecht, zu tautologischen Begründungsspiralen und zum Verlust der rechtsvergleichenden Anschlussfähigkeit geführt hat. Zur Auflösung der Problematik ist eine Rekonstruktion der konzeptionellen Verschiebungen erforderlich.

I. Terminologie der Bundesverfassung

Die Bundesverfassung verwendet den Terminus "Missbrauch" in verschiedenen Zusammenhängen,⁶⁷ so z.B. auch bei der Preisüberwachung (Art. 96 Abs. 2 lit. a BV), aber nicht in Bezug auf das Kartellrecht (Art. 96 Abs. 1 BV). Auch wenn der Verfassungsgeber formuliert, dass der Bund Vorschriften gegen den Missbrauch bestimmter Phänomene zu erlassen hat, ist damit nicht gemeint, dass keine Verbote vorgesehen werden können: Im Gegenteil, sehr häufig werden Verbote indiziert sein, um Missbräuche auszuschliessen. So ordnet Art. 120 Abs. 1 BV beispielsweise an, dass der Mensch und seine Umwelt vor Missbräuchen der Gentechnologie geschützt sind. Der Begriff des Missbrauchs hat hier die Funktion, Zulässiges von Unzulässigem zu scheiden.⁶⁸ Zur Umsetzung hat der Gesetzgeber in Art. 6 ff. GTG⁶⁹ bestimmte Verbote erlassen. In Art. 19 GTG wird der Bundesrat zur Setzung ausführender Vorschriften ermächtigt, die auch Verbote umfassen können. Ein Gegensatz

⁶⁷ Art. 13 Abs. 2, 96 Abs. 2 lit. a, 107 Abs. 1, 109 Abs. 1, 119 Abs. 1, 120 Abs. 1, 121 Abs. 3 lit. b BV.

⁶⁸ CHRISTOPH ERRASS, *Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich*, Bern 2006, S. 46 ff.

⁶⁹ Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz, GTG) vom 21.3.2003, SR 814.91.

zwischen Verbot und Missbrauch ist diesen Vorschriften fremd: Verbote sind ein Instrument, um Missbräuche zu bekämpfen.

II. Begrifflichkeit im Kartellrecht

Im Gegensatz zum allgemeinen (juristischen) Sprachgebrauch hat das Begriffspaar von Missbrauchs- und Verbotsprinzip im Kartellrecht eine besondere Bedeutung, die mit der wechselhaften Beurteilung der Kartellproblematik zusammenhängt. Die Terminologie geht auf die Zeit zwischen den beiden Weltkriegen zurück, als den zögerlich entstehenden und zurückhaltend ausgestalteten Kartellgesetzgebungen in Europa das Prädikat "Missbrauchsprinzip" verliehen wurde, um sie vom "Verbotsprinzip" des US-amerikanischen Antitrustrechts abzugrenzen.⁷⁰ Das Missbrauchsprinzip ist mit einer positiven Grundeinschätzung des Kartellphänomens verbunden. Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen werden als Organisationsform der Wirtschaft akzeptiert; nur die Auswüchse sind zu bekämpfen.

Ein Kartellgesetz, das dem Missbrauchsprinzip folgt, lässt deshalb Wettbewerbsbeschränkungen zunächst zu und ermächtigt Behörden und Gerichte zum Einschreiten, falls die Grenze zum Missbrauch überschritten wurde.⁷¹ Ganz im Sinne dieser Logik kommt Behörden- und Gerichtsentscheiden konstitutive Wirkung zu: Erst mit der Verfügung der Rechtsanwendungsinstanz tritt (Kartell-)Rechtswidrigkeit ein. Kartellrechtliche Missbrauchsgesetzgebungen sind folglich durch zwei Eigenschaften charakterisiert: Erstens tritt zivilrechtliche Unwirksamkeit eines kartellrechtswidrigen Rechtsgeschäfts lediglich *ex nunc* mit dem (rechtskräftigen) Behörden- oder Gerichtsentscheid ein (rechtsvernichtende Einwendung). Zweitens können keine direkten Sanktionen verhängt werden: Das betreffende Verhalten war ja zur Tatzeit legal und ist erst mit dem Rechtsanwendungsbefehl rechtswidrig geworden. Nur indirekte Sanktionen für Ungehorsam gegenüber behördlichen oder gerichtlichen Verfügungen sind mit der Logik des Missbrauchsprinzips vereinbar.

Im Gegensatz hierzu definiert ein dem Verbotsprinzip folgendes Kartellgesetz Tatbestände, die *ex lege*, also unabhängig von der Verfügung einer Rechtsanwendungsinstanz gelten. Die zivilrechtliche Unwirksamkeit eines kartellrechtswidrigen Rechtsgeschäfts tritt *ex tunc*, also von Anfang an ein

⁷⁰ GERBER (Fn. 17), S. 163 f.

⁷¹ S. z.B. WOLFGANG FIKENTSCHER, Unternehmenskonzentration und Meldepflicht, in: DERS., Recht und wirtschaftliche Freiheit – Band II, Tübingen 1993, S. 70 (72 ff.).

(rechtshindernde Einwendung). Der direkten Sanktionierung steht nichts im Wege, da Illegalität ja von Anfang an bestand.

Der Unterschied zwischen Missbrauchs- und Verbotsprinzip betrifft also die Wirkungsweise des Kartellrechts, beim ersteren *ex nunc*, beim letzteren *ex tunc*. Inhaltliche Anforderungen an die Ausgestaltung der kartellrechtlichen Tatbestände können dem Unterschied von Missbrauchs- und Verbotsprinzip nicht entnommen werden. Wenn beispielsweise die Eingriffsschwelle einer Missbrauchsgesetzgebung niedrig angesetzt wird, ist dieses Gesetz inhaltlich strenger als eine Verbotsgesetzgebung, welche die kartellrechtlichen Tatbestände zurückhaltend definiert.⁷² Die in der schweizerischen Praxis und Lehre weit verbreitete Gleichsetzung des verfassungsrechtlichen Postulats der "volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen" (Art. 96 Abs. 1 BV) mit dem Missbrauchsprinzip⁷³ ist deshalb unzutreffend: Natürlich kann eine Verbotsgesetzgebung die Auswirkungen eines wettbewerbsrelevanten Verhaltens in die kartellrechtlichen Tatbestände aufnehmen, genauso wie eine Missbrauchsgesetzgebung die Möglichkeit hat, typisierte Tatbestände ohne Wirkungsanalyse vorzusehen. Die inhaltliche Ausgestaltung der kartellrechtlichen Tatbestände ist also eine Entscheidung des Gesetzgebers, die zwar die verfassungsrechtlichen Vorgaben einzuhalten hat, nicht aber durch die Wahl des Missbrauchs- oder des Verbotsprinzips präjudiziert wird.

Missverständnisse entstehen auch durch die verschiedenen Freistellungsstrukturen. Der Gesetzgeber hat im Wesentlichen zwei Möglichkeiten, was die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Geltendmachung von Rechtfertigungsgründen betrifft. Er kann die Wirtschaftsakteure entweder verpflichten, ihre Wettbewerbsabreden der Kartellbehörde zur Zustimmung vorzulegen (Anmelde- und Genehmigungssystem bzw. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Oder er kann den Rechtfertigungsgründen Direktwirkung zuerkennen, so dass sich die Parteien unmittelbar und ohne den Umweg über eine Behörde hierauf berufen können (Verbot mit Legalausnahme). Die EU ist am 1. Mai 2004 vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zum Verbot mit Legalausnahme übergegangen.⁷⁴ Die Schweiz und beispielsweise auch die USA hatten immer schon dieses System. Mit der

⁷² HERBERT WOHLMANN, *Deregulierung und Kartellrecht*, SJZ 91 (1995), 185 (186); *Botschaft zur KG-Revision 2003*, BBl 2002, 2022 (2035).

⁷³ S. beispielsweise BLAISE CARRON/PATRICK L. KRAUSKOPF, *Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung*, in: *Jusletter* 30. Mai 2016, Rn. 7; SCHNEIDER (Fn. 64), *sic!* 2016, 319 (320); MONIQUE STURNY, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht*, Bern 2014, S. 85 ff.

⁷⁴ Nämlich durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 16. Dezember 2002 (ABl. EU 2003 L 1/1).

Unterscheidung von Missbrauchs- und Verbotsgesetzgebung hat dies nichts zu tun. Wie die Beispiele der EU und der USA zeigen, ist ein Verbot mit Legalausnahme durchaus mit dem Verbotsprinzip vereinbar. Das schweizerische Kartellrecht wird auf das Verbot mit Legalausnahme nicht durch das Missbrauchsprinzip, sondern durch das Verfassungspostulat der schädlichen Auswirkungen (Art. 96 Abs. 1 BV) festgelegt, das der Einführung eines Anmelde- und Genehmigungssystems nach allgemeiner Auffassung entgegensteht.⁷⁵

III. Entwicklung in der Schweiz

Das Schweizer Kartellrecht folgte ursprünglich dem Missbrauchsprinzip, bis es durch die KG-Revision von 2003 (u.a. Einführung der direkten Sanktionen) zum Verbotsprinzip übergegangen ist, was allerdings weitgehend unerkannt geblieben ist.

1. Kartellartikel der alten Bundesverfassung

Zunächst folgte die Entwicklung den international üblichen Kategorien. Am Anfang des Missbrauchsprinzips steht – wie bereits erwähnt – eine positive Grundeinstellung zu Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Diese kommt am Besten in der Begründung zu den neuen Wirtschaftsartikeln von 1947, also auch zum Kartellartikel der alten Bundesverfassung zum Ausdruck. Die Botschaft aus dem Jahr 1937 stellte fest, "dass es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle, insbesondere um die Einführung einer gewissen Publizitätspflicht und um die Bekämpfung vorkommender Missbräuche und Auswüchse."⁷⁶ Auch wenn die Botschaft Sympathie für das Missbrauchsprinzip ausdrückte, gestand sie dem Gesetzgeber grossen Spielraum im Hinblick auf das Ob und das Wie der Kartellgesetzgebung zu. Unsicherheiten über die Gesetzgebungskompetenz des Bundes sollten ausgeräumt werden, "wodurch der Entscheidung der Frage nicht vorgegriffen werden soll, ob ein besonderes Kartellgesetz notwendig wird und wie es auszugestalten ist".⁷⁷ Es war also der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen, ob er tätig werden wollte, und wie streng oder mild

⁷⁵ S. nur BGE 135 II 60 (67).

⁷⁶ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10.9.1937, BBl 1937 II 833 (889).

⁷⁷ Ibid.

die einschlägigen Regeln ausfallen sollen. Eine längere Reflexionszeit war die Folge, deren wichtigste Etappen der Generalbericht der Preisbildungskommission 1957⁷⁸ und das Scheitern der Kartellinitiative 1958 waren.⁷⁹

2. Die Kartellgesetze von 1962, 1985 und 1995

Am Ende der Überlegungen stand das Kartellgesetz von 1962, das dem Missbrauchsprinzip⁸⁰ und dem Konzept des möglichen Wettbewerbs folgte: Geschützt wurde nicht der Wettbewerb als solcher, sondern das Recht des Einzelnen auf freie wirtschaftliche Betätigung.⁸¹ Der Zweck des Kartellgesetzes bestand also nicht darin, gegen die systematische Kartellierung der schweizerischen Volkswirtschaft vorzugehen,⁸² sondern durch ein Schriftformerfordernis für Kartelle die Transparenz zu verbessern, wettbewerbswillige Aussenseiter zu schützen und Kartellmitglieder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes von den Kartellverpflichtungen zu befreien.

Das Kartellgesetz von 1985 führte den Begriff des wirksamen Wettbewerbs ein,⁸³ leitete aber aus dem Verfassungsrecht, insbesondere dem Kartellartikel der Bundesverfassung ab, dass "kein Zweifel" bestehe, dass nur eine Missbrauchs- und keine Verbotsgesetzgebung in Frage komme.⁸⁴ Die kartellrechtlichen Tatbestände wurden durch die überkommene Saldotheorie verwässert, nach der in

⁷⁸ Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957.

⁷⁹ Zur Entwicklung s. ANDREAS KELLERHALS, Wettbewerb in der Schweiz, FS Rolf H. Weber (Fn. 47), S. 289.

⁸⁰ So ausdrücklich die Botschaft zum KG 1962, BBl 1961 II 553 (562): "Ein Kartellgesetz muss die Kartelle und ähnlichen Organisationen grundsätzlich zulassen und sich darauf beschränken, die Auswüchse zu bekämpfen [...]".

⁸¹ S. ZÄCH (Fn. 18), Rn. 152.

⁸² Eindrücklich der Befund in der Botschaft zum KG 1962 (BBl 1961 II 553, 556): "In der schweizerischen Wirtschaft ist das freie Spiel von Angebot und Nachfrage, welches die Marktwirtschaft kennzeichnet, durch ein ganzes Netz von privaten Abreden und Beschlüssen mehr oder weniger weitgehend beschränkt. Namentlich werden Regeln über die Preise und Geschäftsbedingungen aufgestellt, Bedingungen für die Zulassung zu einer Erwerbstätigkeit festgesetzt, die Produktion kontingentiert, oder der Absatz unter mehreren Unternehmungen aufgeteilt. All diesen Bestrebungen liegt das Motiv zugrunde, den Ertrag der beteiligten Unternehmer zu erhalten oder zu verbessern".

⁸³ Umfassend zu diesem Begriff s. PETER HETTICH, "Wirksamer Wettbewerb" – Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003.

⁸⁴ Botschaft zum KG 1985, BBl 1981 II 1293 (1294).

jedem Einzelfall umfassende Abwägungen erforderlich waren, in die nicht nur wettbewerbsbezogene Umstände, sondern eine Vielzahl wirtschaftlicher und sozialer Faktoren einzubringen waren.⁸⁵ Nicht einmal die Verhinderung wirksamen Wettbewerbs führte zur kartellrechtlichen Tatbestandsmässigkeit, wenn sie aus überwiegenden Gründen des Gesamtinteresses unerlässlich war.⁸⁶ Der Zweck des Kartellgesetzes von 1985 bestand darin, "dem Interesse an wirksamem Wettbewerb erhöhtes Gewicht beizumessen", das aber immer im Zusammenhang mit dem "Gesamtinteresse" zu bewerten war.⁸⁷

Zum Modellwechsel kam es durch das KG von 1995, also durch das aktuelle Kartellgesetz: Dessen Zweckartikel (Art. 1 KG) unterstreicht den Eigenwert des Wettbewerbs im marktwirtschaftlichen Ordnungssystem. Am stärksten kommt der wettbewerbspolitische Umbruch in der Abschaffung der Saldotheorie zum Ausdruck: Nur wettbewerbsbezogene Aspekte sollen in die kartellrechtliche Analyse einfließen. Die Berücksichtigung anderer öffentlicher Interessen ist dem Bundesrat vorbehalten (Verfahren der Ausnahmegenehmigung nach Art. 8 und 11 KG). Was den vorliegenden Zusammenhang betrifft, so fällt der Verlust an konzeptioneller Selbstgewissheit auf: In der Botschaft zum KG 1995 finden sich Zweifel an der Qualifikation als Missbrauchsgesetzgebung, die den Botschaften zu den beiden Vorgängergesetzen fremd waren. Zum Aussagegehalt des Kartellartikels der (alten) Bundesverfassung führt die Botschaft beispielsweise aus:

*"Die damit anvisierte Gesetzgebung ist gelegentlich als Missbrauchsgesetzgebung charakterisiert und diese in Gegensatz zu einer Verbotsgesetzgebung gestellt worden. Derartige Klassierungen sind indessen zu pauschal und damit wenig aussagekräftig."*⁸⁸

Diese Relativierung greift aber letztlich nicht durch. An anderen Stellen bekennt sich die Botschaft nämlich unmissverständlich zum Missbrauchsprinzip.⁸⁹ Entscheidend ist, dass der Begriff des Missbrauchsprinzips genau so verstanden wird, wie er international verwendet wird.⁹⁰ In der Botschaft heisst es:

⁸⁵ S. Art. 29 Abs. 2 KG 1985.

⁸⁶ Art. 29 Abs. 3 KG 1985.

⁸⁷ Botschaft zum KG 1985, BBl 1981 II 1293 (1316).

⁸⁸ Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (634).

⁸⁹ Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (469, 489, 551, 553, 555). S. aber MARINO BALDI/FELIX SCHRANER (20 Jahre – und kein bisschen weiter?, AJP 2015, 1529, 1534 Fn. 23), die von einem "eher politischen" Gebrauch des Begriffs Missbrauchsprinzip in der Botschaft zum KG 1995 sprechen.

⁹⁰ S. dazu oben B.II.

*"Unter dem durch die Bundesverfassung vorgegebenen Missbrauchsprinzip kann eine Wettbewerbsbeschränkung erst als unzulässig gelten und mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit belegt werden, wenn ihre Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist. Das Missbrauchsprinzip lässt keine Nichtigkeit ex tunc, sondern lediglich eine solche ex nunc zu."*⁹¹

Die tatbestandlichen Verhaltensweisen sind also zunächst erlaubt. Erst mit der rechtskräftigen Feststellung des Kartellrechtsverstosses durch Behörde oder Gericht wird das entsprechende Verhalten rechtswidrig. In diesem Sinn formuliert Art. 13 lit. a KG, dass das Gericht "anordnen" kann, dass kartellrechtswidrige Verträge ganz oder teilweise ungültig sind. Dem Entscheid des Gerichts kommt also konstitutive und nicht lediglich deklaratorische Wirkung zu. Der ursprünglichen Konzeption des Gesetzes liegt damit das Missbrauchsprinzip in der international üblichen Bedeutung zugrunde. Folglich sah das KG 1995 nur indirekte Sanktionen vor. Direkte Sanktionierung ist ja ausgeschlossen, wenn Rechtswidrigkeit erst mit der rechtskräftigen Feststellung des Verstosses eintritt.

3. Der Kartellartikel der Bundesverfassung 2000

Die durch den Kartellartikel der total revidierten Bundesverfassung (Art. 96 Abs. 1 BV) herbeigeführten Neuerungen wurden bereits erwähnt.⁹² Für den vorliegenden Zusammenhang ist die Aussage in der Botschaft zu den konzeptionellen Anforderungen an die Ausgestaltung des (zwingend vorgesehenen) Kartellgesetzes von Bedeutung:

*"Zu den Mitteln der Kartellpolitik äussert sich Absatz 1 nicht. Der Gestaltungsspielraum des Kartellgesetzgebers ist beträchtlich; unter Umständen kann er auch partiell das Mittel des Kartellverbotes einsetzen. Artikel 87 Absatz 1 VE 96 [identisch mit Art. 96 Abs. 1 BV] lässt es aber (wie Art. 31^{bis} Abs. 3 Bst. d BV) nicht zu, dass Wettbewerbsabreden schon als solche generell untersagt werden."*⁹³

Das Missbrauchsprinzip findet in der Botschaft keine Erwähnung. Im Gegenteil tönt im Begriff des partiellen Kartellverbots das gegenteilige Verbotsprinzip an. Überhaupt ist Art. 96 Abs. 1 BV – wie die Vorgängervorschrift – eine Zielnorm,⁹⁴ die dem Gesetzgeber das Ziel vorschreibt, ihm aber die Mittel zur Erreichung dieses Ziels anheimstellt. Auf die Bedeutung der "schädlichen

⁹¹ Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (553).

⁹² S.o. A.V.

⁹³ Botschaft über eine Bundesverfassung vom 20.11.1996 (BBl. 1997 I 1, 301). Im selben Sinn BGE 135 II 60 (67): Art. 96 BV "schliesst partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen nicht aus ("selektive" per-se-Verbote); sie lässt jedoch kein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu".

⁹⁴ Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (501).

Auswirkungen" in diesem Zusammenhang wird zurückzukommen sein.⁹⁵ Diese Vorgabe hat allerdings nichts mit dem Unterschied von Missbrauchs- und Verbotsprinzip zu tun, da es nicht um die Wirkungsweise kartellrechtlicher Normen, sondern um inhaltliche Anforderungen an die kartellrechtlichen Tatbestände geht. Das Missbrauchsprinzip ist verfassungsrechtlich jedenfalls nicht vorgegeben.⁹⁶ Dies war auch schon der Standpunkt der neueren Lehre zum Kartellartikel der alten Bundesverfassung.⁹⁷ Der Gesetzgeber hat grossen Spielraum bei der Ausgestaltung des Kartellgesetzes (unter Ausschluss eines Anmelde- und Genehmigungssystems⁹⁸). Mit dem KG von 1995 hat er sich autonom für das Missbrauchsprinzip entschieden.

4. KG-Revision von 2003

Ein Paradigmenwechsel erfolgte durch die KG-Revision aus dem Jahr 2003, die u.a. die direkten Sanktionen einführt (Art. 49a Abs. 1 KG). Vorher waren Sanktionen nur indirekt, d.h. für den Ungehorsam gegenüber Entscheiden einer Rechtsanwendungsinstanz möglich. Die direkten Sanktionen sind mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere auch dem Kartellartikel der Bundesverfassung vereinbar.⁹⁹ Allerdings können sie konzeptionell nicht mit dem Missbrauchsprinzip erklärt werden, nach dem tatbestandsmässiges Verhalten ja zunächst erlaubt ist und erst mit dem rechtskräftigen Entscheid einer Rechtsanwendungsinstanz kartellrechtswidrig

⁹⁵ S.u. C.I.

⁹⁶ So auch JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 1 KG Rn. 8: "Welches System – eine Missbrauchsgesetzgebung oder Verbotsgesetzgebung – zur Überprüfung heranzuziehen ist, ist eine Frage der effizienten Ausgestaltung der Gesetzgebung und nicht von künstlich wirkenden Verfassungsinterpretationen".

⁹⁷ Grundlegend RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in Roger Zäch/Peter Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, S. 93 (103 f.): "kein per se-Verbot für kartellrechtliche per se-Tatbestände". Die oben Fn. 91 wiedergegebene Passage aus der Botschaft zum KG 1995 ist also nicht richtig, soweit aus der (alten) Bundesverfassung eine verbindliche Festlegung auf das Missbrauchsprinzip abgeleitet wird.

⁹⁸ S.o. bei Fn. 75.

⁹⁹ Die Botschaft zur KG-Revision (BBl 2002, 2035 f.) folgt RENÉ RHINOW / ANDRÁS A. GUROVITS, Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des EVD, RPW 2001/3, S. 592 ff.

wird.¹⁰⁰ Die Sanktionierung für ein zum Tatzeitpunkt rechtmässiges Verhalten ist auf der Grundlage des Missbrauchsprinzips nicht möglich. Die direkten Sanktionen können daher nur mit dem Verbotsprinzip erklärt werden. Die Botschaft zur KG-Revision von 2003 legt diesen Zusammenhang nicht offen, sondern begnügt sich mit einer Relativierung des Missbrauchsprinzips,¹⁰¹ ohne vom Mantra der Missbrauchsgesetzgebung zu lassen.¹⁰² Hierin ist einer der Gründe zu sehen, warum der Konzeptionswechsel weithin unerkannt geblieben ist. Das ändert nichts an folgendem Befund: Das Missbrauchsprinzip ist durch die Bundesverfassung nicht vorgegeben. Mit der KG-Revision von 2003 wurde es aus dem Gesetz entfernt. Seit Inkrafttreten der Revision folgt das Kartellgesetz dem Verbotsprinzip.

5. *Ex tunc*-Nichtigkeit kartellrechtswidriger Rechtsgeschäfte

Für das Missbrauchsprinzip ist die *ex nunc*-Unwirksamkeit kartellrechtswidriger Rechtsgeschäfte kennzeichnend. Die Botschaft zum KG 1995 hält diesen Zusammenhang in dankenswerter Klarheit fest.¹⁰³ Das Bundesgericht entschied im Jahr 2008, dass kartellrechtswidrige Verträge gem. Art. 20 OR *ex tunc* nichtig seien und klärte damit eine Streitfrage in der Literatur, ohne die entgegenstehenden Ausführungen der Botschaft auch nur zu erwähnen.¹⁰⁴ Die Annahme von *ex tunc*-Nichtigkeit lässt sich konzeptionell nur mit dem Verbotsprinzip erklären.

C. Schlussfolgerungen

In der Vergangenheit, nämlich bis einschliesslich zum Kartellgesetz von 1995, folgte das schweizerische Kartellrecht dem Missbrauchsprinzip, und zwar autonom, d.h. ohne eine zwingende

¹⁰⁰ S.o. B.II.

¹⁰¹ Botschaft zur KG-Revision 2003, BBl 2002, 2022 (2035).

¹⁰² S. z.B. Botschaft zur KG-Revision 2003, BBl 2002, 2022 (2051).

¹⁰³ S.o. Fn. 91.

¹⁰⁴ BGE 134 III 438 (442 f.). S. hierzu ROLF H. WEBER, Methodenlehre und Kartellrecht, in: Rolf H. Weber/Andreas Heinemann/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, S. 1 (15 f.).

Vorgabe der Bundesverfassung in dieser Hinsicht. Mit der KG-Revision von 2003 ist es dann zum Verbotsprinzip übergegangen.¹⁰⁵

I. Konzeptionelle Unklarheiten

In grossen Teilen der Literatur und der Rechtsanwendungspraxis ist dennoch weiterhin die Rede vom Missbrauchsprinzip.¹⁰⁶ Dies beruht einerseits auf Gewöhnung, andererseits auf einem schleichenden Begriffswandel. Es wird nicht mehr die ursprüngliche Bedeutung des Terms "Missbrauchsprinzip" zugrunde gelegt, die beim Erlass des KG verwendet wurde und die international üblich ist. Vielmehr wird der Begriff des Missbrauchsprinzips nun mit den "schädlichen Auswirkungen" ausgefüllt, von denen im Kartellartikel der Bundesverfassung und im Zweckartikel des Kartellgesetzes die Rede ist. Dem Begriff der "schädlichen Auswirkungen" wird teilweise sogar die Übernahme des *effects-based approach* entnommen, also eine Pflicht zur Untersuchung wettbewerbswidriger Auswirkungen in jedem Einzelfall.¹⁰⁷ Dem Verfassungs- und Gesetzgeber war aber die Festlegung auf ein bestimmtes wettbewerbstheoretisches Modell, z.B. dasjenige der *Chicago School*, fremd.¹⁰⁸ Wie oben ausgeführt wurde, sollte der Gesetzgeber sowohl nach dem alten als auch nach dem neuen Kartellartikel grossen Spielraum bei der Ausgestaltung des Kartellgesetzes haben.¹⁰⁹ So lässt der Kartellartikel der neuen Bundesverfassung nach der ausdrücklichen Aussage in der Botschaft auch (partielle) Verbote zu; lediglich die generelle Untersagung von Wettbewerbsabreden, wie es beim Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt jedenfalls bis zur Genehmigung der Fall ist, wird durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben ausgeschlossen.¹¹⁰

¹⁰⁵ S. die vorstehenden Ausführungen sowie ANDREAS HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Fn. 104), S. 43 (52 ff.); KLEY (Fn. 54), Rn. 55. Kritik am Begriff des Missbrauchsprinzips bei BALDI/SCHRANER (Fn. 89), AJP 2015, 1533 f.; SCHLUEP (Fn. 23), AJP 1996, 795 (806); ZÄCH (Fn. 18), Rn. 129.

¹⁰⁶ Statt zahlreicher Nachweise s. nur BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, RPW 2014/3, S. 548 ff., E. 6.1.3.

¹⁰⁷ RETO JACOBS in St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 96 BV Rn. 16, 26.

¹⁰⁸ BORER (Fn. 96), Art. 1 KG Rn. 15 ff.

¹⁰⁹ S.o. B.III.1 und B.III.3.

¹¹⁰ S.o. bei Fn. 93.

Die Gleichsetzung von Missbrauchsprinzip und "schädlichen Auswirkungen" ist doppelt unzutreffend: Erstens werden die beiden unterschiedlichen Begriffspaare von Missbrauchs- und Verbotsprinzip einerseits und formorientierter und auswirkungsbezogener Betrachtungsweise andererseits miteinander vermengt. Zweitens wird den "schädlichen Auswirkungen" in Kartell- und Zweckartikel eine Bedeutung zugeschrieben, die dem Verfassungs- und Gesetzgeber fernlag. Sie zwingen nicht zur Verabsolutierung eines wirkungsorientierten Ansatzes, sondern überlassen dem Gesetzgeber die Wahl der Mittel, mit denen er schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen bekämpfen möchte.

II. Volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit

Der Begriff der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen bringt eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck: Der Kartellgesetzgeber soll nur solche Verhaltensweisen verbieten, die für Wirtschaft oder Gesellschaft nachteilig sind. Er hat dabei verschiedene Möglichkeiten, die nach dem Grad der Direktheit differenzieren, mit dem das gesamtwirtschaftliche oder soziale Wohlergehen angesteuert wird. Die konzeptionellen Gegenpole von Effizienzdenken und Theorie der Wettbewerbsfreiheit liegen in der praktischen Handhabung allerdings weniger weit auseinander, als die theoretische Ausgangsposition vermuten liesse.¹¹¹

In rechtsvergleichender Hinsicht verhält es sich so, dass die führenden Kartellrechtsordnungen formorientierte Regeln (die eher der Theorie der Wettbewerbsfreiheit nahestehen) mit auswirkungsbezogenen Ansätzen (die den Begriff der Effizienz in den Mittelpunkt stellen) kombinieren. So gilt im US-amerikanischen Recht für horizontale Kernbeschränkungen mit dem *per se*-Konzept eine formorientierte Betrachtungsweise, während für andere Wettbewerbsbeschränkungen die *rule of reason* Anwendung findet, die eher auswirkungsbezogen funktioniert. Dies ist aber lediglich der Ausgangspunkt. Abhängig von den Umständen des Einzelfalls gibt es einen Graubereich zwischen diesen beiden Polen, der durch eine *quick look analysis* und eine *truncated rule of reason* gekennzeichnet ist, und in dem formorientierte und auswirkungsbezogene Gesichtspunkte miteinander kombiniert werden.¹¹² Im europäischen Kartellrecht fehlt ein so starker Dualismus: Alle Wettbewerbsbeschränkungen sind einer effizienzbasierten Rechtfertigung zugänglich, auch wenn bei den "bezweckten" im Gegensatz zu den einfachen

¹¹¹ S.o. A.IV.

¹¹² S. beispielsweise HOVENKAMP (Fn. 48), S. 347 ff.

Wettbewerbsbeschränkungen die Wahrscheinlichkeit niedriger ist, dass die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung im Einzelfall vorliegen. Von höherer Warte betrachtet ist entscheidend, dass auch das europäische Kartellrecht formorientierte Elemente (auf Tatbestandsebene) mit wirkungsbezogenen Aspekten (auf Rechtfertigungsebene) kombiniert.

Entsprechend ist auch die Regelungstechnik im schweizerischen Kartellrecht: Die Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind formorientiert. Die Vermutungen können widerlegt werden, was in der Praxis regelmässig geschieht. Erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs können durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden. Diese Gesetzgebungstechnik ist durch den Kartellartikel der Bundesverfassung gedeckt: Da die Vermutungen widerlegbar sind, und da eine Rechtfertigung aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz immer möglich ist, ist gewährleistet, dass nur schädliche Verhaltensweisen vom Gesetz unterbunden werden. Nicht statthaft ist es, den Begriff der "schädlichen Auswirkungen" zusätzlich in den kartellrechtlichen Tatbestand hineinzulesen. Der Gesetzgeber ist durch die Formulierung dieser Tatbestände seinem Auftrag nachzukommen, die schädlichen Verhaltensweisen zu konkretisieren.¹¹³

Bisweilen werden Zweifel geäussert, ob dies auch bei Wettbewerbsabreden der Fall ist, die nicht umgesetzt wurden, oder die nur geringe Auswirkungen entfalten. Handelt es sich um Kernbeschränkungen, ist Schädlichkeit auch in diesen Fällen anzunehmen. Selbst wenn keine volkswirtschaftliche Schädlichkeit vorliegen sollte, ist zu berücksichtigen, dass der Kartellartikel der Bundesverfassung und der Zweckartikel des Kartellgesetzes soziale Schädlichkeit ausreichen lassen. Könnten harte Kartelle nicht sanktioniert werden, entstünde ein soziales Klima, das die Kartellbildung begünstigte. Dies ist sozial schädlich im Sinne der genannten Vorschriften.¹¹⁴

III. Erheblichkeit

Die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG setzt entweder die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs oder zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung voraus. Der Begriff der Erheblichkeit hat eine wechselvolle Interpretations- und Anwendungsgeschichte durchlaufen, die hier nicht nachgezeichnet

¹¹³ Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (501); BORER (Fn. 96), Art. 1 KG Rn. 13 f.

¹¹⁴ Nähere Begründung bei ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht, Bern 2016, S. 7 (23 ff.).

werden kann.¹¹⁵ Für den vorliegenden Zusammenhang ist der Stellenwert des Begriffs im Gesamtkontext der Wettbewerbsordnung und für den Zweck des Kartellrechts von Interesse. Bisweilen wird dem Begriff der Erheblichkeit zentrale Bedeutung für das Vorliegen schädlicher Wettbewerbsbeschränkungen eingeräumt.¹¹⁶ In der kartellbehördlichen Praxis ist die Erheblichkeit in qualitativer und quantitativer Hinsicht geprüft worden, wobei ein bewegliches System zugrunde gelegt wurde: Je schwerwiegender eine Wettbewerbsbeschränkung in qualitativer Hinsicht ist, desto niedriger waren die Anforderungen an die quantitative Dimension.¹¹⁷ Das Bundesgericht hat im *Gaba*-Entscheid diese Praxis korrigiert: Preis-, Mengen- und Gebietsabreden i.S. von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gelten auch nach Umstossung der Vermutung grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, und zwar unabhängig von quantitativen Kriterien.¹¹⁸

Das Urteil ist zu begrüssen, arbeitet es doch die Grundkonzeption des Kartellgesetzes klar heraus: Nach den Ausführungen in der Botschaft fungiert das Erheblichkeitskriterium – in Anlehnung an entsprechende Regelungen im Ausland – als *de minimis*-Regel, welche dazu dient, Bagatellfälle aus den kartellrechtlichen Tatbeständen zu entfernen.¹¹⁹ Es kann also nicht die Rede davon sein, dass die Erheblichkeit konstituierende Bedeutung für das Kartellrecht habe; vielmehr sollen unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen ausgeschieden werden.¹²⁰ Was die kartellrechtlichen Vermutungstatbestände betrifft, so führt bereits die Botschaft zum KG 1995 aus, dass nach

¹¹⁵ Stellvertretend für das grosse Meinungsspektrum seien genannt MARINO BALDI, "Zweimal hü und zweimal hott" beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315 (318 ff.); CARL BAUDENBACHER, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, in: Jusletter 2. Februar 2015; CARRON/KRAUSKOPF (Fn. 73); PATRICIA M. HAGER/ANGELIKA S. SCHLOSSER: Wie hast du's mit der Erheblichkeit?, recht 2015, 197; RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2016, 230 (231 f.); RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559.

¹¹⁶ SCHNEIDER (Fn. 64), sic! 2016, 319 (329 f.).

¹¹⁷ S. WETTBEWERBSKOMMISSION, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, 28.6.2010, BBl 2010, 5078, Ziff. 12 Abs. 1; anders noch die Vertikalbekanntmachung von 2007, die *per se* Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen anordnete.

¹¹⁸ BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, Medienmitteilung, S. 2 (die schriftliche Begründung des Urteils lag bei Manuskriptabschluss noch nicht vor).

¹¹⁹ Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (554).

¹²⁰ S. BALDI (Fn. 115).

Widerlegung der Vermutung Erheblichkeit in der Regel vorliegen dürfte.¹²¹ Der *Gaba*-Entscheid des Bundesgerichts stellt also eine Rückkehr zur ursprünglichen Intention des Kartellgesetzes dar und keine Einführung der mit der KG-Revision gescheiterten Teilkartellverbote durch die Hintertür.¹²² Das Scheitern der KG-Revision hat zahlreiche Gründe; insbesondere die sukzessive Überladung des Reformprojekts mit heterogenen Themen. Gerade im Hinblick auf die Teilkartellverbote war der Handlungsbedarf gesunken, da das Bundesverwaltungsgericht in den Entscheiden *Gaba* und *Gebro* inzwischen die grundsätzliche Erheblichkeit der in den Vermutungstatbeständen aufgeführten Verhaltensweisen angenommen hatte.¹²³ Es sollten also keine verkürzten Schlüsse aus dem Scheitern der KG-Revision für die Auslegung von Art. 5 KG gezogen werden.

D. Der Zweck des Kartellrechts: Nachhaltiger Schutz der Wettbewerbsordnung

Der Zweck des Kartellrechts besteht im Schutz des Wettbewerbs vor schädlichen Beschränkungen durch Unternehmen. Der Wettbewerb seinerseits ist nicht nur Ziel, sondern auch Mittel zur Erreichung ökonomischer und gesellschaftspolitischer Ziele.¹²⁴ Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, das Verhältnis zwischen den kartellrechtlichen Regeln und den unmittelbaren und mittelbaren Zielen des Wettbewerbs zu bestimmen. Richtigerweise sollte er dabei eine Synthese von formorientierten und wirkungsbezogenen Elementen anstreben: Die kartellrechtlichen Tatbestände sollten Typisierungen erlauben, die wegen der Gefährlichkeit der betreffenden Verhaltensweisen für den Wettbewerb und der Unverhältnismässigkeit einer Wirkungsprüfung in eindeutigen Fällen notwendig sind. Effizienzverbesserungen können zur Rechtfertigung tatbestandsmässiger Verhaltensweisen führen. Das Zusammenwirken von Tatbestand und Rechtfertigung führt zu ökonomischer Stimmigkeit in materiell-rechtlicher Hinsicht und im Hinblick auf das Verfahren. Der Gesetzgeber hat sich mit dem KG für eine solche – auch rechtsvergleichend gestützte – Kombination von Form und Wirkung entschieden und ist damit dem Auftrag aus Art. 96 Abs. 1 BV nachgekommen. Kartelle

¹²¹ Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (565 f.).

¹²² In diesem Sinn aber CARRON/KRAUSKOPF (Fn. 73), Rn. 7.

¹²³ BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 750; B-463/2010 vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 808.

¹²⁴ S.o. A.I. Zur schwierigen Grundsatzfrage des Wettbewerbs als Ziel oder Mittel s. beispielsweise SCHMIDT/HAUCAP (Fn. 4), S. 40 ff.

sind kein grundsätzlich legitimes Mittel zur Ordnung der Wirtschaft mehr. Das Missbrauchsprinzip, das von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Kartelle ausgeht, wurde überwunden. Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, die den Bagatellbereich verlassen, haben sich dem Effizienztest zu stellen.

Art. 1 KG geht noch einen Schritt weiter, indem er auf die Bedeutung des Wettbewerbs für die freiheitliche marktwirtschaftliche Ordnung insgesamt hinweist. In der Tat können Kartelle (und andere Wettbewerbsbeschränkungen) "auf längere Sicht die Leistungsfähigkeit der gesamten Volkswirtschaft beeinträchtigen".¹²⁵ Parallelen bestehen zum Begriff der Nachhaltigkeit: Nach der Definition im *Brundtland*-Bericht ist Entwicklung nachhaltig, wenn die Bedürfnisse der jetzigen Generation befriedigt werden, ohne die Möglichkeit künftiger Generationen zu gefährden, dasselbe zu tun.¹²⁶ In derselben Logik strebt Kartellrecht danach, das Wettbewerbssystem auf Dauer zu erhalten. Zu diesem Zweck sieht es Regeln gegen die Selbstaufhebung der Freiheit, gegen den Missbrauch von Marktmacht und für die Offenhaltung von Märkten vor. Das Ziel ist der nachhaltige Schutz der Wettbewerbsordnung und damit der Marktwirtschaft insgesamt.

Zusammenfassung

Dem Grundprinzip Wettbewerb kommt in der Marktwirtschaft fundamentale Bedeutung zu, und zwar nicht nur in ökonomischer, sondern auch in rechtlicher Hinsicht. Es ist anerkannt, dass Wettbewerb fragil ist und des Schutzes durch die Rechtsordnung bedarf. Dieses Ziel kann durch ein Kartellrecht auf der Grundlage des Missbrauchsprinzips nicht erreicht werden: Kartelle werden hierdurch als legitime Ordnungsform anerkannt, weshalb lediglich gegen deren Auswüchse vorzugehen sei. Zu Recht ist der Gesetzgeber mit der KG-Revision von 2003 zum Verbotsprinzip übergegangen: Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen sind in Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen nicht nur unzulässig, sondern auch direkt sanktionierbar. Das Kartellgesetz enthält – in Übereinstimmung mit wichtigen anderen Kartellrechtsjurisdiktionen – eine Mischung aus formorientierten und wirkungsbezogenen Elementen. Eigenwert der Wettbewerbsfreiheit und Funktionsbezogenheit des Wettbewerbs werden hierdurch vereint, wobei der Erhaltung des Wettbewerbsprozesses der Vorrang vor Effizienzsteigerungen zukommt. Bei der Auslegung des Gesetzes ist die Verabsolutierung von Form oder Wirkung nicht statthaft; beide Aspekte gehören zusammen. Nur so kann es gelingen, wirksamen Wettbewerb nachhaltig zu sichern und zu fördern.

¹²⁵ Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (635).

¹²⁶ S. WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future*, New York 1987, N. 27.

Résumé

Le principe de la concurrence joue un rôle fondamental dans l'économie de marché, non seulement sur le plan économique, mais également au niveau juridique. Il est admis que la concurrence est fragile et qu'elle nécessite d'être protégée par l'ordre juridique. Un droit de la concurrence qui repose sur le principe de l'abus ne permet pas cette protection : les cartels sont alors reconnus comme des formes d'organisation légitimes, raison pour laquelle seules leurs dérives peuvent être poursuivies. Avec la révision de la LCart de 2003, le législateur a adopté, à juste titre, le principe de l'interdiction : les cartels et autres restrictions à la concurrence, en l'absence de motif justificatif, ne sont pas seulement illicites, mais aussi directement sanctionnables. La Loi sur les cartels – en conformité avec d'autres droits de la concurrence importants – contient à la fois des éléments basés sur la forme du comportement et des éléments se rapportant aux effets. La valeur intrinsèque de la libre concurrence et sa fonctionnalité se trouvent ainsi réunies, bien que le maintien du jeu de la concurrence prime l'amélioration de l'efficacité. Lors de l'interprétation de la loi, il est inadmissible d'accorder un caractère absolu à la forme ou aux effets ; les deux aspects vont de pair. C'est la seule façon d'assurer et de promouvoir durablement la concurrence efficace.