

## E Diverses Divers Diversi

### E 1 Gutachten Avis Pareri

*Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) erstattet von Prof. Dr. iur. René Rhinow, Ordinarius für öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel in Zusammenarbeit mit Dr. iur. Andrés A. Gurovits, Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey Zürich, vom 5. Juli 2001, Basel/Zürich*

#### I. Problemstellung

##### a. Vorgeschlagene Änderung des Kartellgesetzes

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) hat ein Vernehmlassungsverfahren zu einer Änderung des Kartellgesetzes durchgeführt, mit welcher unter anderem direkte Sanktionen bei kartellrechtlichen Verstössen eingeführt werden sollen.

Die vorgeschlagenen Gesetzesentwürfe lauten wie folgt:

"6. Abschnitt: Verwaltungssanktionen

Art. 49a Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

<sup>1</sup> Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Bei der Bemessung des Betrags ist der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen.

<sup>2</sup> Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann ganz oder teilweise auf eine Belastung verzichtet werden.

<sup>3</sup> Die Belastung entfällt, wenn:

- a. das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung freiwillig meldet, bevor diese Wirkung entfaltet;
- b. der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 zugelassen hat.

...

Art. 50 Verstössen gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen

Verstösst ein Unternehmen zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen, so wird es mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Bei der Bemessung des Betrages ist der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen".

#### b. Verfassungsrechtliche Abstützung

In verschiedenen Stellungnahmen ist die Verfassungsmässigkeit dieser Massnahme im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens in Frage gestellt worden.

Im erläuternden Bericht zur Verfassungsmässigkeit wurde Folgendes ausgeführt:

"Die vorgeschlagenen Bestimmungen stützen sich auf Artikel 96 Absatz 1 der Bundesverfassung. Danach erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftliche oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Verfassungsnorm entspricht inhaltlich Artikel 31bis Absatz 3 Buchstabe d der alten Bundesverfassung.

Charakteristisch für das schweizerische Verfassungsrecht über die Wettbewerbspolitik ist das so genannte Missbrauchsprinzip. Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen sollen nicht generell verboten werden, doch soll der Gesetzgeber Massnahmen treffen, um "schädliche Auswirkungen" von Kartellen und andern Wettbewerbsbeschränkungen zu verhüten (vgl. dazu auch die Ausführungen in der Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995 I 468, Ziff. 7). Gestützt auf dieses Verfassungsgebot hat schon das bestehende Kartellgesetz Wettbewerbsabreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, als unzulässig erklärt, und zugleich eine Vermutung statuiert, dass der wirksame Wettbewerb bei bestimmten Abreden beseitigt wird (Art. 5 Abs. 3 KG). Ferner erklärt das Gesetz bestimmte Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen für unzulässig, wenn dadurch Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt wird (Art. 7 KG). Diese beiden Fallkatego-

rien von Wettbewerbsbeschränkungen durch bestimmte Abreden beziehungsweise Marktmissbräuchen werden also schon vom geltenden Gesetz besonders hervorgehoben, da sie typischerweise sozial schädliche Auswirkungen zeitigen. Andere als die in Artikel 5 Absatz 3 aufgeführten Wettbewerbsabreden sind nur dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG).

Mit dem Revisionsvorschlag zu Artikel 49a werden die schon nach geltendem Recht als besonders schädlich qualifizierten Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 KG) mit einer administrativen Sanktion belegt. Neu sollen Unternehmen, die an solchen Wettbewerbsabreden beteiligt sind beziehungsweise solche Marktmissbräuche praktizieren, nicht nur zur Unterlassung dieser Verhaltensweisen verpflichtet werden, sondern für ihr rechtswidriges Verhalten direkt sanktioniert werden. Sinn dieser Sanktionierung ist, die von der Verfassung verlangte Bekämpfung schädlicher Auswirkungen von Kartellen und Wettbewerbsbeschränkungen wirksamer zu gestalten. Indem die direkte Sanktionierung nur für Fälle vorgesehen wird, die wegen der vom Gesetz vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs beziehungsweise wegen Marktmissbrauchs schon nach geltendem Recht für unzulässig erklärt werden, wird der von der Verfassung vorgegebene Rahmen des Missbrauchsprinzips nicht überschritten<sup>1</sup>.

### c. Gegenstand der Untersuchung

Im Rahmen der Verfassungsmässigkeit von direkten Sanktionen sind folgende Fragen zu untersuchen:

"1. Ist die Einführung direkter Sanktionen grundsätzlich mit dem Missbrauchsprinzip von Artikel 96 der Bundesverfassung in Einklang zu bringen?

2. Wenn die Einführung direkter Sanktionen grundsätzlich mit der Verfassung in Einklang zu bringen ist: Ist der Vorschlag im Vernehmlassungsentwurf verfassungskonform ausgestaltet?

3. Falls der Vorschlag im Vernehmlassungsentwurf nicht verfassungskonform ist: Wie können direkte Sanktionen verfassungskonform ausgestaltet werden?"

## II. Verfassungsgrundlagen der Kartellgesetzgebung

### a. Überblick

Das geltende Wettbewerbsrecht stützt sich auf mehrere Verfassungsbestimmungen ab. Im Vordergrund steht zweifellos Artikel 96 BV über

die Wettbewerbspolitik, der Artikel 31<sup>bis</sup> Absatz 3 Buchstabe d der alten BV abgelöst hat (vgl. nachstehend Bst. b). Von zentraler Bedeutung erscheint indessen auch Artikel 27 BV, der einerseits die *Wirtschaftsfreiheit* in ihrer individual- und menschenrechtlichen Funktion garantiert, andererseits zusammen mit Artikel 94 BV eine grosse ordnungspolitische Bedeutung aufweist (vgl. nachstehend Bst. c). Auf die Rechtsetzung ist im Rahmen dieses Gutachtens nicht näher einzugehen.

### b. Artikel 96 BV (Wettbewerbspolitik) im Allgemeinen

1. Nach Artikel 96 Absatz 1 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftliche oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen (gemäss Abs. 2 trifft er Massnahmen zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts sowie gegen den unlauteren Wettbewerb). Im Rahmen der Totalrevision der BV wurde der Kartellartikel teilweise neu redigiert. Die wesentliche Passage, der Bund habe Bestimmungen zu erlassen "gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen" blieb indessen unverändert. Es ist unbestritten, dass mit der Verfassungsreform in diesem Zusammenhang der alte Rechtszustand auf Verfassungsebene nicht verändert werden sollte. Die Bestimmung der aktuellen Verfassungslage im Kartellbereich kann deshalb an die Erkenntnisse von Lehre und Praxis unter dem abgelösten Verfassungsartikel anknüpfen.

2. Der Stellenwert des Kartellartikels der Bundesverfassung war lange Zeit umstritten. Die gegensätzlichen Positionen waren Abbild der unterschiedlichen Auffassungen über die Konzeption der schweizerischen Wirtschaftsverfassung<sup>1</sup>.

- Wer in der (Wirtschafts-)Verfassung das System der staatsfreien Privatwirtschaft verankert sah, deutete den Kartellartikel und die darauf abgestützte Wettbewerbspolitik als systemfremden Einbruch in den Grundsatz der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung.

<sup>1</sup> Vgl. - auch zum Folgenden - RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, Hrsg. ROGER ZÄCH und PETER ZWEIFEL, Dike Verlag, St. Gallen 1995, S. 93 ff. Die Darstellung übernimmt teilweise Textpassagen aus diesem Aufsatz. Zu den unterschiedlichen Positionen vgl. RENÉ RHINOW, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. J.F. AUBERT/K. EICHENBERGER/J.P. MÜLLER/R. RHINOW/D. SCHINDLER; zu Art. 31bis, Rz. 185 (m.H.); RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht (Handbuch), Basel/Frankfurt a.M. 1998, § 20 Rz., S. 13 ff.; KLAUS A. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 3. Aufl. Bern 1995, S. 105 ff.; WALTER R. SCHLUEP, Wettbewerbsfreiheit - staatliche Wirtschaftspolitik: Gegensatz oder Ergänzung?, in: ZSR 1991 I 61 ff., insb. S. 74 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 105 ff.

- Eine andere Ansicht erblickte im Grundrecht der früheren Handels- und Gewerbefreiheit "die Gewährleistung eines Systems des freien Wettbewerbs". Sie stufte die materielle Bedeutung des Kartellartikels eher als gering ein und sah in ihm vorab eine Kompetenzbestimmung, der lediglich die bereits im Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit enthaltene Grundentscheidung für eine wettbewerbsgesteuerte Wirtschaft *flankierend* unterstützt.
  - Nach einer dritten Auffassung - wie sie namentlich auch vom Gutachter im "Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft" vertreten wurde<sup>2</sup> - legte der Kartellartikel in eigenständiger Weise das verfassungsrechtliche Fundament für eine auf das Gemeinwohl verpflichtete staatliche Wettbewerbspolitik. Wettbewerbspolitik bedeutet nach dieser Konzeption keine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit; vielmehr dient sie deren Verwirklichung, insbesondere ihrer objektiv-rechtlichen (konstitutiven, programmatischen) Komponente, die auf Etablierung einer grundsätzlich wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung gerichtet ist. Der Kartellartikel wiederholt dabei allerdings nicht bloss, was sich bereits aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit ableiten liesse; er repräsentiert vielmehr gewisse eigenständige Wertungen des Verfassungsgebers: Indem er die Bekämpfung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen zum Ziel der staatlichen Wettbewerbspolitik erhebt, zeigt er an, nach welcher Richtung hin der Ausgleich zwischen der grundsätzlich freien wirtschaftlichen Betätigung (unter Einschluss der Wettbewerbsbehinderung durch Abrede unter Privaten) einerseits und der staatlichen Sorge für das zu schützende Gut "Wettbewerb" andererseits zu suchen ist. Insoweit setzt der Kartellartikel eigenständige wettbewerbspolitische Akzente. Diese Auffassung darf heute als die herrschende bezeichnet werden.
3. Die praktische Bedeutung der früheren Kontroverse um den Stellenwert des Kartellartikels darf nicht überschätzt werden. Im Zentrum jener Debatte stand die Frage, ob staatliche Kartellpolitik "systemkonform" sei oder dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit zuwiderlaufe. Aus der Sicht des Kartellgesetzgebers ist diese Frage von untergeordneter Bedeutung, denn gemäss Wortlaut des früheren Artikels 31<sup>bis</sup> Absatz 3 aBV war er so oder so ermächtigt, nötigenfalls von der Handels- und Gewerbefreiheit abzuweichen. Daran hat sich auch unter dem neuen Verfassungsrecht nichts geändert.

<sup>2</sup> RHINOW, Art. 31bis, Rz. 189 ff.; vgl. auch die Kommentierung von Art. 31, Rz. 27 ff.

4. Mit dem Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 ist in Artikel 1 eine Zweckbestimmung aufgenommen worden, welche die *Verhinderung* der von der Verfassung verpönten schädlichen *Auswirkungen* von Kartellen und die *Förderung des Wettbewerbes* "im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung" zum Gegenstand hat. Die herrschende Lehre steht heute auf dem Standpunkt, dass bereits in der Verfassung das Ziel der "Schaffung einer Wettbewerbsordnung" enthalten sei<sup>3</sup>. Die staatliche Wettbewerbspolitik soll "die grundsätzlich freiheitliche, wettbewerbsorientierte Wirtschaftsordnung vor privaten Wettbewerbsbeschränkungen schützen, weil der wirksame wirtschaftliche Wettbewerb in der Regel günstige und erwünschte ökonomische und ausserökonomische Ergebnisse zeitigt"<sup>4</sup>.

Auf dieser Basis erschien es dem Verfassungsgeber zu Recht nicht notwendig, den in der alten Bundesverfassung noch enthaltenen Vorbehalt aufzunehmen, der Gesetzgeber könne bei der Kartellbekämpfung "nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen".

Im Gegenteil ist das Gebot der wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung bereits in Artikel 27 BV (im Zusammenhang mit Art. 94 BV) enthalten. Es geht also bei der Bestimmung der Verfassungsgrundlagen der Wettbewerbspolitik nicht um ein Verhältnis von Regel (Wirtschaftsfreiheit als Individualrecht) und Ausnahme (Kartellpolitik als Grundrechtseingriff), sondern um eine Abwägung unter verschiedenen Teilgehalten der Wirtschaftsfreiheit einerseits und zwischen der Wirtschaftsfreiheit und den verfassungsrechtlich verankerten Zielen der Wettbewerbspolitik andererseits.

5. Entscheidend ist somit, welche *konkreten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen* der Kartellgesetzgeber zu respektieren hat. Ausgangspunkt bleibt dabei die Feststellung, dass (auch) der Aufbau marktmächtiger Positionen sowie der Abschluss von Vereinbarungen kartellistischen Inhalts grundsätzlich den Schutz der Wirtschaftsfreiheit als Freiheit der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit geniessen<sup>5</sup>. Staatliche Massnahmen, die sich gegen bestimmte Kartelle und kartellähnliche Praktiken richten, stellen (auch) eine Grundrechtseinschränkung dar und sind nur zulässig, wenn sie auf einer hinreichend bestimmten *gesetzlichen Grundlage* beruhen, im *überwiegenden öffentlichen Interesse* liegen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt wahren (Art. 36 BV).

<sup>3</sup> JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, N 2 zu Art. 1 KG

<sup>4</sup> PAUL RICHLI/GEORG MÜLLER/TOBIAS JAAG, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2001, 48 f.

<sup>5</sup> Die Vertragsfreiheit stellt einen Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit dar. Vgl. RHINOW, Art. 31, Rz. 84, sowie Art. 31bis, Rz. 187

6. Zu prüfen ist demgemäss, ob sich die vorgeschlagene Regelung durch ein anerkanntes und überwiegendes öffentliches Interesse rechtfertigen lässt, ob sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahrt und ob sie das Bestimmtheitsgebot respektiert. Bei dieser Prüfung, die hier notwendig "abstrakt" erfolgt, das heisst losgelöst von einem konkreten Einzelfall, ist eine gewisse Zurückhaltung zu üben. Der Gesetzgeber als das primär zur Verfassungskonkretisierung berufene Organ verfügt über einen *Gestaltungs- und Bewertungsspielraum*, der bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit seines Handelns zu respektieren ist. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Organe der Rechtsanwendung verpflichtet sind, das anzuwendende Gesetzesrecht verfassungskonform zu interpretieren. Entsprechend dem Prüfungsprogramm, welches das Bundesgericht für die abstrakte Normenkontrolle entwickelt hat<sup>6</sup>, ist daher eine Vorschrift nicht schon dann als verfassungswidrig zu qualifizieren, wenn eine der grundsätzlich denkbaren Auslegungen nicht mit der Verfassung zu vereinbaren ist. Es besteht mit anderen Worten *kein Anlass, eine Norm zu beanstanden, wenn sie in vertretbarer Weise einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist*.

Bei der Beurteilung dieser Frage sind zwei Gesichtspunkte in Rechnung zu stellen: einerseits die Tragweite des Grundrechtseingriffs, andererseits die Möglichkeit der Grundrechtsträger, im konkreten Anwendungsfall einen hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutz zu erlangen. Dabei ist die Möglichkeit einer verfassungskonformen Interpretation - wie sich das Bundesgericht ausdrückt - "nicht nur abstrakt zu untersuchen", vielmehr ist "auch die Wahrscheinlichkeit verfassungstreuer Anwendung miteinzubeziehen"<sup>7</sup>.

### c. Artikel 27 BV (Wirtschaftsfreiheit)

1. Die Wirtschaftsfreiheit schützt die freie berufliche und wirtschaftliche Entfaltung des Individuums, insbesondere jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, die freie Berufswahl sowie den Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Als grundlegendes objektives Gestaltungsprinzip prägt die Wirtschaftsfreiheit (wie auch die Eigentumsgarantie) die gesetzliche Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung massgebend. Neben der *individualrechtlichen Schutzfunktion* kommen der Wirtschaftsfreiheit deshalb auch

ordnungspolitische<sup>8</sup> (sowie hier nicht näher zu beleuchtende *bundesstaatliche* und *demokratische* Funktionen) zu<sup>9</sup>.

2. Wie bei anderen Grundrechten steht auch bei der Wirtschaftsfreiheit die *individualrechtliche Schutzfunktion* im Vordergrund. Als Freiheitsrecht dient sie dem einzelnen Wirtschaftssubjekt zur *Abwehr staatlicher Eingriffe* in seinen Tätigkeitsbereich (Abwehrrecht). Prozessual kann dieser Schutz auf dem Wege der *Verfassungsgerichtsbarkeit* (auf Bundesebene freilich nur bedingt) durchgesetzt werden. Neben die negatorische, abwehrende Seite der individualrechtlichen Funktion tritt in jüngerer Zeit in verstärktem Masse ein positiver, *anspruchsbe gründender Aspekt*. So anerkennt das Bundesgericht einen bedingten Anspruch auf Zugang zu öffentlichem Grund; oder es verpflichtet das Gemeinwesen, die Gleichbehandlung der "Gewerbegenossen" (besser: der Konkurrenten) auch durch aktive Vorkehrungen zu garantieren. Der Staat ist durch die verfassungsrechtlich abgesicherte Wirtschaftsfreiheit verpflichtet, möglichst *optimale Voraussetzungen* für die wirtschaftliche Entfaltung der einzelnen Träger der Wirtschaftsfreiheit zu schaffen (konstitutiv-objektivrechtliche Bedeutungsschicht). Artikel 94 Absatz 3 BV nimmt diesen Teilgehalt auf, indem Bund und Kantone verpflichtet werden, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die Wirtschaft zu sorgen.

3. Die *ordnungspolitische Funktion* kommt in Artikel 94 BV zum Ausdruck, der in Absatz 1 Bund und Kantone zur Wahrung des so genannten *Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit* verpflichtet und in Absatz 4 namentlich den Wettbewerb zu diesem Grundsatz zählt. Für Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit gilt ein besonderes Schrankenregime: Massnahmen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, bedürfen der Legitimation durch den *Verfassungsgeber* (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV; früher Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 aBV).

4. Das Bundesgericht hat in Konkretisierung des in Artikel 31 Absatz 2 aBV verankerten Verbots, den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beeinträchtigen, die Maxime entwickelt, dass "nicht jedes irgendwie geartete öffentliche Interesse" einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen vermag<sup>10</sup>. Grundsatzwidrig und daher *unzulässig sind Massnahmen, die* (gemäss der gängigen höchstrichterlichen Formel)

<sup>8</sup> In früheren Publikationen des Autors wurde von einer "wirtschaftssystembezogenen Funktion" der Wirtschaftsfreiheit gesprochen. Zur Vermeidung von Missverständnissen, die sich aus dem Terminus "System" ergeben können, wird der Terminus "ordnungspolitische Funktion" verwendet.

<sup>9</sup> Vgl. zum Folgenden auch, RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000 - eine Einführung, Basel/Genf/München 2000, S. 307 ff.; DERS., § 35 Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 565 ff., Rz. 14 ff.

<sup>10</sup> Vgl. z.B. BGE 109 Ia 36; 118 Ia 176; 119 Ia 382

<sup>6</sup> Vgl. z.B. BGE 123 I 112 ff., 118 Ia 72

<sup>7</sup> BGE 118 Ia 433

"den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen"<sup>11</sup> beziehungsweise um "das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken"<sup>12</sup>. Dem grundsätzlichen Verbot wettbewerbsverzerrender Massnahmen entspricht ein in Artikel 27 BV wurzelnder Gleichbehandlungsanspruch: Konkurrenten haben einen *verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung*, insbesondere auf gleiche Marktzutrittschancen<sup>13</sup>. Grundsätzlich *unzulässig* sind aus dieser Perspektive Massnahmen, die bestimmten Marktteilnehmern vorteilhafte Positionen verschaffen oder die einen Markt abriegeln und neue Konkurrenz behindern oder fernhalten. Lehre und Praxis sprechen in diesem Zusammenhang auch von einem *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* staatlichen Handelns<sup>14</sup>. Den "Grundsatz wahren" bedeutet demnach im Wesentlichen: Bindung an die zentralen Elemente des *Marktmechanismus*, Verbot einer Verzerrung oder gar Ausschaltung des Spiels von Angebot und Nachfrage und folglich des Preismechanismus. In Artikel 94 Absatz 4 BV wird diese langjährige Rechtsprechung verfassungsrechtlich verankert, indem unter Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit insbesondere auch Massnahmen zu verstehen sind, "die sich gegen den Wettbewerb richten".

#### d. Das so genannte Missbrauchsverbot von Artikel 96 BV

1. Dem schweizerischen Kartellgesetzgeber ist es verwehrt, beliebige Zwecke zu verfolgen. Artikel 96 Absatz 1 BV stellt dem Gesetzgeber - in Gestalt einer Zielnorm<sup>15</sup> - die Aufgabe, volkswirtschaftlich oder sozial *schädliche Auswirkungen* von Kartellen zu *bekämpfen*. Diese explizite verfassungsrechtliche Richtschnur erfüllt eine doppelte Funktion: eine *grundrechtliche* (individualrechtliche) und eine *wettbewerbspolitische*. Zum einen stellt der Kartellartikel auf Verfassungsstufe klar, dass im Bereich der Wirtschaftsfreiheit wettbewerbspolitische Interessen als *eingriffslegitimierende Interessen* anerkannt sind. Zum andern wird bereits auf höchster Normstufe verbindlich vorgezeichnet - wenn auch in unbestimmten, konkretisierungsbedürftigen Begriffen -, wie der Ausgleich zwischen den privaten Grundrechtsinteressen (Vertragsfreiheit als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit) und dem öffentlichen Interesse an einem "wirksamen" Wettbewerb herzustellen ist. Die Verfassung nennt als entscheidendes Kriterium die volkswirtschaftliche

<sup>11</sup> BGE 118 Ia 176; 125 I 335 ff., 337

<sup>12</sup> BGE 111 Ia 186

<sup>13</sup> Vgl. BGE 121 I 135; 121 I 279; 125 II 129 ff., 149 ff.

<sup>14</sup> Vgl. RHINOW, Komm. BV, Art. 31, Rz. 43; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 656; BGE vom 5. Februar 1999 in ZBI 2000, S. 383 ff.

<sup>15</sup> Vgl. zur Normstruktur des früheren Kartellartikels RHINOW, Art. 31bis, Rz. 113, 208 ff.

oder soziale *Schädlichkeit* des wettbewerbsbeeinträchtigenden Verhaltens. Anders gewendet: Massnahmen, welche das Grundrecht der Handels- und Gewerbefreiheit beschränken, liegen im überwiegenden öffentlichen Interesse, wenn sie durch die *Zielrichtung* des Kartellartikels (Bekämpfung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen) abgedeckt sind.

2. Der unbestimmte Begriff der volkswirtschaftlich oder sozial *schädlichen Auswirkung* erweist sich damit unter grundrechtlichen wie unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten als Schlüsselbegriff für die konkretisierende Ausgestaltung der Kartellgesetzgebung. Der Verfassungswortlaut verzichtet darauf, diesen Schlüsselbegriff näher auszuführen. Dessen Konkretisierung ist weitgehend dem Kartellgesetzgeber überantwortet, der dabei an gewisse verfassungsrechtliche Richtlinien gebunden ist, die sich aus dem Wortlaut, aus der Entstehungsgeschichte und aus dem Kontext des früheren Artikels 31<sup>16</sup> Absatz 3 Buchstabe d. aBV ergeben haben<sup>16</sup>.

3. Wichtige erste Anhaltspunkte vermittelt der *Wortlaut*<sup>17</sup> von Artikel 96 Absatz 1 BV: Nicht Kartelle an sich, sondern deren *schädlichen Auswirkungen* sind vom Gesetzgeber zu bekämpfen. Ins Visier genommen wird zudem, was sich *objektiv gesehen schädlich* auf Volkswirtschaft und Gesellschaft auswirkt, *unabhängig vom - lauterer oder verwerflichen - Motiv, das dem kartellistischen Handeln zugrunde liegt*. Der Verfassungstext schweigt sich zwar darüber aus, wann eine Kartellauswirkung als *volkswirtschaftlich oder sozial* schädlich zu qualifizieren ist. Jedenfalls *genügt aber nicht jede beliebige schädliche Auswirkung*; es muss ein bestimmtes, nach objektiven Kriterien zu ermittelndes Ausmass erreicht sein. Es ist dem Kartellgesetzgeber verwehrt, Vorkehren gegen jede auch noch so geringfügige Auswirkung kartellistischer Praktiken zu treffen.

Im Übrigen belässt der Verfassungswortlaut dem Gesetzgeber einen *weiten gesetzgeberischen Spielraum*. Insbesondere *verzichtet* der Verfassungstext darauf, dem Gesetzgeber die *Verwendung bestimmter Mittel* vorzuschreiben oder *ihm bestimmte Mittel vorzuenthalten*; dies im Unterschied zu anderen verfassungsrechtlichen Aufgabennormen (vgl. z.B. Art. 100 BV). Ebensowenig äussert er sich zu den *Sanktionen*, die bei Verstössen gegen das Wettbewerbsrecht verhängt werden können. Der Kartellartikel begnügt sich vielmehr damit, ein - relativ unbestimmt gefasstes - *Ziel* vorzugeben, das mit Hilfe der zu erlassenden Ausführungsgesetzgebung zu erreichen ist<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Vgl. RHINOW/BIAGGINI, S. 100 ff.

<sup>17</sup> Zum Folgenden RHINOW, Art. 31bis, Rz. 208 ff.

<sup>18</sup> Zum Zielnormcharakter des Kartellartikels vgl. RHINOW, Art. 31bis, Rz. 113, S. 208 ff.

4. Ein Blick auf die *Entstehungsgeschichte* des Kartellartikels<sup>19</sup> bestätigt diese am Verfassungswortlaut orientierte Betrachtung.

Aus den Materialien zu Artikel 31<sup>bis</sup> Absatz 3 Buchstabe d aBV, deren Erkenntniswert im Rahmen der Verfassungsin-terpretation freilich begrenzt ist, ergibt sich zunächst klar, dass der vom alten Kartellartikel verwendete (und von Art. 96 BV miteingeschlossene) Verfassungsbegriff der "ähnlichen Organisationen" in einem weiten Sinne zu verstehen ist. Der Kartellartikel erfasst neben den Kartellen auch alle weiteren Verhaltensweisen, denen eine den Kartellen vergleichbare marktbeeinflussende Wirkung zukommt, nämlich "alle wirtschaftlichen Zusammenschlüsse und alle Machtstellungen in der Wirtschaft", ungeachtet der Rechtsform<sup>20</sup>. Dementsprechend ist im neuen Artikel 96 Absatz 1 BV von Vorschriften gegen schädliche Auswirkungen von Kartellen und "anderen Wettbewerbseinschränkungen" die Rede. Nicht minder klar geht aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 31bis Absatz 3 Buchstabe d aBV hervor, dass mit Erlass jener Bestimmung nicht das Kartellwesen als solches bekämpft werden sollte. Es wurde im Verlaufe der Beratungen des Kartellartikels wiederholt unterstrichen, dass die schliesslich geltendes Recht gewordene Fassung nur die Bekämpfung von *Missbräuchen* und *Auswüchsen* im Kartellwesen<sup>21</sup> bezwecke beziehungsweise die Bekämpfung des Missbrauchs der Handels- und Gewerbe-freiheit<sup>22</sup>.

Aufgrund der Entstehungsgeschichte ist aber ebenso klar, dass der Kartellgesetzgeber nicht auf die Bekämpfung *subjektiv verwerflichen Handelns* - im Sinne des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) etwa - beschränkt ist<sup>23</sup>. Die "subjektiv eingefärbte" Begrifflichkeit wurde vielmehr einzig dazu eingesetzt, um zu unterstreichen, dass es dem Kartellgesetzgeber verwehrt sei, das Kartellwesen *als solches* zu unterdrücken<sup>24</sup>. Mit der zum Beschluss erhobenen Fassung von Artikel 31bis Absatz 3 Buchstabe d. aBV sollte ein *generelles, ausnahmsloses* gesetzliches Verbot von Kartellen und gleichgestellten Verhaltensweisen ausgeschlossen werden.

<sup>19</sup> Vgl. zum Folgenden RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Rz. 31 ff.

<sup>20</sup> AB SR 1939, 385 (Kommissionsberichterstätter); vgl. auch NR 1938, 375; SR 1945, 237. Siehe auch LEO SCHÜRMAN, Der Kartellartikel der Bundesverfassung, in: WuR 1958, S. 181 ff., insb. S. 193 ff.; DERS., Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes, in: WuR 1963, S. 77 ff., insb. S. 79.

<sup>21</sup> Vgl. z.B. AB NR 1938, 354, 375; SR 1939, 31; NR 1945, 518; SR 1945, 237

<sup>22</sup> Vgl. z.B. AB NR 1945, 518

<sup>23</sup> Vgl. AB NR 1938, 375 (wo die Begriffe "Missbräuche" und "Auswüchse" als Synonyme für "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" Verwendung finden)

<sup>24</sup> Vgl. AB SR 1939, 31

Weder der Wortlaut von Artikel 31bis Absatz 3 Buchstabe d. aBV noch die publizierten Materialien enthalten hingegen Hinweise darauf, dass die am Prozess der Verfassungsgewebung Beteiligten dem Kartellgesetzgeber bestimmte Mittel oder Sanktionen vorschreiben oder von vornherein vorenthalten wollten.

Die Lehre geht denn auch heute einhellig davon aus, dass der Kartellartikel im Prinzip den Einsatz *jedes zweckdienlichen Mittels* zulässt, unter Einschluss des *gesetzlichen Verbots bestimmter schädlicher Kartellpraktiken*, vorausgesetzt, das gewählte Mittel werde zielkonform und verhältnismässig ausgestaltet und eingesetzt<sup>25</sup>. Mit anderen Worten ergibt sich aus der Bundesverfassung kein *per se*-Verbot für kartellrechtliche *per se*-Tatbestände. Der Gesetzgeber als primär zur Verfassungskretisierung berufenes Organ hat diese Auffassung bestätigt, indem er im Kartellgesetz 1998 horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen im Sinne von Vermutungstatbeständen verboten hat (Art. 5 Abs. 3 KG).

Den Materialien sowie der älteren Literatur zu Artikel 31bis Absatz 3 Buchstabe d. aBV sind sodann gewisse Hinweise darauf zu entnehmen, welche kartellistischen Praktiken zurzeit der Beratung und Verabschiedung des Kartellartikels als *volkswirtschaftlich* oder *sozial* schädlich angesehen wurden<sup>26</sup>.

Diese Äusserungen anlässlich der Ausarbeitung des Kartellartikels dienen durchwegs der Illustration; eine abschliessende Fixierung der künftigen Kartellpolitik wurde damit ebensowenig bezweckt wie eine verbindliche Festlegung der Methode, nach der die volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit kartellistischer Praktiken festzustellen ist. Eine entsprechende Festschreibung wäre im Übrigen verfassungs(rechts)politisch fragwürdig, denn was schädlich ist, steht nicht ein für alle Male fest, sondern ist in den Lauf der Zeit gestellt und wird massgeblich mitbestimmt durch tatsächliche Faktoren (wie den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel), durch die vorherrschenden Wertvorstellungen wie auch durch den aktuellen Stand der volkswirtschaftlichen und sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse.

<sup>25</sup> Vgl. FRITZ GYGI, Verfassungsrechtliche Richtpunkte einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, in: DERS., Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 141 ff., insb. S. 157, 160 (der ausdrücklich die Zulässigkeit gesetzlicher Vermutungen bzw. "bedingter Verbote" bejaht); PAUL RICHLI, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Bern 1983, S. 150; LEO SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994, S. 469; DERS., S. 99 (wenn auch nur als "äusserste Massnahme der Kartellpolitik"); RHINOW, Art. 31bis, Rz. 219 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Rz. 3; ZÄCH, Rz. 106; BORER, Rz. 7 zu Art. 1 KG

<sup>26</sup> Vgl. die Hinweise bei SCHÜRMAN, S. 196 f.

5. Weitere Richtpunkte für die Konkretisierung des Kartellartikels resultieren aus dem verfassungsrechtlichen Kontext, welcher den Kartellartikel umrahmt. Die Bundesverfassung erhebt eine ganze Reihe von sozial-, wirtschafts- und weiteren politischen Anliegen in den Rang verfassungsrechtlich anerkannter öffentlicher Interessen. Diese sind - dem Gedanken *systematischer* Verfassungsauslegung und -konkretisierung entsprechend - bei Erlass und Vollzug der Kartellgesetzgebung mitzubedenken. Demnach ist die Frage, ob sich eine bestimmte kartellistische Verhaltensweise volkswirtschaftlich oder sozial schädlich auswirkt oder ob ein bestimmtes Sanktionensystem vor der Verfassung standhält, auch im Lichte dieser weiteren verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Interessen zu beurteilen, die ihrerseits dem Wandel der Zeit ausgesetzt sind. Der Kartellgesetzgeber wird seiner Aufgabe nur gerecht, wenn er eine Ausführungsgesetzgebung erlässt, bei deren Anwendung diese Verfassungsinteressen gebührend zur Geltung kommen können.

Zu diesen bei Erlass und Handhabung der Kartellgesetzgebung mitzubehütenden Verfassungsinteressen zählen insbesondere auch die im verfassungsmässigen Recht der Wirtschaftsfreiheit repräsentierten *Grundrechtsinteressen*, und zwar nicht nur die traditionellen subjektiven Freiheitsinteressen (abwehrrechtliche Grundrechtsdimension), sondern auch die *objektiven* Grundrechtsinteressen (konstitutive Dimension) und darunter namentlich das Interesse an einem wirksamen Wettbewerb. Nach heute überwiegender Lehre und Praxis enthält Artikel 27 BV neben der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit zugleich die Verfassungsentscheidung zu Gunsten einer grundsätzlich *wettbewerbsorientierten* Wirtschaftsordnung (wobei erfahrungsgemäss das Grundrecht allein eine solche Ordnung nicht zu gewährleisten vermag). Dieses aktuelle Verständnis der Wirtschaftsfreiheit beeinflusst die Deutung des Kartellartikels: Das Koordinationsprinzip Wettbewerb geniesst tendenziell Vorrang gegenüber anderen wirtschaftlichen Koordinationsprinzipien. Darin widerspiegelt sich die Erkenntnis, dass der funktionierende wirtschaftliche Wettbewerb langfristig gesehen in der Regel günstige (erwünschte) ökonomische und soziale Ergebnisse zeitigt sowie die individuelle freie Entfaltung ermöglicht<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Vgl. RHINOW, Art. 31bis, Rz. 187 sowie Rz. 185 (Anm. 361); RICHLI, S. 131; sowie den Positionsbezug des Bundesrates im Rahmen der Botschaft (vom 13. Mai 1981) zum geltenden Kartellgesetz, BBl 1981 II 1372 f.; vgl. auch FRITZ GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Bern 1981, S. 43 ff., 116 ff. Gegen eine Vorrangstellung des Wettbewerbs VALLENDER, S. 106 f.; ERIC HOMBERGER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1990, Einleitung, Rz. 10 ff.

6. *Zusammenfassend*: Die zentrale Aufgabe des Kartellgesetzgebers besteht darin, den unbestimmten verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff der "volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen" unter Berücksichtigung dieses verfassungsrechtlichen Kontexts zu konkretisieren (bzw. ein organisatorisch-verfahrensmässiges Konzept zu dessen Konkretisierung normativ festzulegen) und ein geeignetes kartellrechtliches Instrumentarium mit Einschluss eines Sanktionensystems einzurichten. Die *doppelte Unbestimmtheit* des Kartellartikels hinsichtlich des *Ziels* sowie hinsichtlich der einsetzbaren *Mittel* bedeutet dabei nicht, dass die Ausgestaltung der Ausführungsgesetzgebung dem politischen Belieben des Kartellgesetzgebers anheimgestellt wäre. Doch die Verfassung belässt dem Gesetzgeber einen *beträchtlichen Wertungs- und Konkretisierungsspielraum*<sup>28</sup>. Der Kartellartikel steht einer Änderung der Kartellgesetzgebung nicht entgegen, solange diese Neuorientierung die weitgefassten verfassungsrechtlichen Zielvorgaben respektiert.

7. Im Übrigen ist nochmals zu unterstreichen, dass der Kartellartikel zwar unstreitig keine Grundlage für ein durchgängiges Verbot aller Kartelle und andere Wettbewerbseinschränkungen bietet, dass es indessen dem Gesetzgeber aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht verwehrt war, sich des *Handlungsinstruments des per se-Verbots* zu bedienen und bestimmte kartellistische Verhaltensweisen, deren Schädlichkeit anerkannt ist, jedenfalls im Sinne von Vermutungstatbeständen in genereller Weise zu untersagen<sup>29</sup>.

### III. Verfassungsgrundlagen und direkte Sanktionen

#### a. Direkte Sanktionen gemäss Vernehmlassungsvorschlag

1. Nach geltendem Wettbewerbsrecht werden im verwaltungsrechtlichen Verfahren Verwaltungssanktionen (6. Abschnitt) und Strafsanktionen (7. Abschnitt) unterschieden. Verwaltungssanktionen können gemäss Artikel 50 KG nur verhängt werden, wenn ein Unternehmen "zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanz" verstösst. Die Verletzung des Kartellgesetzes muss zuerst in einem rechtskräftigen Entscheid der Wettbewerbsbehörden festgestellt worden sein, bevor eine Sanktion ausgesprochen

<sup>28</sup> Zur Offenheit des Kartellartikels nachdrücklich GYGI, S. 159 f.

<sup>29</sup> Kritisch zur Verwendung des gebräuchlichen Gegensatzpaares "Missbrauchs-" und "Verbotsgesetzgebung" GYGI, S. 142 f., 151 ff.; RHINOW, Art. 31bis, Rz. 216. Vgl. auch z.B. LEO SCHÜRMAN/WALTER R. SCHLUEP, *Kartellgesetz - Preisüberwachungsgesetz* (Kommentar), Zürich 1988, S. 46 f.; LEO SCHÜRMAN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern 1994, S. 469; BBl 1981 II 1294, 1370 f.; BBl 1961 II 562; BBl 1937 II 889; ZÄCH, Rz. 107; BORER, Rz. 7 f. zu Art. 1 KG

werden kann. Damit ist eine Sanktion erst im Wiederholungsfall möglich; der erste Verstoss bleibt folgenlos. Dies gilt nicht für die Missachtung der Meldepflicht für meldepflichtige Zusammenschlussvorhaben (Art. 51, 55 KG) und die Missachtung des Vollzugsverbotes (Art. 32 Abs. 2 KG).

2. Der Vernehmlassungsentwurf (Art. 49a Vorentwurf (VE) KG) sieht nun vor, dass eine Sanktion bereits dann ausgesprochen werden kann, wenn ein Unternehmen "an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält". Damit sollen so genannte direkte Sanktionen eingeführt werden, wie sie etwa im Kartellrecht der Europäischen Union<sup>30</sup> vorgesehen und in der Praxis verhängt werden. Während aber das europäische Wettbewerbsrecht auf dem so genannten Verbotsprinzip beruht, gestattet die Bundesverfassung kein durchgängiges Verbot aller Kartelle. Es ist deshalb zu untersuchen, ob sich direkte Sanktionen auch auf schweizerisches Verfassungsrecht abstützen lassen.

Vorerst geht es bloss darum zu prüfen, ob direkte Sanktionen *als solche* vor der Verfassung standhalten. Später wird zu untersuchen sein, ob die konkret vorgeschlagene gesetzliche Sanktionenordnung verfassungskonform erscheint.

3. Es ist unbestritten, dass sich die geltende Regelung von Artikel 50 KG mit den indirekten Sanktionen im Rahmen der Bundesverfassung bewegt<sup>31</sup>. Nach JÜRGEN BORER kommt bei diesem Sanktionensystem "dem schweizerischen Kartellrecht als Vorgabe dienende Missbrauchsansatz deutlich zum Vorschein". Wie vorne einlässlich dargelegt wurde, lässt sich indessen aus der "Missbrauchsatur" des schweizerischen Wettbewerbsrechts wenig ableiten. Untersagt ist vor allem ein integrales Kartellverbot, und zu bekämpfen sind die schädlichen Auswirkungen von Kartellen. Insofern unterscheidet sich die schweizerische Verfassungsbasis von derjenigen des Gemeinschaftsrechts.

Wie ROGER ZÄCH - im Anschluss an WALTER SCHLUEP - allerdings mit Recht hervorhebt, können sich die Systeme "Verbot mit Ausnahmevorbehalt" und "Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt" in der Praxis annähern. Je nach konkreter Ausgestaltung und Praxis der Wettbewerbsbehörden können sie praktisch dieselbe Wirkung haben, so dass auch deswegen aus diesem Gegensatzpaar wenig Substantielles zu gewinnen wäre<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Art. 81 und 82 (ex-Art. 85 und 86) sowie Art. 83 (ex-Art. 87) des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) vom 25. März 1957 und Verordnung Nr. 17/62 des Rates vom 6. Februar 1962

<sup>31</sup> Vgl. insbesondere RHINOW/BIAGGINI, S. 93 ff.; BORER, N. 3 zu Art. 50

<sup>32</sup> ZÄCH, Rz. 107

## b. Artikel 96 BV

1. Die Bundesverfassung äussert sich nicht zu den vom Gesetzgeber einzurichtenden Instrumenten, mit welchen dem Verfassungsziel der Bekämpfung schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen Nachachtung verschafft werden kann. Wie oben ausgeführt worden ist, verfügt der demokratische Gesetzgeber diesbezüglich über einen breiten Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum.

Wenn per se-Verbote oder die in Artikel 7 KG geregelten unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen mit dem Kartellartikel der Bundesverfassung vereinbar sind, ist nicht ersichtlich, warum daran geknüpfte Sanktionenregelungen per se unzulässig sein sollen. Geht es bei diesen bloss darum, das materiellrechtlich verbotene Verhalten zu ahnden und sind sie auch *geeignet*, dieses Ziel zu erreichen, kann aus Artikel 96 BV kein Hinderungsgrund abgeleitet werden. Im Gegenteil lässt sich dem Kartellartikel das Gebot entnehmen, der Gesetzgeber habe dafür zu sorgen, dass schädliche Auswirkungen von Kartellen auch zielkonform und wirkungsvoll bekämpft werden.

Kommt der Gesetzgeber gestützt auf eine Analyse der faktischen Gegebenheiten, vor allem der (mangelnden) Wirksamkeit der heute im Kartellgesetz vorgesehenen und praktizierten Sanktionenordnung, zum Schluss, nur direkte Sanktionen vermöchten das Verfassungsziel zu erreichen, so hält er sich innerhalb der Grenzen von Artikel 96 BV.

2. In einzelnen *Vernehmlassungsantworten* ist eingewendet worden, direkte Sanktionen würden praktisch zu einem *Kartellverbot* führen. Dieser Einwand könnte aus verfassungsrechtlicher Sicht dann stichhaltig sein, wenn über die Sanktionsregelung auf offene oder verdeckte Weise das materielle Wettbewerbsrecht verschärft würde (und aus diesem Grund Artikel 96 BV tangiert sein könnte). Geht es aber nur darum, ein ohnehin gesetzlich verpöntes Verhalten auf wirksamere Weise zu ahnden, kann allein darin kein Verfassungsverstoss erblickt werden.

Die *Optimierung der Wirksamkeit* der an sich zulässigen, im Kartellgesetz verankerten Instrumente kann sogar geboten sein, wenn anders die verfassungsrechtlich vorgegebenen Ziele nicht erreicht werden können. Soweit ersichtlich ist bis anhin nicht bezweifelt worden, dass direkte Sanktionen ein für die Förderung des Wettbewerbs (Art. 1 KG) effektiveres Mittel darstellen als bloss indirekte.

3. Eine Passage in einem vom Gutachter zusammen mit GIOVANNI BIAGGINI publizierten Aufsatz (vgl. Anm. 1) steht dieser Auffassung nicht entgegen. In diesem Aufsatz wird explizit nur zur Frage der Verfassungsmässigkeit von Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 1 KG (positiv) Stellung genommen. Wörtlich heisst es:

"Ein im Gesetz selbst ausgesprochenes (d.h. generell-abstrakt strukturiertes) Verbot bildet ein geeignetes und wirksames gesetzgeberisches Mittel zur Verwirklichung des angestrebten Ziels und ist auch unter dem Titel der Erforderlichkeit nicht zu beanstanden. Abstrakt betrachtet mag zwar ein *ex ante*-Verbot schädlicher kartellistischer Praktiken einschneidender erscheinen als ein Verbot, das wie im [früheren] Kartellrecht erst im Anschluss an ein Untersuchungsverfahren für einen bestimmten Einzelfall ausgesprochen wird. Doch inhaltlich erfasst das Verbot schädlicher Praktiken so oder so, ob gesetzlich oder einzelfallweise ausgesprochen, stets dieselben, aus volkswirtschaftlicher beziehungsweise sozialer Optik als schädlich zu qualifizierenden Sachverhalte".

An diese klare Aussage schliesst sich ein Satz an, der - aus dem Zusammenhang gerissen! - missverständlich erscheinen könnte.

"Im Übrigen knüpfen die ... Sanktionen [gemäss Art. 50 ff. KG] - anders als im Wettbewerbsrecht der EG - von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen immer an konkrete Rechtsakte der Wettbewerbsbehörden an und nicht bereits an das gesetzliche Verbot; der Sanktion geht mit anderen Worten ... stets eine einzelfallbezogene Prüfung der Frage voraus, ob die fragliche kartellistische Verhaltensweise dem gesetzlichen Verbot unterliegt oder nicht".

Dieser Satz rundet die vorherige Aussage ab, darf aber nicht als "Umkehrschluss" verstanden werden, in dem Sinne, dass ein Wechsel zu direkten Sanktionen verfassungswidrig wäre. Auch der letzte Satz, dass es "unter diesen Umständen" dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein könne, das Instrument der generell-abstrakten Untersagung einzusetzen, stellt klar, dass nicht die Frage der Sanktionsregelung zu beurteilen war. Die materiellrechtliche Zulässigkeit von Instrumenten hängt nicht davon ab, wie die Sanktionen ausgestaltet sind.

#### IV. Verfassungskonformität der vorgeschlagenen Sanktionsregelung

##### a. Fragestellung

Die vorgeschlagenen direkten Sanktionen knüpfen an zwei Tatbestände an:

- die per se-Verbote als Vermutungstatbestände (Art. 5 Abs. 3 KG), und
- die missbräuchliche Wettbewerbsbehinderung oder Benachteiligung durch marktbeherrschende Unternehmen (Art. 7 KG).

Beide Tatbestände sind materiellrechtlich verfassungskonform, ebenso die Einführung direkter Sanktionen an sich, so dass sich die Frage

stellt, ob zusätzlich der konkrete Vorschlag einer Änderung der Sanktionsregelung für sich allein gegen Artikel 96 BV (oder Art. 27 BV) verstösst.

##### b. Direkte Sanktionen und Vermutungs- sowie Missbrauchstatbestände

1. Artikel 5 Absatz 3 KG enthält die widerlegbare Vermutung, wonach bestimmte Preis-, Mengen- und Gebietsabreden wirksamen Wettbewerb beseitigen, äussert sich aber nicht näher zu den Bedingungen einer Entkräftung der Vermutung. Materiell gesehen ist der Nachweis erforderlich, dass eine bestimmte Preis-, Mengen- oder Gebietsabrede nicht zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist nach geltendem Recht davon auszugehen, dass die Entkräftung der Vermutung im Rahmen eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens gemäss Artikel 26 ff. KG zu erfolgen hat, das im Wesentlichen nach den Bestimmungen des VwVG<sup>33</sup> durchzuführen ist (vgl. Art. 39 KG) und dass die Entkräftung der Vermutung durch förmliche Verfügung der Wettbewerbskommission ausgesprochen wird (Art. 18 Abs. 3 KG). Aufgrund der Untersuchungsmaxime, die das Verfahren beherrscht, und angesichts der gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten (Art. 44 KG) besteht Gewähr dafür, dass die Entscheidung über die Entkräftung der Vermutung nach objektiven Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Zielvorgaben getroffen wird. Die betroffenen privaten Wirtschaftssubjekte haben aufgrund der gesetzlichen Vermutung die "objektive Beweislast" zu tragen. In der Risikoverteilung des Gesetzes widerspiegelt sich die - den Rahmen der Verfassung respektierende - Akzentuierung (aber nicht Verabsolutierung) des Kriteriums Wettbewerb.

2. Unter rechtsstaatlichem wie grundrechtlichem Blickwinkel besteht zudem Anspruch darauf, dass eine Entscheidung betreffend die Entkräftung der Vermutung *innert einer zumutbaren Zeitdauer* ergeht; eine übermässige Verzögerung wäre mit dem Prinzip der Verhältnismässigkeit von Grundrechtsbeschränkungen nicht zu vereinbaren.

3. Wenn nun Sanktionen direkt an Entscheidungen der Wettbewerbskommission geknüpft werden, mit welchen die gesetzliche Vermutung bestätigt respektive die Unzulässigkeit der Abreden oder der Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens festgestellt werden, so verändert sich die Situation der betroffenen Marktteilnehmer insofern, als sie *vor dieser behördlichen Feststellung mit*

<sup>33</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren; SR 172.021

*Sanktionen rechnen müssen.* Insofern bringt der Vorschlag eine "Verschärfung", als keine Chance der "sanktionslosen" Korrekturmöglichkeit des wettbewerbswidrigen Verhaltens besteht. Die Wettbewerbsbehörde hat aber - wie unter dem geltenden Recht - die materiellrechtliche Lage sorgfältig nach den Regeln des VwVG abzuklären. Nur wenn diese Prüfung ergibt, dass die fraglichen Abreden in concreto unzulässig erscheinen, dürfen Sanktionen verhängt werden.

Am verfassungsrechtlichen "Auswirkungsprinzip" (resp. am sog. "Missbrauchsprinzip") ändert sich nichts. Artikel 96 BV gebietet nicht, unzulässiges Verhalten "in einer ersten Runde" zu tolerieren. Was materiellrechtlich verboten ist, darf auch, ja muss unter Umständen zur Erreichung des Verfassungsziels mit Sanktionen belegt werden.

### c. Normbestimmtheit im Kartellrecht

1. Auch wenn sich die vorgeschlagene Neuordnung der Sanktionen auf Artikel 96 (und 27) BV abstützen kann, stellt sich die Frage nach ihrem Verhältnis zum verfassungsrechtlichen *Legalitätsprinzip*. Gemäss Artikel 164 Absatz 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören auch die grundlegenden Bestimmungen über die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (Bst. b; vgl. auch Art. 36 BV) sowie über die Rechte und Pflichten von Personen (Bst. d). Insbesondere bei *Sanktionen* werden erhöhte Anforderungen an die gesetzliche Grundlage gestellt.

Zum Legalitätsprinzip gehört auch das Erfordernis der *genügenden Bestimmtheit* des Rechtssatzes, auf den sich Verfügungen stützen. Das Bestimmtheitsgebot steht vor allem im Dienste der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns<sup>34</sup>.

2. Es ist unbestritten, dass diese Anforderungen auch im *Wirtschaftsrecht* zu beachten sind. Trotzdem anerkennen Lehre und Rechtsprechung, dass hier weit gefasste Delegationsnormen und die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in recht grosszügiger Weise unumgänglich sind. Wichtige Weichenstellungen erfolgen vielfach erst auf der Stufe der Verordnung oder - wie hier - erst im Rahmen der behördlichen Rechtsanwendung. Eine solche Verlagerung der Entscheidungsmacht auf die Ebene der Gesetzesanwendung lässt sich gewöhnlich rechtfertigen, wenn die rasche Anpassung einer Regelung an sich wandelnde Verhältnisse erforderlich ist (Flexibilitätsbedürfnis, mangelnde Voraussehbarkeit), oder wenn es um komplexe Fragen vorwiegend "technischer" Natur geht und die Handlungsform des formellen Gesetzes (bzw. das Verfahren der Gesetzgebung) sich für die fragliche

Regelung als wenig geeignet erweist. *Schwerwiegende* Eingriffe in Grundrechtspositionen bedürfen indessen stets eines hinreichend bestimmten Anknüpfungspunktes im formellen Gesetz<sup>35</sup>.

3. Auch bei der *Rechtsetzung im Kartellbereich* ist es ausserordentlich schwierig, wenn nicht unmöglich, durchwegs dem Anspruch gerecht zu werden, klare und eindeutige Verhaltensnormen zu formulieren, die für die betroffenen Wirtschaftssubjekte Orientierungsgewissheit schaffen. Diese Schwierigkeiten sind nicht bloss gesetzgebungstechnischer Natur. Sie liegen zu einem guten Teil in den dargestellten verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wettbewerbspolitik begründet, die der Kartellgesetzgeber in aktualisierender Konkretisierung zu operablen Normen zu verdichten hat. Der unbestimmte und entwicklungs offene Schlüsselbegriff der "volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen" (Art. 96 Abs. 1 BV) verlangt eine situativ differenzierende Beurteilung kartellistischer Praktiken und sperrt sich daher gegen eine abschliessende Fixierung kartellrechtlicher Tatbestände auf Gesetzesstufe. Der Gesetzgeber darf und soll Unbestimmtheit reduzieren, aber er kann und darf sie von Verfassungs wegen nicht voll auf beseitigen. Unbestimmte Normen und Tatbestandsmerkmale sowie offen definierte Rechtfertigungsmöglichkeiten wie die Entkräftung der Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 oder ausnahmsweise Zulassung gemäss Artikel 8 KG sind erforderlich, um den notwendigen Raum für eine verfassungskonforme Handhabung der Gesetzgebung im Einzelfall zu schaffen.

Diese immanente Unbestimmtheit der Kartellgesetzgebung kann durch geeignete Vorkehrungen gemildert werden, so dass die Ungewissheit ein erträgliches Mass bewahrt. Das Kartellgesetz leistet in dieser Hinsicht Beachtliches, indem es den Bedeutungsgehalt generalklauselartiger Normen durch Beispielskataloge erhellt und indem es anderweitig deutliche Richtlinien zuhanden der gesetzeskonkretisierenden Organe gibt (gerade bei Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 KG), womit sich zugleich - aus Sicht der betroffenen Wirtschaftssubjekte - die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns entscheidend erhöht. Das Kartellgesetz richtet somit eine *förmliche Prozedur* ein, die dazu bestimmt ist, die Schädlichkeit kartellistischer Verhaltensweisen im konkreten Fall zu klären: Die Normunbestimmtheit wird in hinreichender Weise durch Verfahren kompensiert<sup>36</sup>.

### d. Normbestimmtheit und direkte Sanktionen

1. Während die materiellrechtliche Unbestimmtheit der gesetzlichen Ausgestaltung als verfassungskonform zu qualifizieren ist, stellt sich

<sup>35</sup> RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Rz. 60

<sup>36</sup> Vgl. dazu RHINOW/BIAGGINI, S. 32

<sup>34</sup> Vgl. etwa ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, Rz. 311 ff.; BGE 109 273, 283

die Frage, ob angesichts dieser hinzunehmenden Unbestimmtheit direkte Sanktionen vorgesehen werden dürfen. Zweifellos wird dem Gebot der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns besser entsprochen, wenn die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede oder von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmungen zuerst im Einzelfall festgestellt wird, bevor Sanktionen ergriffen werden können. Der Gutachter vertritt auch heute die Auffassung, dass die Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 KG oder an den Missbrauchstatbestand von Artikel 7 KG *ohne Möglichkeit einer vorgängigen Klärstellung der Rechtslage* in concreto verfassungsrechtlich *bedenklich* wäre. Dementsprechend hat er in dem zusammen mit GIOVANNI BIAGGINI verfassten Aufsatz auch festgehalten, ein blosser Verstoss gegen die gesetzlichen Kartelltatbestände bleibe verwaltungsrechtlich wie strafrechtlich sanktionslos. Unter diesen Umständen dürfe die Unbestimmtheit als erträglich und mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen grundsätzlich vereinbar qualifiziert werden<sup>37</sup>.

2. Der Vorentwurf zur Gesetzesrevision sieht in Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a VE KG vor, dass eine Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen entfällt, wenn "das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung freiwillig meldet, bevor diese Wirkung entfaltet". Diese Möglichkeit einer Vorabmeldung soll dazu dienen, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selber tragen müssen. Dasselbe gilt nach Buchstabe b, wenn der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 KG zugelassen hat.

Mit diesem Instrument hat es jede Unternehmung in der Hand, die materielle Rechtslage im Zweifelsfall abklären zu lassen und damit der Gefahr einer Sanktion zu entgehen. Dies bedeutet, dass sich bei den harten Kartellen nach Artikel 5 Absatz 3 KG, deren Unzulässigkeit vermutet wird, eine Meldung durch betroffene Unternehmen aufdrängen dürfte, wenn diese die gesetzliche Vermutung entkräften wollen. Ebenso werden sich marktbeherrschende Unternehmen verhalten, wenn sie keinen der in Artikel 7 KG fallenden Tatbestand erfüllenden, aber nicht sicher sind, ob ein anderes wettbewerbsbeeinträchtigendes Verhalten von der Wettbewerbskommission als "Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt" qualifiziert werden könnte.

3. Die Vorabmeldung stellt ein *notwendiges Korrektiv* der Unbestimmtheit des Normtextes dar. Die Verantwortung einer angemessenen Reaktion auf diese Meldung obliegt der Wettbewerbsbehörde. Reagiert diese nicht (oder nicht richtig), dürfen später keine Sanktionen ausgesprochen werden. Erachtet sie die Abrede respektive die

Verhaltensweise als unzulässig, so hat sie dies *mit Verfügung festzustellen*, so dass der Rechtsweg nach Artikel 44 KG eröffnet wird.

Hinter der Meldepflicht steckt demnach *mehr als eine blosser Anzeige*. Es geht im Grunde genommen darum, dass auf Antrag privater Unternehmen eine ("vorzeitige") Klärung der materiellen Rechtslage herbeigeführt wird. Private Unternehmen erhalten einen Anspruch auf Feststellung der "Unbedenklichkeit" einer Wettbewerbsbeschränkung. Teilt die Wettbewerbskommission diese Auffassung der Unternehmen nicht, steht dieser der Rechtsweg offen. Auf diese Weise kann es gelingen, die Normunbestimmtheit verfahrensrechtlich zu kompensieren.

4. Die Vorabmeldung dient primär der Beantwortung der Frage beziehungsweise der Beseitigung der Unsicherheit darüber, ob eine Abrede oder ein Verhalten gegen Artikel 5 Absatz 3 und/oder Artikel 7 KG verstösst und deshalb eine Fortsetzung der Abrede oder des Verhaltens mit einer Sanktion zu ahnden wäre. Von dieser Frage zu unterscheiden ist jene, welche Sanktion angeordnet werden soll, falls die Wettbewerbsbehörden in einem konkreten Fall einen Verstoss gegen Artikel 5 Absatz 3 und/oder Artikel 7 KG festgestellt haben, ohne dass eine Vorabmeldung erfolgt wäre. In Bezug auf die Bemessung des Betrages, mit welchem in einem solchen Fall ein beteiligtes Unternehmen belastet werden soll, führt der Wortlaut von Artikel 49a Absatz 1 VE KG als einziges Kriterium den mutmasslichen Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, an. Im vorgeschlagenen Wortlaut unerwähnt bleiben hingegen die Schwere und die Dauer des Verstosses. Die Nennung des mutmasslichen Gewinnes als alleiniges Bemessungskriterium erscheint aber als etwas zufällig, insbesondere weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch ein schwerer Verstoss lediglich zu einem geringen Gewinn führt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die rechtsanwendende Behörde bei der Bemessung einer Sanktion stets auch die Dauer und die Schwere des Verstosses und nicht nur den mutmasslichen Gewinn berücksichtigen würde. Der Normbestimmtheit dienlich wäre deshalb die ausdrückliche Nennung der Kriterien der Dauer und der Schwere des Verstosses im neuen Gesetz. Damit würde im Gesetzeswortlaut in transparenter Weise klargestellt, was gemäss dem erläuterndem Bericht ohnehin gelten soll.

5. Ein weiterer (möglicherweise rein redaktioneller) Hinweis drängt sich auf: Die Belastung soll nach dem VE nur entfallen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung "freiwillig" gemeldet wird. Da die (direkte) pekuniäre Sanktion keinen pönalen Zweck verfolgt, muss es genügen, wenn eine Beurteilung der materiellen Rechtslage erfolgt, bevor die Wettbewerbsbeschränkung Wirkungen entfaltet. Sollte der Fall eintreten (können), dass eine *Meldung durch Dritte* erfolgt oder die *Wettbewerbskommission* von sich aus *aktiv* wird, muss meines Erach-

<sup>37</sup> RHINOW/BIAGGINI, S. 33

tens die Sanktion ebenfalls entfallen, falls (noch) keine Wirkungen festzustellen sind.

Die Vorabmeldung stellt keinen "Bonus", keine "Belohnung" für Unternehmen dar; sie dient einzig und allein der Verringerung von Normunbestimmtheit und damit der Ausschaltung des Risikos einer falschen Beurteilung der Rechtslage durch Private.

#### e. Transparenz und Vertrauensschutz

1. Angesichts der unausweichlichen Normunbestimmtheit hat die Wettbewerbskommission *alles Zumutbare zu unternehmen*, um *Transparenz* über ihre Praxis herzustellen, damit sich die Marktteilnehmer daran ausrichten können. Dies erfolgt gemäss Artikel 48 und 49 KG durch die Veröffentlichung ihrer Entscheidungen und Urteile sowie durch eine allgemeine Orientierung der Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit.

2. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben respektive des *Vertrauensschutzes* (Art. 5, 9 BV) kann zudem abgeleitet werden, dass gegen ein Unternehmen, das gestützt auf eine publizierte Praxis der Wettbewerbskommission oder der Rekursbehörden von einer Meldung der Wettbewerbsbeschränkung abgesehen hat, keine Sanktion verhängt werden darf. Eine andere Auffassung würde dazu führen, dass *alle* Wettbewerbsbeschränkungen ausnahmslos gemeldet werden müssten, um der Unsicherheit einer möglichen Sanktion zu entgehen. Dies würde in letzter Konsequenz faktisch zu einem Bewilligungssystem für Wettbewerbsbeschränkungen führen, was von der Verfassung nicht mehr gedeckt wäre. Die Möglichkeit der Vorabmeldung soll dazu dienen, das *Risiko* einer Fehleinschätzung der Rechtslage angesichts der Normunbestimmtheit abzuwälzen. Dies setzt voraus, dass sich die Adressaten des Kartellgesetzes auf eine Praxis verlassen dürfen.

3. Gemäss Wortlaut von Artikel 49a Absatz 1 VE KG "wird" ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, mit einem Betrag belastet. Der Verwirklichung des Grundsatzes von Treu und Glauben respektive des Vertrauensschutzes förderlich und der Rechtssicherheit dienlich wäre es deshalb, die Sanktionsregel durch einen Ausnahmetatbestand zu ergänzen, der es der Wettbewerbskommission gestattet, in besonderen Fällen von einer Sanktion abzusehen. Eine solche Ausnahmeregelung könnte primär in Fällen einer Praxisänderung der Wettbewerbsbehörden beziehungsweise des Fehlens einer vorbestandenen Praxis und in Fällen von leichten Verstössen zur Anwendung gelangen. Ein solches auf besondere Ausnahmefälle beschränktes Opportunitätsprinzip würde den Wettbewerbsbehörden somit erlauben, in sorgfältiger Ausübung des ihnen eingeräumten Ermessens von einer Sanktion abzusehen, falls aufgrund der besonderen Umstände die Anordnung einer Sanktion nicht angemessen wäre.

#### f. Verfahrensrechtliche Anforderungen

1. Wenn auch die vorgeschlagene Regelung verfassungsmässig erscheint, so ergeben sich doch Anforderungen an die *Praxis* der Wettbewerbsbehörden. Da es nach dem Wortlaut von Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a VE KG zur "Sanktionslosigkeit" genügt, dass eine Meldung erfolgt ist, bevor eine Wettbewerbsbeschränkung Wirkung entfaltet, geht das mit dem Zeitablauf verbundene Risiko vom Eingang der Meldung an zulasten der Wettbewerbskommission. Wesentlich erscheint, dass Unternehmungen, die Meldung erstattet haben, in ihren künftigen Handlungen nicht beschränkt werden, soweit und solange die Wettbewerbskommission nicht reagieren sollte. Insofern ergibt sich ein Verfassungsgebot der beschleunigten Behandlung der Meldung (und damit der gehörigen Ausstattung der Wettbewerbsbehörden), um den materiellrechtlichen Schwebezustand so rasch als möglich zu beseitigen.

2. Auch in Bezug auf Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe b VE KG ist zu fordern, dass das Verfahren der Zulassung gemäss Artikel 8 KG innert nützlicher Frist erfolgt<sup>38</sup>. Dieses "Rechtfertigungsverfahren" dient dazu, kartellistische Praktiken zuzulassen, die zwar nach dem gesetzlichen Kriterienkatalog (d.h. "wettbewerblich" gesehen) als schädlich zu qualifizieren sind, die jedoch bei gesamtheitlicher Optik (d.h. "volkswirtschaftlich oder sozial" betrachtet) nicht zu beanstanden und mithin zu tolerieren sind. Das "Zulassungsverfahren" dient mit anderen Worten dem Zweck, den verfassungsrechtlich gesehen notwendigen Ausgleich zwischen Wettbewerbsinteressen und gesamtgesellschaftlichen Interessen herzustellen. Aus rechtsstaatlich-individualrechtlicher Sicht vermag ein länger andauernder Schwebezustand (Ungewissheit über die Zulassung gemäss Art. 8 KG) nicht zu befriedigen (Grundsatz der Rechtssicherheit und der Verhältnismässigkeit). Es muss daher sichergestellt werden, dass für die betroffenen Wirtschaftssubjekte die Dauer der Ungewissheit über den Ausgang des Zulassungsverfahrens zumutbar bleibt.

3. Vor diesem Hintergrund erscheint es als geboten, die Folgen der Meldung gesetzlich zu regeln, um die nach der Vorabmeldung eintretende materiellrechtliche Unsicherheit zu verringern. Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a VE KG hält in der gegenwärtigen Fassung einzig fest, dass die Belastung entfällt, falls das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung freiwillig meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Diese Bestimmung sollte um eine Regel ergänzt werden, welche in einer für die Normadressaten transparenten Weise festlegt, wie die

<sup>38</sup> Vgl. RHINOW/BIAGGINI, S. 140

Meldung durch die Wettbewerbskommission in der Folge zu behandeln ist. Da für Unternehmenszusammenschlüsse bereits ein gesetzliches Normengefüge und eine mehrjährige Praxis der Wettbewerbsbehörden bestehen, erscheint es als denkbar, eine Regelung in Anlehnung an Artikel 32 ff. KG vorzusehen. Gleichzeitig könnte im Rahmen einer solchen Normierung die wichtige übergangsrechtliche Frage geklärt werden, was in Bezug auf bereits bestehende Abreden und Verhaltensweisen zu gelten hat.

4. Das Verfahren selbst unterliegt gemäss Artikel 39 KG grundsätzlich den Bestimmungen des *Verwaltungsverfahrensgesetzes*. Soweit sinnvoll und zulässig können und sollen strafrechtliche Grundsätze im Bereich der Busseverhängung übernommen werden, obwohl es sich hier nicht um pönale Sanktionen handelt. Eine *Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsverfahren* drängt sich indessen aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht auf. Ebenso wenig erscheint es als notwendig, die Sanktionen erstinstanzlich durch eine richterliche Behörde aussprechen zu lassen. Die Wettbewerbskommission selbst ist bereits eine unabhängige (Verwaltungs-)Behörde (Art. 19 KG), und ihre Entscheidungen werden von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, einer (spezial-)richterlichen Instanz, voll (d.h. mit umfassender Kognition) überprüft. Wesentlich sind auch hier das Gebot einer beschleunigten Behandlung und der zulänglichen Ausstattung der Organe.

#### V. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

1. Die zentrale Aufgabe des Kartellgesetzgebers besteht darin, den unbestimmten verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff der "volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen" unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Kontexts zu konkretisieren (beziehungsweise ein organisatorisch-verfahrensmässiges Konzept zu dessen Konkretisierung normativ festzulegen) und ein geeignetes kartellrechtliches Instrumentarium mit Einschluss eines Sanktionensystems einzurichten. Die *doppelte Unbestimmtheit* des Kartellartikels hinsichtlich des *Ziels* sowie hinsichtlich der einsetzbaren *Mittel* bedeutet dabei nicht, dass die Ausgestaltung der Ausführungsgesetzgebung dem politischen Belieben des Kartellgesetzgebers anheimgestellt wäre. Doch die Verfassung belässt dem Gesetzgeber einen *beträchtlichen Wertungs- und Konkretisierungsspielraum*. Der Kartellartikel steht einer Änderung der Kartellgesetzgebung nicht entgegen, solange diese Neuorientierung die weit gefassten verfassungsrechtlichen Zielvorgaben respektiert.

2. Die in Artikel 5 Absatz 3 KG geregelten per se-Verbote im Sinne von Vermutungstatbeständen und die in Artikel 7 KG erfassten unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind mit dem Kartellartikel der Bundesverfassung vereinbar. Ein *Sanktionensystem*, das dazu bestimmt und geeignet ist, das materiellrechtlich

verbotene Verhalten zu ahnden, erscheint grundsätzlich verfassungskonform.

3. Die *Optimierung der Wirksamkeit* der an sich zulässigen, im Kartellgesetz verankerten Instrumente kann sogar geboten sein, wenn anders die verfassungsrechtlich vorgegebenen Ziele nicht erreicht werden können. Soweit ersichtlich ist bis anhin nicht bezweifelt worden, dass direkte Sanktionen ein für die Förderung des Wettbewerbs (Art. 1 KG) effektiveres Mittel darstellen als bloss indirekte.

4. Die in Artikel 49 VE KG vorgesehene Sanktionenregelung verstösst als solche nicht gegen die Bundesverfassung. Wesentlich erscheint die Möglichkeit der Vorabmeldung, welche die - unausweichliche - Normunbestimmtheit verfahrensrechtlich zu kompensieren vermag.

5. Die Wettbewerbskommission hat für grösstmögliche Transparenz ihrer Praxis zu sorgen. Die Unternehmen müssen sich auf eine *publizierte Praxis* der Wettbewerbsbehörde verlassen dürfen. Ein hierauf gestützter Verzicht auf eine Meldung darf nicht zu einer (direkten) Sanktion führen.

6. Damit die Wettbewerbskommission besonderen Fällen (z.B. leichter Verstoss, Praxisänderung der Wettbewerbsbehörden) Rechnung tragen kann, wird empfohlen, die Sanktionsregeln mit einem Ausnahmetatbestand zu ergänzen, der es gestattet, in besonderen Fällen von einer Sanktion abzusehen.

7. Die Wettbewerbskommission hat für ein *beschleunigtes Verfahren* zu sorgen, in welchem die materielle Rechtslage nach einer Meldung umgehend geklärt wird. Eine gehörige Ausstattung der Wettbewerbsbehörden muss sicherstellen, dass dieses Gebot erfüllt werden kann. Das "Risiko" einer ausbleibenden Reaktion auf eine Meldung liegt bei der Wettbewerbskommission.

8. Um die nach der Vorabmeldung eintretende materiellrechtliche Unsicherheit zu verringern, wird empfohlen, die *Folgen* der Meldung gesetzlich zu regeln. Eventuell kann eine Regelung in Anlehnung an Artikel 32 ff. KG bei Unternehmenszusammenschlüssen getroffen werden.

9. Bei der Bemessung der Sanktion nach Artikel 49a und Artikel 50 VE KG wird nur auf den mutmasslichen Gewinn als Bezugsgrösse verwiesen. Wir empfehlen, ebenfalls die Dauer und Schwere des Verstosses als zu berücksichtigende Kriterien ins Gesetz aufzunehmen.