



Sonderdruck aus:

Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform

Herausgegeben von
Roger Zäch und Peter Zweifel

Autoren:
Marino Baldi, Giovanni Biaggini, Silvio Borner,
Aymo Brunetti, René Rhinow, Markus Ruffner,
Rolf Weder, Roger Zäch und Peter Zweifel

Dike Verlag

Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision

von
René Rhinow/Giovanni Biaggini

Inhalt

- I. Vorbemerkungen
- II. Verfassungsrechtliche Richtpunkte der Kartellgesetzgebung
- III. Zur Verfassungsmässigkeit des vorgeschlagenen Konzepts
 - 1. Das innere System der Art. 5 ff. E (bzw. der Art. 19 ff. VE)
 - a) Verneinung der Schädlichkeit mangels Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung
 - b) Verneinung der Schädlichkeit infolge Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz
 - c) Verneinung der Schädlichkeit infolge überwiegender öffentlicher Interessen
 - d) Bejahung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit
 - 2. Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben
 - a) Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Zielvorgabe
 - b) Zur Verfassungsmässigkeit des vorgeschlagenen Instrumentariums
 - c) Zur Problematik der Unbestimmtheit der einzelnen verwaltungsrechtlichen Tatbestände
- IV. Schlussfolgerungen

Literaturverzeichnis

I. Vorbemerkungen

Im Rahmen seines Programms über die "markwirtschaftliche Erneuerung"¹ bekräftigte der Bundesrat anfangs 1993 das Vorhaben, die Kartellgesetzgebung zu revidieren. Am 3. September 1993 verabschiedete die mit den Gesetzgebungsvorarbeiten betraute Studienkommission den Vorentwurf für ein totalrevidiertes Kartellgesetz (im folgenden: Vorentwurf bzw. VE). Dieser Vorentwurf diente als Grundlage für ein Vernehmlassungsverfahren, das Ende März 1994 abgeschlossen wurde. Am 23. November 1994 verabschiedete der Bundesrat zuhanden der Eidgenössischen Räte Botschaft und Entwurf zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (im folgenden: Entwurf bzw. E).

Die Totalrevision des Kartellgesetzes wirft eine Reihe verfassungsrechtlicher Fragen auf. Im Zentrum steht die Frage, ob das wettbewerbsrechtliche Konzept, das dem Gesetzesabschnitt betreffend "unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen" (Art. 5 - 8 E bzw. Art. 19 - 23 VE) zugrundeliegt, mit Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV ("Kartellartikel") und mit Art. 31 BV (Handels- und Gewerbefreiheit) vereinbar ist. Die nachfolgenden Erwägungen konzentrieren sich auf diese Fragestellung². Andere verfassungsrechtliche Fragen - etwa zum Geltungsbereich, zur Einschränkung der freien wirtschaftlichen Betätigung durch privatrechtliche Vor-

1 Botschaft des Bundesrates vom 24.2.1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens (BBI 1993 II 805 ff.).

2 Der vorliegende Aufsatz beruht auf einem Gutachten, welches von den Autoren im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens dem EVD erstattet worden ist und speziell auf die vereinzelt geäußerte Kritik an der Verfassungskonformität des im Vorentwurf niedergelegten Konzepts einging. Die nachfolgenden Erwägungen nehmen nunmehr auch zur Frage der Verfassungskonformität des bundesrätlichen *Gesetzesentwurfs* vom 23. November 1994 Stellung.

schriften, zur Behördenorganisation und zum Kartellverfahren, betreffend die Sanktionen oder das Übergangsrecht - bleiben hier ausser Betracht³.

II. Verfassungsrechtliche Richtpunkte der Kartellgesetzgebung

1. Gemäss Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV ist der Bund befugt - und angesichts der heutigen wirtschaftlichen Gegebenheiten verpflichtet⁴ -, "Vorschriften zu erlassen (...) gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen"; die Kartellgesetzgebung darf "nötigenfalls" vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) abweichen.

Der Stellenwert dieses sog. Kartellartikels der Bundesverfassung ist umstritten. Die gegensätzlichen Positionen sind Abbild der unterschiedlichen Auffassungen über die Konzeption der schweizerischen Wirtschaftsverfassung⁵.

3 Beziehungsweise werden nur insoweit erörtert, als sie in engem Konnex mit dem Konzept der Art. 5 - 8 E bzw. Art. 19 - 23 VE stehen.

4 Gemäss dem Wortlaut des Ingresses zu Abs. 3 wird die Befugnis zum Erlass einer Kartellgesetzgebung nur aktuell, wenn "das Gesamtinteresse es rechtfertigt". Dieser Schranke der Kompetenzausübung kommt gegenwärtig keine praktische Bedeutung zu, denn das Gesamtinteresse rechtfertigt nicht nur, sondern *gebietet* nach heute herrschender Auffassung den Erlass einer Kartellgesetzgebung. - Zum Auftragscharakter des Kartellartikels vgl. RICHLI, 1983, 156; GYGI, 1986, 146. Vgl. auch Anm. 9.

5 Zu den unterschiedlichen Positionen vgl. RHINOW, Art. 31bis, Rz. 185 (m.H.); VALLENDER, 105 ff.; SCHLUEP, 1991, 74 ff.

- Wer in der (Wirtschafts-)Verfassung das System der staatsfreien Privatwirtschaft verankert sieht, wird im Kartellartikel und der daran anknüpfenden Wettbewerbspolitik einen systemfremden Einbruch in den Grundsatz der privatautONOMEN Wirtschaftsgestaltung erblicken.
- Wer im Grundrecht der Handels- und Gewerbefreiheit das System des freien Wettbewerbs gewährleistet sieht, wird die materielle Bedeutung des Kartellartikels als gering einstufen und ihn vorab als Kompetenzbestimmung deuten, der lediglich die bereits im Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit enthaltene Grundentscheidung für eine wettbewerbsgesteuerte Wirtschaft *flankierend* unterstützt.
- Nach der dritten Auffassung - wie sie namentlich auch vom Erstverfasser im "Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft" vertreten wird⁶ - legt der Kartellartikel in eigenständiger Weise das verfassungsrechtliche Fundament für eine auf das Gemeinwohl verpflichtete staatliche Wettbewerbspolitik. Wettbewerbspolitik bedeutet nach dieser Konzeption - ungeachtet der unbefriedigenden systematischen Einordnung des Kartellartikels in Art. 31bis Abs. 3 BV - keine Abweichung vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit; vielmehr dient sie der Verwirklichung des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere seiner objektiv-rechtlichen (konstitutiven, programmatischen) Komponente, die auf Etablierung einer grundsätzlich wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung gerichtet ist. Der Kartellartikel wiederholt dabei allerdings nicht bloss,

6 RHINOW, Art. 31bis, Rz. 189 ff.; vgl. auch die Kommentierung von Art. 31, Rz. 27 ff.

was sich bereits aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit ableiten liesse; er repräsentiert vielmehr gewisse eigenständige Wertungen des Verfassungsgebers: Indem der Kartellartikel 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.

2. Die praktische Bedeutung der Kontroverse um den Stellenwert des Kartellartikels darf nicht überschätzt werden. Im Zentrum jener Debatte steht 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 Art. 31bis Abs. 3 BV ist er so oder so ermächtigt, nötigenfalls von der Handels- und Gewerbefreiheit abzuweichen.

Entscheidend ist vielmehr, welche *konkreten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen* der Kartellgesetzgeber zu respektieren hat. Ausgangspunkt ist dabei - unabhängig von der dogmatischen Grundkonzeption - die Feststellung, dass (auch) der Aufbau marktmächtiger Positionen sowie der Abschluss von Vereinbarungen kartellistischen Inhalts den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit als Freiheit der

privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit genießt⁷. Staatliche Massnahmen, die sich gegen bestimmte Kartelle und kartellähnliche Praktiken richten, stellen eine Grundrechtseinschränkung dar und sind nur zulässig, wenn sie auf einer hinreichend bestimmten *gesetzlichen Grundlage* beruhen, im *überwiegenden öffentlichen Interesse* liegen und *verhältnismässig* sind⁸.

3. Zu prüfen ist demgemäss, ob sich die vorgeschlagene Regelung durch ein anerkanntes und überwiegendes öffentliches Interesse rechtfertigen lässt⁹, ob sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahrt und ob sie das Bestimmtheitsgebot respektiert. Bei dieser Prüfung, die hier notwendig "abstrakt" erfolgt, d.h. 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, wel-

7 Vertragsfreiheit als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit. Vgl. RHINOW, Art. 31, Rz. 84, sowie Art. 31bis, Rz. 187.

8 Zu den Anforderungen an eine Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit im allgemeinen vgl. RHINOW, Art. 31, Rz. 128 ff. Zu den Anforderungen aufgrund des in Art. 32 BV ausdrücklich verankerten Legalitätsprinzips (Erfordernis der Gesetzesform) vgl. RHINOW, Art. 32, Rz. 16 ff. (m.H.); SCHÜRMAN, 1958, 199.

9 Ist für eine wettbewerbspolitische Normierung ein überwiegendes öffentliches Interesse nachgewiesen, so ist auch das ausdrückliche verfassungsrechtliche Erfordernis der Rechtfertigung durch das Gesamtinteresse (Abs. 3, Ingress) erfüllt. Insoweit kommt diesem Erfordernis keine selbständige Bedeutung zu. Vgl. zur Tragweite dieses Erfordernisses RHINOW, Art. 31bis, Rz. 120 ff. Vgl. auch SCHÜRMAN, 1958, 189 f. (m.H.).

ches das Bundesgericht für die abstrakte Normenkontrolle entwickelt hat¹⁰, 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"¹¹.

4. Dem schweizerischen Kartellgesetzgeber ist es verwehrt, beliebige Zwecke zu verfolgen. Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV stellt dem Gesetzgeber - in Gestalt einer Zielnorm¹² - die Aufgabe, volkswirtschaftlich oder sozial *schädliche Auswirkungen* von Kartellen und ähnlichen Organisationen 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 Handels- und Gewerbefreiheit wettbewerbspolitische Interessen als *eingriffslegitimierende Interessen* anerkannt sind. Zum andern wird bereits auf höchster Normstufe verbindlich vorgezeichnet - wenn auch

10 Vgl. z.B. BGE 118 Ia 72.

11 BGE 118 Ia 433.

12 Vgl. zur Normstruktur des Kartellartikels RHINOW, Art. 31bis, Rz. 113, 208 ff.

in unbestimmten, konkretisierungsbedürftigen Begriffen -, wie der Ausgleich zwischen den privaten Grundrechtsinteressen (Vertragsfreiheit als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit) und dem öffentlichen Interesse an einem "funktionierenden" Wettbewerb herzustellen ist. Die Verfassung nennt als entscheidendes Kriterium die volkswirtschaftliche 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.

5. 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 Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV ergeben.

- a) Wichtige erste Anhaltspunkte vermittelt der *Wortlaut*¹³ von Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV:

¹³ Vgl. vorne Ziff. 1. Zum folgenden RHINOW, Art. 31bis, Rz. 208 ff.

- Der Gesetzgeber ist nicht auf die Bekämpfung der Auswirkungen eigentlicher Kartelle beschränkt; auch vergleichbare Gebilde ("ähnliche Organisationen") sind ins Visier zu nehmen.
- Nicht Kartelle und ähnliche Organisationen an sich, sondern deren schädliche *Auswirkungen* sind vom Gesetzgeber zu bekämpfen.
- Zu bekämpfen ist, was sich *objektiv gesehen schädlich* auf Volkswirtschaft und Gesellschaft auswirkt¹⁴, unabhängig vom - lauterer oder verwerflicher - Motiv, das dem kartellistischen Handeln zugrundeliegt.
- 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, Vorkehrungen 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 zahlreichen anderen ver-

¹⁴ Zur objektiven Ausrichtung von Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV vgl. auch z.B. SCHÜR-MANN, 1958, 198.

fassungsrechtlichen Aufgabennormen (vgl. z.B. Art. 31 quinques BV, Art. 31 septies BV). Der Kartellartikel begnügt sich vielmehr damit, ein - relativ unbestimmt gefasstes - Ziel vorzugeben, das mit Hilfe der zu erlassenden Ausführungsgesetzgebung zu erreichen ist¹⁵.

- b) Der Blick auf die *Entstehungsgeschichte* des Kartellartikels¹⁶ bestätigt diese am Verfassungswortlaut orientierte Betrachtung. Aus den Materialien, deren Erkenntniswert im Rahmen der Verfassungsinterpretation freilich begrenzt ist, ergibt sich zunächst klar, dass der 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 Rechtsform¹⁷. Nicht minder klar geht aus der Entstehungsgeschichte des Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV 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

15 Zum Zielnormcharakter des Kartellartikels vgl. RHINOW, Art. 31bis, Rz. 113, 208 ff.

16 Vgl. dazu eingehend SCHÜRMAN, 1958, 181 ff.

17 Sten.Bull.SR 1939, 385 (Kommissionsberichterstatter); vgl. auch NR 1938, 375; SR 1945, 237. Siehe auch SCHÜRMAN, 1958, 193 ff.; DERS., 1963, 79.

Auswüchsen im Kartellwesen¹⁸ bezwecke beziehungsweise die Bekämpfung des Missbrauchs der Handels- und Gewerbefreiheit¹⁹.

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 ist²⁰. Die "subjektiv eingefärbte" Begrifflichkeit wurde vielmehr einzig dazu eingesetzt, um zu unterstreichen, dass es dem Kartellgesetzgeber verwehrt sei, das Kartellwesen *als solches* zu unterdrücken²¹: Mit der zum Beschluss erhobenen Fassung des Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV sollte ein *generelles, ausnahmsloses* gesetzliches Verbot von Kartellen und gleichgestellten Verhaltensweisen ausgeschlossen werden. Weder der Wortlaut des Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV noch die publizierten Materialien enthalten hingegen Hinweise darauf, dass die am Prozess der Verfassungsgebung Beteiligten dem Kartellgesetzgeber bestimmte Mittel vorschreiben oder von vorneherein 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

18 Vgl. z.B. Sten.Bull.NR 1938, 354, 375; SR 1939, 31; NR 1945, 518; SR 1945, 237.

19 Vgl. z.B. Sten.Bull.NR 1945, 518.

20 Vgl. Sten.Bull.NR 1938, 375 (wo die Begriffe "Missbräuche" und "Auswüchse" als Synonyme für "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" Verwendung finden).

21 Vgl. Sten.Bull.SR 1939, 31.

ausgestaltet und eingesetzt²². Mit anderen Worten ergibt sich aus der Bundesverfassung kein *per se*-Verbot für kartellrechtliche *per se*-Tatbestände.

Den Materialien sowie der älteren Literatur zu Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV sind sodann gewisse Hinweise darauf zu entnehmen, welche kartellistischen Praktiken zur Zeit der Beratung und Verabschiedung des Kartellartikels als *volkswirtschaftlich* oder *sozial* schädlich angesehen wurden²³. Diese Äusserungen anlässlich der Ausarbeitung des Kartellartikels dienten 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

22 Vgl. GYGI, 1986, 157, 160 (der ausdrücklich die Zulässigkeit gesetzlicher Vermutungen bzw. "bedingter Verbote" bejaht); RICHLI, 1983, 150; SCHÜRMAN, 1994, 469; DERS. 1958, 199 (wenn auch nur als "äusserste Massnahme der Kartellpolitik"); RHINOW, Art. 31bis, Rz. 219 f. - *Prinzipiell zulässig* sind im Rahmen des geltenden Verfassungsrechts auch die Instrumente der *Fusionskontrolle* und des *Fusionsverbots* (vgl. HUBERT BÜHLMANN, Die Tragweite des Kartellartikels der Bundesverfassung im Hinblick auf eine Konzentrationskontrolle, Diss. St. Gallen 1979). Schranken für den Einsatz dieser Instrumente ergeben sich auch hier aus der Zielvorgabe des *Kartellartikels* (Bekämpfung *nur* der volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen des kartellähnlichen Tatbestandes der Fusion) sowie aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit grundrechtseinschränkender Massnahmen (vgl. dazu - sinngemäss - die Ausführungen unter Ziff. III.). Inwieweit die Regelungsvorschläge betreffend Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9 ff. E bzw. Art. 39 ff. VE) diese Randbedingungen respektieren, ist hier nicht im einzelnen zu erörtern.

23 Vgl. die Hinweise bei SCHÜRMAN, 1958, 196 f.

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.

- c) 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 mitzubedenken²⁴. Demnach ist die Frage, ob sich eine bestimmte kartellistische Verhaltensweise volkswirtschaftlich oder sozial schädlich auswirkt, 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

24 Vgl. insbesondere die in den grundlegenden Zielbestimmungen der Verfassung (Art. 2 und 31 bis Abs. 1 BV) verankerten Interessen, ferner etwa - aus dem engeren Bereich der Wirtschaftsartikel - das Interesse an der Sicherung der Landesversorgung (Art. 31 bis Abs. 3 Bst. e. BV), die in Art. 31 bis Abs. 3 Bst. a - c BV repräsentierten struktur- und regionalpolitischen Interessen, das Interesse an der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit (Art. 31 quinquies und Art. 34 novies BV), der Schutz der Konsumenten (Art. 31 sexies BV), das Interesse am Schutz der Umwelt (Art. 24 septies BV) usw. Ins Gewicht fällt auch die grundsätzlich positive verfassungsrechtliche Bewertung der "gemeinsamen Selbsthilfe" (vgl. Art. 31bis Abs. 4 sowie Abs. 5 BV; dazu RHINOW, Art. 31bis, Rz. 136 ff.). Zum "Gemeinwohl als Bezugsgrösse" der Wettbewerbspolitik vgl. SCHÜRMAN, 1977, 531 ff.

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 Handels- und Gewerbefreiheit 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 funktionierenden Wettbewerb. Es mag zutreffen, dass im Zeitpunkt der Beratung und Verabschiedung des Kartellartikels die individuellen Freiheitsinteressen im Zentrum und das ordnungspolitische Moment der Handels- und Gewerbefreiheit im Hintergrund standen²⁵. Nach heute überwiegender Lehre und Praxis enthält Art. 31 BV neben der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit zugleich die Verfassungsentscheidung zugunsten einer grundsätzlich *wettbewerbsorientierten* Wirtschaftsordnung (wobei erfahrungsgemäss das Grundrecht allein eine solche Ordnung nicht zu gewährleisten vermag). Dieses aktuelle Verständnis der Handels- und Gewerbefreiheit 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

25 So die Deutung bei SCHÜRMAN, 1958, 185 f.

der Regel günstige (erwünschte) ökonomische und soziale Ergebnisse zeitigt sowie die individuelle freie Entfaltung ermöglicht²⁶.

Die zentrale Aufgabe des Kartellgesetzgebers besteht darin, den unbestimmten verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff der "volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen" unter Berücksichtigung dieses verfassungsrechtlichen Kontexts zu konkretisieren (beziehungsweise ein organisatorisch-verfahrensmässiges Konzept zu dessen Konkretisierung normativ festzulegen) und ein geeignetes kartellrechtliches Instrumentarium 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*²⁷. Der Gesetzgeber wird durch den Kartellartikel nicht auf ein bestimmtes wettbewerbs-theoretisches Konzept verpflichtet. Es besteht auch keine Verpflichtung, ein einmal gewähltes Konzept - etwa die sog. Saldo-methode, wie sie in Art. 29 des geltenden Kartellgesetzes normiert ist - fortzuführen beziehungsweise bei einer Neufassung der Kartellgesetzgebung an ein früher gewähltes Konzept anzuknüpfen. Der Kartellartikel steht einer *Neuorientierung* der Kartellgesetzgebung nicht entgegen, solange diese Neuorientierung die

26 Vgl. RHINOW, Art. 31bis, Rz. 187 sowie Rz. 185 (Anm. 361); RICHLI, 1983, 131; sowie den Positionsbezug des Bundesrates im Rahmen der Botschaft (vom 13. Mai 1981) zum geltenden Kartellgesetz, BBl 1981 II 1372 f.; vgl. auch GYGI, 1981, 43 ff., 116 ff. - Gegen eine Vorrangstellung des Wettbewerbs VALLENDER, 106 f.; SCHÜRMAN, 1983, 15 ff.; HOMBERGER, Einleitung, Rz. 10 ff.

27 Zur Offenheit des Kartellartikels nachdrücklich GYGI, 1986, 159 f.

weitgefassten verfassungsrechtlichen Zielvorgaben respektiert. Beim Übergang vom bestehenden zu einem neu ausgerichteten kartellrechtlichen Regime ist jedoch durch geeignete Vorkehrungen sicherzustellen, dass den von der Rechtsänderung betroffenen Wirtschaftssubjekten hinreichend Zeit zur Verfügung steht, sich auf die neuen gesetzlichen Gegebenheiten einzurichten (Wahl des Zeitpunkts für die Inkraftsetzung, Übergangsrecht).

Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Kartellgesetzgebung ist sodann in Rechnung zu stellen, dass es nach heutigem Erkenntnisstand nicht möglich ist, die *langfristigen* volkswirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen der einzelnen in Betracht fallenden kartellrechtlichen Instrumente verlässlich abzuschätzen. Die Beurteilung der Zielkonformität eines bestimmten Mittels ist stets mit gewissen Unsicherheiten behaftet. Dem (Kartell-) Gesetzgeber ist in dieser Hinsicht ein gewisser *Prognosespielraum* zuzubilligen. Die *bloße Möglichkeit*, dass sich ein bestimmtes kartellrechtliches Instrument in der vom Gesetzgeber gewählten Ausgestaltung in der künftigen Rechtsanwendung nicht zielkonform auswirkt, ist für sich genommen noch *kein* hinreichender Grund, die Verfassungsmässigkeit des fraglichen Mittels zu verneinen. Allerdings trifft den Gesetzgeber eine "Nachbesserungspflicht", falls sich die gesetzgeberische Prognose als unzutreffend erweisen sollte.

Im übrigen ist nochmals zu unterstreichen, dass der Kartellartikel zwar unstrittig keine Grundlage für ein durchgängiges Verbot aller Kartelle und ähnlichen Organisationen bietet, dass es indes dem Gesetzgeber aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht verwehrt ist, sich des *Handlungsinstruments des Verbots* zu bedienen und bestimmte kartellistische Verhaltensweisen, deren Schädlich-

keit anerkannt ist, in genereller Weise zu untersagen²⁸. Es ist daher missverständlich, wenn nicht irreführend, den Handlungsspielraum des Kartellgesetzgebers mit der schlagwortartigen Formel vom "Verbot der Verbotsgesetzgebung" zu kennzeichnen²⁹.

III. Zur Verfassungsmässigkeit des vorgeschlagenen Konzepts

1. Das innere System der Art. 5 ff. E (bzw. der Art. 19 ff. VE)

Die Art. 5 - 8 des Entwurfs enthalten - ähnlich wie bereits die Art. 19 - 23 des Vorentwurfs - das Kernstück des künftigen *materiellen* Kartell(verwaltungs)rechts. Diese Bestimmungen dienen der Konkretisierung des von der Verfassung nicht näher ausgeführten Schädlichkeitsbegriffs. In den Art. 5 - 7 E wird festgelegt, unter welchen Voraussetzungen eine Wettbewerbsabrede³⁰ oder das Verhalten eines marktbeherrschenden Unter-

28 Vorzubehalten ist die Rechtfertigung kartellistischer Praktiken durch übergeordnete öffentliche Interessen; im Falle einer Rechtfertigung ist - in der Terminologie des Kartellartikels - die volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit zu verneinen.

29 Kritisch zur Verwendung des gebräuchlichen Gegensatzpaares "Missbrauchs-" und "Verbotsgesetzgebung" GYGI, 1986, 142 f., 151 ff.; RHINOW, Art. 31bis, Rz. 216. Vgl. auch z.B. SCHÜRMAN/SCHLUEP, 46 f.; SCHÜRMAN, 1994, 469; BBI 1981 II 1294, 1370 f.; BBI 1961 II 562; BBI 1937 II 889.

30 Im Unterschied zum geltenden Recht und zum Vorentwurf stellt der Entwurf den Begriff der *Wettbewerbsabrede* (vgl. die Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 E) und nicht (mehr) den Begriff des Kartells in den Vordergrund (vgl. immerhin Art. 1 E sowie Art. 2 Abs. 1 E). Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV steht einer derartigen begrifflichen Neuorientierung nicht entgegen. Die verfassungsrechtliche Formel "Kartelle und ähnliche Organisationen" will, ungeachtet der Rechtsform, "alle wirtschaftlichen

nehmens als unzulässig zu qualifizieren ist³¹. Art. 8 E umschreibt die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Zulassung von an sich unzulässigen kartellistischen Praktiken. Dabei gelangt - vereinfacht ausgedrückt - ein vierstufiges Konzept zur Anwendung, das im wesentlichen auf drei Unterscheidungen beruht:

- erstens auf der Unterscheidung zwischen Wettbewerbsbeschränkungen, deren Auswirkungen eine gewisse *Erheblichkeitsschwelle* nicht übersteigen, und den übrigen Wettbewerbsbeschränkungen;

Zusammenschlüsse und alle Machtstellungen in der Wirtschaft" erfassen. Angesichts der Entstehungsgeschichte des Kartellartikels liegt es auf der Hand, die Wendung "Kartelle und ähnliche Organisationen" als begriffliche Einheit zu lesen, die alle in Betracht fallenden Sachverhalte erfassen will. Eine kategorische begriffliche Unterscheidung zwischen Kartellen einerseits und ähnlichen Organisationen andererseits wurde nicht angestrebt; das System der gesetzlichen Legaldefinitionen wird mit anderen Worten verfassungsrechtlich nicht präjudiziert. - Entsprechendes gilt auch für den Vorentwurf. Hier wurde ein weiter Kartellbegriff verwendet, der auch Sachverhalte erfasst (vgl. Art. 3 Abs. 1 VE), die nach geltendem Recht den Kartellen lediglich gleichgestellt sind (z.B. Empfehlungen, vgl. Art. 2 Abs. 2 KG) oder zu den kartellähnlichen Organisationen gerechnet werden (z.B. abgestimmtes Verhalten, vgl. Art. 4 Abs. 1 KG). Ein verfassungsrechtlicher Kartellbegriff, der in trennscharfem Gegensatz zu einem festgefügteten Begriff der "ähnlichen Organisationen" stünde, ist indessen nicht nachweisbar. Es ist daher durchaus zulässig, den gesetzlichen Kartellbegriff mit Sachverhalten anzureichern, die nach traditionellem Begriffsverständnis "nur" als kartellähnlich gelten (vgl. Art. 3 Abs. 1 VE). - Von dieser Frage der Gesetzestechnik ("innere" Systematik der Legaldefinitionen) zu trennen ist die verfassungsrechtlich präjudizierte (und hier nicht näher zu erörternde) Frage, welche Sachverhalte von der Kartellgesetzgebung überhaupt erfasst werden dürfen.

- 31 Der Vorentwurf gelangt mit einem (entbehrlichen) Zwischenschritt an diesen Punkt: Anknüpfend an den Wortlaut des Kartellartikels werden bestimmte Praktiken als (volkswirtschaftlich oder sozial) *schädlich* qualifiziert (Art. 20 - 22 VE); in einer einleitenden Bestimmung (Art. 19 VE) werden Praktiken, die sich schädlich auswirken, für unzulässig erklärt.

- zweitens auf der Unterscheidung zwischen Wettbewerbsabreden, die zur *Beseitigung wirksamen Wettbewerbs* führen, einerseits und den übrigen (gesetzlich erfassten) Wettbewerbsbeschränkungen andererseits;
 - drittens auf der von der Verfassung vorgegebenen Unterscheidung zwischen volkswirtschaftlich oder sozial *schädlichen Auswirkungen* von Wettbewerbsbeschränkungen zum einen und unschädlichen Auswirkungen zum andern.
- a) *Verneinung der Schädlichkeit mangels Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung*

Unter die Art. 5 ff. E fallen einzig Wettbewerbsbeeinträchtigungen, deren Auswirkungen eine gewisse *Erheblichkeitsschwelle* erreichen³². Nicht erfasst werden Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen, die sich unterhalb der relevanten Erheblichkeitsschwelle bewegen. Dies gilt:

- für Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb nicht in erheblicher Weise beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 E; vgl. 20 VE³³);

32 Dem Gesetzesabschnitt über die Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9 ff. E bzw. Art. 39 ff. VE) liegt eine andere Logik zugrunde. Die Erheblichkeitsschwelle dient dort der näheren Festlegung der *Genehmigungspflicht*; die Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen (grundsätzlich nicht genehmigungsfähigen) Unternehmenszusammenschlüssen erfolgt gestützt auf das Kriterium der Marktbeherrschung beziehungsweise gestützt auf eine spezifische Güterabwägung (Art. 10 f. E bzw. Art. 40 VE).

33 Der Vorentwurf enthält eine Bagatellklausel für Kartelle und gleichgestellte Abreden, die zwar (vermutungsweise) wirksamen Wettbewerb beseitigen, deren Auswirkungen aber offensichtlich unerheblich sind (Art. 21 VE).

- für marktstarke Unternehmen, die nicht "marktbeherrschend" im Sinne des Art. 4 Abs. 2 E sind³⁴; und
- für marktbeherrschende Unternehmen, die sich keiner "unzulässigen Verhaltensweisen" im Sinne von Art. 7 E bedienen³⁵.

Entsprechende Abreden und Verhaltensweisen gelten als *zulässig*, ohne dass eine *besondere Rechtfertigung* erforderlich wäre. Zur jeweils relevanten Erheblichkeitsschwelle äussert sich der Gesetzesentwurf nur in unbestimmten Rechtsbegriffen. Es bleibt mithin im wesentlichen der Praxis der zuständigen Behörden überlassen, die Grenzlinie zwischen erfassten und nicht erfassten Sachverhalten zu ziehen.

Wettbewerbsbehinderungen, deren Auswirkungen die jeweils massgebliche Erheblichkeitsschwelle übersteigen, tragen nach der Konzeption des Gesetzesentwurfs den Keim der "Schädlichkeit" in sich: Wie schon der Vorentwurf geht auch der Entwurf von der Grundannahme aus, dass die Auswirkungen derartiger Wettbewerbsbehinderungen *schädlich* und daher *unzulässig* sind (Art. 5 Abs. 1 E, Art. 7 E³⁶); der Entwurf eröffnet jedoch - ähnlich dem Vorentwurf - eine zweifache Möglichkeit der Rechtfertigung.

34 Analog bereits Art. 3 Abs. 3 VE ("marktmächtig" statt "marktbeherrschend").

35 Analog bereits Art. 22 VE ("missbräuchlich" statt "unzulässig").

36 Analog bereits Art. 20 Abs. 1, 1. Satzhälfte VE, Art. 22 Abs. 1 VE sowie - implizit - Art. 20 Abs. 3 VE, jeweils in Verbindung mit Art. 19 VE.

b) *Verneinung der Schädlichkeit infolge Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz*

Die Schädlichkeit einer Wettbewerbsabrede wird verneint, wenn und soweit diese sich durch *Gründe der wirtschaftlichen Effizienz* rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 2 E; vgl. Art. 20 Abs. 2, 2. Satzhälfte VE). Diese erste Rechtfertigungsmöglichkeit besteht nicht bei allen Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Für Abreden, welche *wirksamen Wettbewerb beseitigen*, ist sie nicht gegeben (Art. 5 Abs. 1 E; vgl. Art. 20 Abs. 3 VE)³⁷. Es sind daher - wie im Vorentwurf - zwei Kategorien von Wettbewerbsabreden zu unterscheiden. Der Gesetzesentwurf äussert sich nicht abschliessend dazu, wie die Grenzlinie zwischen diesen beiden Kategorien zu ziehen ist. Immerhin gibt der Entwurf den rechtsanwendenden Behörden gewisse Anhaltspunkte für die praktische Handhabung des gesetzlichen Schlüsselbegriffs der "Beseitigung wirksamen Wettbewerbs". Bei bestimmten Abreden, nämlich bei Preis-, Quoten- und Gebietskartellen gemäss den Bst. a. - c., wird *vermutet*, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt ist (Art. 5 Abs. 3 E; vgl. Art. 21 VE)³⁸.

Diese gesetzliche Vermutung ist widerlegbar. Wird sie widerlegt, so ist die Zulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1, erster Satzteil, sowie nach Art. 5 Abs. 2 E zu beurteilen (vgl. auch Art. 20 Abs. 1 und 2 VE). Zu den Anforderungen an eine Widerlegung äussert

37 Der Wortlaut des Entwurfs sieht die Rechtfertigungsmöglichkeit nur bei Wettbewerbsabreden vor, nicht aber bei Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 E; vgl. Art. 22 VE).

38 Den genannten Wettbewerbsabreden werden in Art. 21 Abs. 2 VE Kartelle zur Durchsetzung gewisser Vertikalabreden gleichgestellt. - Die Vermutung des Vorentwurfs greift dann nicht Platz, wenn die Auswirkungen eines erfassten Kartells offensichtlich unerheblich sind.

sich der Gesetzesentwurf nicht. Die Organe der Rechtsanwendung sind im übrigen nicht gehindert, auch kartellistische Praktiken, die im Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 E nicht ausdrücklich erwähnt sind³⁹, als wettbewerbsbeseitigend zu qualifizieren.

c) Verneinung der Schädlichkeit infolge überwiegender öffentlicher Interessen

Für Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, die gemäss den Kriterien der Art. 5 - 7 E als unzulässig zu qualifizieren sind, besteht eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit. Sie können "vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie ausnahmsweise notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen" (Art. 8 E; ähnlich Art. 23 VE⁴⁰). Der Entwurf enthält - wie der Vorentwurf - keine näheren Anhaltspunkte zur Konkretisierung des unbestimmten Begriffs der "überwiegenden öffentlichen Interessen".

39 Im Vorentwurf werden diese Kartellpraktiken hinsichtlich der Meldepflicht anders behandelt als die (den Vermutungen des Art. 21 Abs. 1 und 2 VE unterliegenden) "harten" Kartelle.

40 Nach Art. 23 VE kann der Wettbewerbsrat kartellistische Praktiken (Kartelle, Vertikalabreden, Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen), die gemäss Art. 20 - 22 VE unzulässig sind, "ausnahmsweise zulassen, wenn sie unerlässlich sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen".

d) Bejahung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit

Als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich gelten somit:

- Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und weder nach Art. 5 Abs. 2 E (Gründe der wirtschaftlichen Effizienz; vgl. Art. 20 VE) noch nach Art. 8 E (überwiegende öffentliche Interessen; vgl. Art. 23 VE) gerechtfertigt sind,
- Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen und nicht nach Art. 8 E (überwiegende öffentliche Interessen; vgl. Art. 23 VE) gerechtfertigt sind, sowie
- missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die nicht nach Art. 8 E (überwiegende öffentliche Interessen; vgl. Art. 23 VE) gerechtfertigt sind.

In verfahrensmässiger Hinsicht obliegen die zu treffenden förmlichen Entscheidungen im wesentlichen der Wettbewerbskommission (Art. 30 E). Diese stützt sich auf Untersuchungen, die ihr Sekretariat durchführt (Art. 27 ff. E). Das Verfahren richtet sich, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Art. 39 E). Zu den Aufgaben des Sekretariates zählt namentlich auch die Suche nach einvernehmlichen Regelungen betreffend die Beseitigung unzulässiger kartellistischer Verhaltensweisen (Art. 29 VE).

Gegen Entscheidungen der Wettbewerbskommission kann bei der neu zu schaffenden Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden (Art. 44 E). Deren Entscheidungen unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 98 Bst. e. OG). Die

Zulassung gemäss Art. 8 E fällt in die Zuständigkeit des Bundesrates. Gegen dessen Entscheidungen besteht kein Rechtsmittel⁴¹.

2. Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben

Aus der Optik des Kartellartikels betrachtet erfüllen die Art. 5 - 8 E eine doppelte Funktion: Zum einen dienen sie der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Zielvorgabe (a.); rechtmethodisch gesehen geht es beim Erlass der Kartellgesetzgebung um die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen privaten Freiheitsinteressen einerseits und Wettbewerbsinteressen andererseits. Zum zweiten werden in diesen Bestimmungen die zentralen Elemente des kartellrechtlichen Instrumentariums verankert (b).

Vor dem eben dargelegten verfassungsrechtlichen Hintergrund ist die Frage der Verfassungsmässigkeit des vierstufigen Konzepts, das dem Gesetzesentwurf zugrundeliegt, wie folgt zu beurteilen:

41 Im Vorentwurf obliegt die förmliche Entscheidung über die zu treffenden Massnahmen dem *Wettbewerbsrat* (Art. 38 VE). Dieser stützt sich auf die im wesentlichen gemäss Bundesgesetz über das *Verwaltungsverfahren (VwVG)* vorzunehmende (Art. 34 VE) Untersuchung des zuständigen Bundesamtes. Entscheidungen des Wettbewerbsrates unterliegen im allgemeinen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 50 Abs. 1 VE). Die Zulassung gemäss Art. 23 VE erfordert im Wettbewerbsrat eine qualifizierte Mehrheit (Mehrheit aller stimmberechtigten Mitglieder, Art. 38 Abs. 2 VE). Die auf Art. 23 VE gestützten Verfügungen des Wettbewerbsrates unterliegen der Beschwerde an den Bundesrat (Art. 50 Abs. 2 VE).

a) Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Zielvorgabe

- aa) Der Gesetzesabschnitt über die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen konkretisiert den verfassungsrechtlichen Schädlichkeitsbegriff. Die Schädlichkeitsbeurteilung erfolgt nach dem Konkretisierungskonzept des Gesetzesentwurfs (wie auch bereits des Vorentwurfs) zunächst aus der Optik des Schutzgutes "Wettbewerb": Was aus "wettbewerblicher" Sicht als schädlich zu taxieren ist⁴², gilt als *volkswirtschaftlich* beziehungsweise *sozial* schädlich. "Wettbewerbliche" Schädlichkeit indiziert mit anderen Worten volkswirtschaftliche beziehungsweise soziale Schädlichkeit. Die Gleichsetzung von "wettbewerblicher" Schädlichkeit und am Massstab des Gemeinwohls gemessener Schädlichkeit (im Sinne des Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV) ist indessen nicht absolut: Bei Praktiken, die zwar aus Wettbewerbssicht verpönt sind, die sich indessen durch überwiegende öffentliche Interessen rechtfertigen lassen (Art. 8 E), wird im Ergebnis die Schädlichkeit verneint.

Indem das Konkretisierungskonzept (und damit: der verfassungsrechtliche Schädlichkeitsbegriff) zunächst auf wettbewerbsbezogene Aspekte verkürzt wird, setzt der Entwurf - wie schon der Vorentwurf - den wettbewerbspolitischen Akzent deutlicher als das geltende Recht auf

42 Nämlich: Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können (Art. 5 E), bestimmte qualifizierte Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 E) sowie Wettbewerbsabreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (was bei Preis-, Mengen- bzw. Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 E zu vermuten ist). Vgl. vorne Ziff. 1. - Im Unterschied zum Vorentwurf operiert der Entwurf des Bundesrates nicht mehr ausdrücklich mit dem Begriff der Schädlichkeit.

das Leitbild des (wirksamen) *Wettbewerbs*⁴³. Indessen verpflichtet der Entwurf die rechtsanwendenden Organe damit keineswegs abschliessend auf ein bestimmtes wettbewerbspolitisches Konzept (auch wenn der Begriff des "wirksamen Wettbewerbs" und andere im Entwurf verwendete Begriffe und Wendungen⁴⁴ heute gelegentlich mit bestimmten wettbewerbstheoretischen und -politischen Vorstellungen assoziiert werden⁴⁵). Dies aus einem zweifachen Grund:

- bb) Werden "vorgeprägte" Wendungen und Begriffe - wie der Begriff des "wirksamen Wettbewerbs" - durch Akt des Gesetzgebers zu geltendem Recht erhoben, so geschieht dies in der Regel in Kenntnis des terminologischen beziehungsweise des theoretischen - hier: des wettbewerbstheoretischen - Hintergrundes und in der Absicht, die Rechtsanwendungspraxis in bestimmte Bahnen zu lenken. Im hier zu beurteilenden Falle des Kartellgesetzesentwurfs wird dies noch durch die Formulierung des Zweckartikels (Art. 1 E) unterstrichen. Dies bedeutet indessen nicht, dass die wettbewerbstheoretischen oder -politischen Vorstellungen und Postulate, die mit der Terminologie des Gesetzesentwurfs assoziiert werden, bei Inkrafttreten entsprechender Gesetzesbestimmungen *tale quale* zu verpflichtenden Normen erhoben würden. Aus der für die Organe der Rechtsanwendung massgeblichen

43 Eine gewisse Vorrangstellung genießt der wirksame Wettbewerb bereits im geltenden Kartellgesetz; vgl. z.B. SCHÜRMAN, 1991, 205.

44 Zum Beispiel mit Gesetzesbegriffen wie: "erheblich beeinträchtigen", "wirtschaftliche Effizienz", "Behinderung" des Wettbewerbs u.a.m. (vgl. Art. 5 E, Art. 7 E; vgl. auch Art. 20 - 22 VE).

45 Zum wettbewerbstheoretischen Hintergrund des Begriffs "wirksamer Wettbewerb" SCHLUEP, 1987, 75 ff.; vgl. auch SCHÜRMAN, in SCHÜRMAN/SCHLUEP, Art. 29, S. 677. Für einen Überblick über verschiedene wettbewerbstheoretische Konzepte vgl. z.B. MARKUSRUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht*, Zürich 1990.

juristisch-methodischen Sicht stellen die Begriffe und Wendungen, die der Entwurf verwendet, *unbestimmte Rechtsbegriffe* dar. Der Begriff des "wirksamen Wettbewerbs" wird - wie die übrigen zentralen Begriffe des gesetzlichen Konzepts zur Schädlichkeitsbeurteilung - weder definiert noch vorausgesetzt, sondern den Organen der Rechtsanwendung zur Konkretisierung überantwortet⁴⁶. Mangels eines verfestigten, eindeutigen Inhalts und mangels Legaldefinition bleibt der Spielraum der rechtsanwendenden Gesetzeskonkretisierung beträchtlich. Immerhin kommt dabei - nicht anders als bei jeder Auslegung gesetzten Rechts - den *Intentionen des Gesetzgebers* jedenfalls in einer Anfangsphase eine Schlüsselrolle zu. Nach einer anerkannten Auslegungsregel darf nämlich insbesondere "bei verhältnismässig jungen Gesetzen (...) der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden"⁴⁷. Die den Prozess der Gesetzgebung prägenden wettbewerbstheoretischen und -politische Vorstellungen sind daher bei der Rechtsanwendung zu respektieren. Doch sind unbestimmte Begriffe kraft ihrer normativen Offenheit in besonderem Masse wandlungsfähig und "zukunfts offen". Ihr Inhalt wird im Akt der Normsetzung nicht abschliessend determiniert. Bei ihrer Handhabung kann und muss dem fortwährenden Wandel der Verhältnisse und der Erkenntnisse sowie dem Wertewandel Rechnung getragen werden. Auch insoweit ist mit der im Gesetzesentwurf verwendeten Terminologie keine endgültige Fixierung der künftigen Praxis verbunden - es sei denn, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsprozesses kristallisierten sich gefestigte Vorstellungen über den Inhalt bestimmter Begriffe

46 So schon für den (durch das heute geltende Kartellgesetz eingeführten) Rechtsbegriff des "wirksamen Wettbewerbs" gemäss Art. 29 KG SCHLUEP, 1987, 75 ff.; vgl. auch SCHÜRMAN, 1991, 203, 212.

47 BGE 112 Ia 104.

heraus, Vorstellungen, von denen sich die Organe der Rechtsanwendung über längere Sicht nicht mehr ohne weiteres lösen dürfen.

- cc) Unabhängig von diesen juristisch-methodischen Gesichtspunkten ist im Konzept des Gesetzesentwurfs noch durch eine zweite Vorkehr dafür gesorgt, dass die Praxis der Rechtsanwendung nicht abschliessend auf bestimmte wettbewerbstheoretische Vorstellungen fixiert wird. Art. 8 E hält - wie bereits Art. 23 VE - den Weg dafür offen, dass *alle einschlägigen, verfassungsrechtlich anerkannten Interessen* - auch solche, die das Wettbewerbsinteresse relativieren - mit gebührender Gewichtung in den Rechtsanwendungsprozess einfließen können. Der Gesetzesentwurf verzichtet mit anderen Worten darauf, den verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff der "volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen" abschliessend gesetzlich zu konkretisieren. Der wirtschaftliche Wettbewerb wird im Entwurf weder verabsolutiert noch zum Selbstzweck oder zum alleinigen "Rechtsschutzobjekt" erhoben⁴⁸. Das dem Gesetzgeber zustehende rechtspolitische Ermessen wird mit der vorgeschlagenen Regelung nicht überschritten.

Dass Art. 8 E - wie bereits Art. 23 VE, aber im Unterschied zu Art. 29 des heute geltenden KG - die zentral in Betracht fallenden "ausser-wettbewerblichen" Interessen nicht ausdrücklich auflistet, ist unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel nicht zu beanstanden. Angesichts des verfassungsrechtlichen Hintergrundes könnte eine

48 Ein Vorwurf, der übrigens - zu Unrecht - gelegentlich bereits im Zusammenhang mit dem geltenden Recht erhoben wird; vgl. SCHÜRMAN, 1990, 40. - An dieser Beurteilung ändert auch die im Entwurf vorgeschlagene Formulierung des Zweckartikel (Förderung des "wirksamen Wettbewerbs") nichts; denn auch der Zweckartikel wird verfassungskonform zu interpretieren sein, eine abschliessend determinierende Kraft vermag auch der Zweckartikel nicht zu entfalten.

solche Auflistung der einzubeziehenden Interessen ohnehin nicht abschliessend sein (so denn auch Art. 29 KG); auch wäre es im Rahmen einer generell-abstrakten Normierung nicht möglich, die involvierten Interessen im Hinblick auf die erforderliche Abwägung abschliessend zu gewichten. Die Rechtssicherheit (im Sinne der Vorausehbarkeit staatlichen Handelns) könnte daher durch eine gesetzliche Aufzählung der wichtigsten in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkte und Interessen, wenn überhaupt, nur marginal erhöht werden. Insoweit ist die offene Regelung des Entwurfs unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel nicht zu beanstanden.

An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, dass der Gesetzgeber die Beantwortung der Frage, wann eine kartellistische Verhaltensweise sich volkswirtschaftlich oder sozial schädlich auswirkt, weitgehend an die Organe der Rechtsanwendung "weiterdelegiert". In der Tat bleibt es im wesentlichen den Wettbewerbsbehörden überantwortet, unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Akzentsetzungen ein kohärentes, auch übergeordnete ("ausserökonomische") Interessen einbeziehendes Schädlichkeitskonzept zu entwickeln. Den Organen der Rechtsanwendung wird damit eine beträchtliche Definitionsmacht übertragen. Und aus individualrechtlicher Sicht bewirkt diese "Weiterdelegation" eine nicht geringe Unsicherheit darüber, welche Verhaltensweisen von den Wettbewerbsbehörden im Ergebnis als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich qualifiziert und für unzulässig erklärt werden.

Unter den Aspekten der Rechtssicherheit, der Gesetzmässigkeit und der Rechtsgleichheit ist dies zwar unbefriedigend⁴⁹. Doch liegt die

49 Vgl. dazu allgemein RICHLI, 1983, 140 ff., 151 ff.

Unbestimmtheit der fraglichen Bestimmungen in der Natur der Sache begründet. Die Unbestimmtheit des Gesetzes beruht auf der Unbestimmtheit der Zielvorgabe im Kartellartikel. Diese Unbestimmtheit wiederum geht darauf zurück, dass nicht *a priori* feststeht, was volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist, und dass die Schädlichkeit de constitutione lata mittels einer aktualisierenden Abwägung zu ermitteln ist, in welcher die individuellen Freiheitsinteressen der betroffenen Wirtschaftssubjekte und das staatlich zu schützende Gut "Wettbewerb" miteinander in Einklang zu bringen sind. Zwar signalisiert die Verfassung, nach welchen Kriterien die Grenzlinie zwischen den involvierten Verfassungsinteressen zu ziehen ist; die Verfassung sieht jedoch davon ab, selbst schon eine abschliessende Interessenbewertung vornehmen. Die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Zielvorgaben entzieht sich im übrigen weitgehend einer generell-abstrakten Normierung⁵⁰. Unter diesen Umständen muss sich der Kartellgesetzgeber im wesentlichen damit begnügen, eine relativ offene Abwägungsformel zu statuieren. Jede (schweizerische) Kartellgesetzgebung bleibt - aus verfassungsrechtlichen Gründen - unausweichlich in einem gewissen Masse unbestimmt. Es ist mithin kein Zufall, dass bereits das geltende Kartellgesetz die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Zielvorgabe mittels einer offenen Abwägungsformel im wesentlichen den Organen der Rechtsanwendung überträgt (Art. 29 KG)⁵¹. Angesichts der vorgeschlagenen Rechtsverwirklichungsstruktu-

50 Vgl. RHINOW, Art. 31bis, Rz. 218.

51 In materieller Hinsicht (zu berücksichtigende öffentliche Interessen) unterscheiden sich das geltende Recht und der Gesetzesentwurf nicht grundsätzlich. Hier wie da ist die Schädlichkeit für Volkswirtschaft und Gesellschaft durch Interessenabwägung zu ermitteln. - Zur in Art. 29 KG verankerten Methode der Schädlichkeitsbeurteilung (sog. "Saldomethode") als Spielart der verwaltungsrechtlichen Methodenfigur der Interessenabwägung eingehend RICHLI, 1991, 11 ff.; zum Teil abweichend SCHLUEP

ren und angesichts der Rechtsanwendungserfahrungen unter dem geltenden Recht besteht kein Anlass zu zweifeln, dass die zuständigen Wettbewerbsbehörden in der Lage und bereit sein werden, das Konkretisierungskonzept des Entwurfs in verfassungskonformer Weise zu handhaben⁵².

Die Unsicherheit für die betroffenen Wirtschaftssubjekte wird im übrigen dadurch gemildert und auf ein erträgliches Mass gebracht, dass der Entwurf - noch deutlicher als der Vorentwurf - die Leitlinien vorzeichnet, an denen sich die künftige Rechtsanwendungspraxis auszurichten hat. Namentlich die in Art. 6 E vorgesehenen Verordnungen und allgemeinen Bekanntmachungen betreffend den Rechtfertigungsgrund der wirtschaftlichen Effizienz werden die Voraussehbarkeit des behördlichen Handelns wesentlich erhöhen⁵³. Mit der allmählichen Festigung der Behördenpraxis wird sich die Orientierungsgewissheit noch weiter verbessern. Dank der Unterstellung des Verfahrens vor den Wettbewerbsbehörden unter das VwVG ist zudem sichergestellt, dass - bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses - eine klarstellende *Feststellungsverfügung* angebeht werden kann.

- dd) Nicht zu beanstanden ist unter dem Blickwinkel des Kartellartikels, dass der Entwurf - nicht anders als der Vorentwurf - mit *Erheblichkeitsschwellen* operiert. Mit Hilfe dieses ersten groben Filters werden - im Interesse der individuellen Wirtschaftsfreiheit - kartellistische

1987, 45 ff.; DERS., Gegenbemerkung, in SCHÜRMAN/SCHLUEP, Art. 29, S. 685 ff.

52 Aus heutiger Sicht besteht auch kein Grund zur Annahme, dass die Zweiteilung der Wettbewerbsbehörden in ein untersuchendes und ein entscheidendes Organ dem entgegenstehe.

53 Damit ist das Spektrum der Möglichkeiten zur Reduktion individueller Ungewissheit noch nicht erschöpft.

Sachverhalte, die von den weit formulierten Legaldefinitionen (Art. 4 E; vgl. auch Art. 3 VE) an sich erfasst werden, bei Geringfügigkeit ausgeschlossen. Das legislative Konzept unterstellt mit anderen Worten stillschweigend, dass "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" von vornherein nicht gegeben sein können, wenn die in Frage stehende Beschränkung des Wettbewerbs eine minimale Intensität nicht erreicht. Es wird Sache der Wettbewerbsbehörden sein, dafür zu sorgen, dass bei der praktischen Handhabung der einschlägigen unbestimmten Gesetzesbegriffe das verfassungsrechtliche Grundanliegen - die Erfassung *aller* volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Praktiken - respektiert wird.

- ee) Gesamthaft gesehen setzt der Entwurf - wie bereits der Vorentwurf - den wettbewerbspolitischen Akzent deutlicher als das geltende Recht auf das Kriterium des (wirksamen) *Wettbewerbs*. Das Konkretisierungskonzept des Entwurfs bringt hierin zum Ausdruck, dass - nach heutigem Erkenntnisstand - der funktionierende wirtschaftliche Wettbewerb einen entscheidenden Beitrag zur Förderung des Gemeinwohls leistet. Der Gesetzesentwurf verabsolutiert den wirtschaftlichen Wettbewerb indessen nicht. Der Wettbewerb bleibt dem "Gesamtinteresse" untergeordnet. Damit trägt der Entwurf - wie schon der Vorentwurf - dem Umstand Rechnung, dass der Kartellartikel eine gesamtheitliche Sicht erfordert, die neben "wettbewerblichen" auch volkswirtschaftliche und soziale Gesichtspunkte einbezieht. Das Konkretisierungskonzept der Art. 5 - 8 E hält aus heutiger Sicht vor der Verfassung stand.

b) *Zur Verfassungsmässigkeit des vorgeschlagenen Instrumentariums*

- aa) Zur Verwirklichung der in Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV vorgegebenen wettbewerbspolitischen Ziele setzt der Gesetzesentwurf eine Reihe von Instrumenten ein. Im Zentrum steht die *Untersagung* schädlicher kartellistischer Praktiken (vgl. Art. 5 Abs. 1 a.E.: "... sind unzulässig ..."; sowie Art. 7 Abs. 1 E: "... verhalten sich unzulässig ..."; vgl. auch Art. 19 VE). Daneben umfasst das Instrumentarium des Entwurfs⁵⁴ im wesentlichen:

- die gesetzliche Vermutung der Schädlichkeit von Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 E; ähnlich Art. 20 Abs. 1 VE), sowie die Möglichkeit der Entkräftung dieser Vermutung gestützt auf Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 E; vgl. Art. 20 Abs. 2 VE) beziehungsweise gestützt auf überwiegende öffentliche Interessen (Art. 8 E; vgl. Art. 23 VE);
- die gesetzliche Vermutung der Schädlichkeit von Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (Art. 5 Abs. 1 E; vgl. Art. 20 Abs. 3 VE), und die Möglichkeit der Entkräftung dieser Vermutung im Einzelfall gestützt auf überwiegende öffentliche Interessen (Art. 8 E; vgl. Art. 23 VE);

54 Das Instrumentarium des Vorentwurfs umfasste darüber hinaus die Pflicht, den Wettbewerbsbehörden die Schaffung sowie die Änderung bestimmter Kartelle (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden) zu melden (Art. 21 Abs. 3 VE). - Die Meldepflicht des Vorentwurfs bedeutet zwar einen Eingriff in das Grundrecht der Handels- und Gewerbefreiheit; sie verkörpert indessen ein geeignetes Hilfsinstrument zur Verwirklichung legitimer wettbewerbspolitischer Ziele und erscheint daher prinzipiell zulässig. Zur Zulässigkeit von Meldepflichten im Kartellrecht allgemein GYGI, 1986, 156.

- die gesetzliche Vermutung der (volkswirtschaftlichen beziehungsweise sozialen) Schädlichkeit des Missbrauchs von Marktmacht (Art. 7 E; vgl. Art. 22 VE) sowie die Möglichkeit der Entkräftung dieser Vermutung im Einzelfall gestützt auf überwiegende öffentliche Interessen (Art. 8 E; vgl. Art. 23 VE);
- die gesetzliche Vermutung der wettbewerbsbeseitigenden Natur von Preis-, Mengen- und Gebietsabreden (Art. 5 Abs. 3 E; vgl. Art. 21 VE) sowie die - nicht näher spezifizierte - Möglichkeit der Widerlegung dieser Vermutung.

Bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit dieser wettbewerbspolitischen Instrumente des Gesetzesentwurfs stehen zwei sachlich eng miteinander zusammenhängende Kriterien im Zentrum:

- Zu prüfen ist einmal die *Zielkonformität*: Dient das fragliche Instrument der Verwirklichung des vom Kartellartikel gesetzten Ziels - der Bekämpfung der volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Kartellauswirkungen -, ohne über dieses Ziel "hinauszu-schiessen" ? Andernfalls wäre das fragliche Instrument nicht mehr durch ein eingriffslegitimierendes öffentliches Interesse gedeckt.
- Sodann stellt sich die Frage nach der *Verhältnismässigkeit* (Erforderlichkeit): Ist das Instrument nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich, um die Zwecke der Kartellgesetzgebung zu verwirklichen ?

Hinsichtlich beider Kriterien ist in Erinnerung zu rufen, dass der Gesetzgeber bei der Festlegung des kartellrechtlichen Instrumentariums über einen erheblichen Bewertungs-, Gestaltungs- und Prognose-spielraum verfügt. Unter dem Aspekt der Erforderlichkeit muss in

Rechnung gestellt werden, dass die Verfassung nicht nur Grundrechtsinteressen schützt, sondern dem Gesetzgeber auch aufgibt, sich schützend vor das Gut "Wettbewerb" zu stellen. Es kann daher dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, unter den in Betracht fallenden geeigneten Mitteln der Wettbewerbspolitik ein möglichst *wirksames* zu wählen. Zudem kommt dem Kriterium der Erforderlichkeit bei der Beurteilung *gesetzgeberischer* Massnahmen eine abgeschwächte Bedeutung zu. Seine "vollen" Wirkungen entfaltet das Prinzip der Verhältnismässigkeit (als Gebot, das mildeste unter den zur Verfügung stehenden geeigneten Mitteln einzusetzen) somit erst auf der Ebene der *Rechtsanwendung*, bei der Beurteilung konkreter Einzelfälle⁵⁵.

- bb) Die ausdrückliche gesetzliche *Untersagung* schädlicher kartellistischer Praktiken (Unzulässigerklärung gemäss Art. 5 Abs. 1 a.E. bzw. Art. 7 Abs. 1 E), die dem geltenden Recht in dieser Form nicht bekannt ist (vgl. Art. 29 bzw. Art. 37 KG), bewegt sich fraglos im Rahmen der Zielsetzung des Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV, der die *Bekämpfung* schädlicher Auswirkungen anvisiert. 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 geltenden Kartellrecht erst im Anschluss an ein Untersuchungsverfahren für einen bestimmten Einzelfall ausgesprochen wird. Doch inhaltlich erfasst das Verbot

55 Dem Verhältnismässigkeitsprinzip lässt sich im Rahmen der Rechtsanwendung dadurch Rechnung tragen, dass nicht eine ganze Abrede, sondern nur deren "schädlicher Teil" für unzulässig erklärt wird, oder etwa dadurch, dass zumutbare "Anpassungsfristen" gesetzt werden, usw.

schädlicher Praktiken so oder so, ob gesetzlich oder einzelfallweise ausgesprochen, stets dieselben, aus volkswirtschaftlicher beziehungsweise sozialer Optik als schädlich zu qualifizierenden Sachverhalte. Im übrigen knüpfen die im Gesetzesentwurf statuierten Sanktionen (Art. 50 ff. E) - 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 - wie bereits im Vorentwurf - stets eine einzelfallbezogene Prüfung der Frage voraus, ob die fragliche kartellistische Verhaltensweise dem gesetzlichen Verbot unterliegt oder nicht. Unter diesen Umständen kann es dem Gesetzgeber weder unter dem Blickwinkel der Handels- und Gewerbefreiheit noch des Kartellartikels verwehrt sein, das Instrument der generell-abstrakten Untersagung einzusetzen.

- cc) Art. 5 Abs. 1 E erklärt erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen für schädlich, sofern sie nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden können (ähnlich Art. 20 Abs. 1 VE). Mit dem Mittel der gesetzlichen Vermutung bringt der Entwurf zwei gesetzgeberische Wertungen zum Ausdruck. Zum einen: Was aus der Sicht des wirksamen Wettbewerbs schädlich ist, ist im allgemeinen auch aus volkswirtschaftlicher beziehungsweise sozialer Sicht als schädlich anzusehen. Zum andern: Was für den Wettbewerb schädlich ist, bestimmt sich nach den beiden Kriterien der erheblichen Beeinträchtigung und der wirtschaftlichen Effizienz.

Gesetzliche Vermutungen strukturieren den Rechtsanwendungsprozess, setzen Akzente und dienen der gleichmässigen und effizienten

Rechtsverwirklichung⁵⁶. Angesichts dieser Vorzüge liegt es nahe, auch im Kartellrecht das Instrument der gesetzlichen Vermutung einzusetzen. In der Literatur wird die Zulässigkeit des Einsatzes von Vermutungen für den Bereich des Kartellrechts grundsätzlich bejaht⁵⁷.

Die verkürzende und schematisierende Sichtweise, welche einer gesetzlichen Vermutung wesensgemäss innewohnt, birgt allerdings die Gefahr in sich, dass die Akte der Rechtsanwendung, die sich auf die Vermutung stützen, im Ergebnis nicht den vorgegebenen Zwecksetzungen entsprechen. Gerade im Bereich der Kartellgesetzgebung ist diese Gefahr - angesichts der Komplexität der Schädlichkeitsermittlung - nicht von der Hand zu weisen; es kommt hinzu, dass eine Rechtsanwendungspraxis, die über das von der Verfassung gesetzte wettbewerbspolitische Ziel "hinausschiesst", im Verdacht steht, grundrechtswidrig zu sein (übermässige Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit).

Diese Gesichtspunkte sind in Rechnung zu stellen, wenn die Anforderungen an die Entkräftung von kartellrechtlichen Vermutungen festgelegt werden. Es muss in materiell-rechtlicher wie in verfahrensmässiger Hinsicht hinreichend Gewähr dafür bestehen, dass zielwidrige Effekte ausgeglichen und korrigiert werden können. Diese Entlastungsmöglichkeit darf nicht rein theoretisch bleiben.

Bei der ersterwähnten Grundaussage des Art. 5 Abs. 1 E - der prinzipiellen Gleichsetzung der "wettbewerbliehen" Schädlichkeit mit der

56 Zur "präventiven" Funktion von Vermutungen speziell im Kartellrecht vgl. ZÄCH, 860.

57 Vgl. insbesondere GYGI, 1986, 157, 160; vgl. auch ZÄCH, 861.

Schädlichkeit im Sinne von Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV ("volkswirtschaftlich oder sozial" schädlich) - ist dies gewährleistet. Zwar wird die Perspektive des Wettbewerbs ins Zentrum der Schädlichkeitsbeurteilung gerückt. Doch das Kriterium Wettbewerb wird nicht absolut gesetzt. Die Gefahr, dass die Vermutung Wirkungen zeitigt, die über das von der Verfassung gesetzte wettbewerbspolitische Ziel hinausgehen, wird hinreichend gebannt durch die korrigierende Rechtfertigungsmöglichkeit gemäss Art. 8 E. Diese Rechtfertigungsmöglichkeit verhilft dem verfassungsrechtlichen Grundgedanken zum Durchbruch, dass sich die Schädlichkeit von Kartellauswirkungen nicht allein nach Wettbewerbs-, sondern auch nach Gemeinwohlgesichtspunkten bemisst. In Anbetracht der vorgeschlagenen Rechtsverwirklichungsstrukturen und angesichts der Rechtsanwendungserfahrungen unter dem geltenden Recht besteht aus heutiger Sicht kein begründeter Anlass, daran zu zweifeln, dass die Praxis der Wettbewerbsbehörden für ein verfassungsgemässes - d.h. zielkonformes und verhältnismässiges - Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 E und Art. 8 E sorgen kann und wird; dies umso weniger, als die Interessenabwägung des Art. 8 E nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmen sein wird, gestützt auf die Ergebnisse eines nach der Untersuchungsmaxime zu führenden Verfahrens (vgl. Art. 39 E). Dass die betroffenen privaten Wirtschaftssubjekte aufgrund der gesetzlichen Vermutung die "objektive Beweislast" zu tragen haben - d.h. die Folgen zu tragen haben, wenn es nicht gelingt, die Vermutung zu widerlegen⁵⁸ -, erscheint unter diesen Umständen als verfassungsrechtlich vertretbar⁵⁹. An

58 Allgemein zur Bedeutung der Beweislast im Kartellverwaltungsverfahren SCHLUEP, in SCHÜRMAN/SCHLUEP, 312.

59 Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV statuiert keine Beweislastregel; so auch ausdrücklich GYGI, 1986, 159. - A.M. wohl SCHÜRMAN, 1991, 191, der eine Umkehrung der Beweislast als verfassungsrechtlich bedenklich bezeichnet.

dieser Beurteilung aus der Sicht des Verfassungsrechts ändert auch der Umstand nichts, dass die verfahrensmässigen Hürden für eine Zulassung aus Gründen des Gemeinwohls (Art. 8 E) vergleichsweise hoch angesetzt sind⁶⁰.

Als nicht unproblematisch erweist sich dagegen ein anderer verfahrensrechtlicher Gesichtspunkt. Unter rechtsstaatlichem wie grundrechtlichem Blickwinkel muss sichergestellt sein, dass die Entscheidung über die Rechtfertigung durch übergeordnete öffentliche Interessen (Zulassung gemäss Art. 8 E) - mit der, nach dem inneren System der Art. 5 ff. E, der *verfassungsgemässe* Zustand (wieder)hergestellt werden soll - *innert einer zumutbaren Zeitdauer* ergeht. Eine übermässige Verzögerung wäre mit dem Prinzip der Verhältnismässigkeit von Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht zu vereinbaren.

Die Verfahrensstrukturen des Gesetzesentwurfs sind - wie schon diejenigen des Vorentwurfs - auf den "Normalfall" der von Behördenseite in Gang gesetzten Untersuchung ausgerichtet. Nicht optimal abgestimmt sind die Verfahrensstrukturen hingegen auf die neuartige Problematik des "Zulassungsverfahrens" (Art. 8 E bzw. Art. 23 VE)⁶¹, dessen Durchführung in allererster Linie im Interesse

60 Die Zulassungsentscheidung obliegt gemäss Art. 8 E nicht der Wettbewerbskommission, sondern dem Bundesrat als erster und einziger Instanz. - Der Vorentwurf überlässt die Zulassungsentscheidung gemäss Art. 23 VE dem Wettbewerbsrat als der "ordentlichen" Wettbewerbsbehörde, verlangt indessen ein qualifiziertes Mehr (Art. 38 Abs. 2 VE).

61 Während nach dem gegenwärtigem Recht selbst schädliche kartellistische Praktiken bis zum Abschluss einer Untersuchung gemäss Art. 29 KG toleriert werden (vgl. Art. 32 und Art. 37 KG), sind nach dem Konzept sowohl des Vorentwurfs als auch des Gesetzesentwurfs qualifiziert wettbewerbsbeeinträchtigende Praktiken zunächst (formell) unzulässig, dies selbst dann, wenn begründete Aussicht auf eine Recht-

der betroffenen Wirtschaftssubjekte liegt. 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. Auch wenn der Gesetzesentwurf an die bloße Missachtung der gesetzlichen Verbote (Art. 5 und Art. 7 E) keine strafrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Sanktionen knüpft, vermag aus rechtsstaatlich-individualrechtlicher Sicht ein länger andauernder Schwebezustand (Ungewissheit über die Zulassung gemäss Art. 8 E) nicht zu befriedigen (Grundsatz der Rechtssicherheit und der Verhältnismässigkeit).

Zwar erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich in den Verfahrensstrukturen des Gesetzesentwurfs eine verfassungskonforme Verfahrenspraxis einspielen wird, die auch dem Interesse der betroffenen Wirtschaftssubjekte an einer raschen Klärung der Zulässigkeit kartellistischer Praktiken Rechnung trägt. Doch ist die Gefahr einer übermässigen Beeinträchtigung individueller Grundrechtsinteressen als nicht gering einzustufen; dies gilt insbesondere für die Phase des Übergangs vom bisherigen zum neuen kartellrechtlichen Regime, denn es ist nicht unwahrscheinlich, dass in der ohnehin "unsicheren" Übergangszeit, die den Wettbewerbsbehörden eine Fülle klärungsbedürftiger Fragen bescheren wird, die behördlichen Entscheidungs-

kapazitäten nicht mit den vielfältigen Entscheidungsbedürfnissen in Einklang stehen werden. Es sollte daher nach Möglichkeit durch geeignete verfahrensrechtliche, allenfalls übergangsrechtliche Vorkehren (z.B. durch Festlegung von Behandlungsprioritäten usw.) sichergestellt werden, dass für die betroffenen Wirtschaftssubjekte die Dauer der Ungewissheit über den Ausgang des Zulassungsverfahrens zumutbar bleibt.

Auch die zweitgenannte Grundaussage des Art. 5 Abs. 1 E wirft gewisse verfassungsrechtliche Fragen auf. Dass der Gesetzesentwurf die "wettbewerbliche" Schädlichkeit anhand eines Kriterienpaares - der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung zum einen, der wirtschaftlichen Effizienz zum andern - beurteilen will, übersteigt zwar (angesichts des heutigen wettbewerbstheoretischen Erkenntnisstandes) den Rahmen des gesetzgeberischen Bewertungs-, Gestaltungs- und Prognosespielraums nicht. Doch erscheint es nicht ganz unproblematisch, dass eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nur unter abschliessend aufgelisteten Voraussetzungen zugelassen wird, wie dies Art. 5 Abs. 2 Bst. a. E (ähnlich bereits Art. 20 Abs. 2 VE) zumindest dem Normwortlaut gemäss vorsieht. Werden die gesetzlichen "Effizienzkriterien" (die hier nicht im einzelnen zu diskutieren sind) allzu starr festgelegt und gehandhabt, so ist immerhin denkbar, dass in einzelnen Rechtsanwendungsfällen kartellistische Praktiken, die mit der verfassungsrechtlichen Grundausrichtung der Wettbewerbspolitik (Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV) an sich in Einklang stehen, aufgrund des rigiden gesetzlichen Rechtfertigungsschemas als schädlich qualifiziert werden. Es wird sich weisen müssen, ob beziehungsweise wie es der Rechtsanwendungspraxis gelingen kann, den Zielvorgaben des Kartellartikels Geltung zu verschaffen, sei es im Rahmen der Handhabung von Art. 5 Abs. 2 E (beziehungsweise von Art. 6 E), sei es unter Heranziehung von Art. 8 E

fertigung durch überwiegende Interessen (Art. 8 E bzw. Art. 23 VE) besteht, d.h. "volkswirtschaftlich" beziehungsweise "sozial" betrachtet (in materieller Hinsicht) keine schädlichen Auswirkungen gegeben sind.

(mit seiner allerdings nicht an "wettbewerblichen", sondern an übergeordneten Gemeinwohlinteressen orientierten Optik). Im Rahmen der hier vorzunehmenden "abstrakten" verfassungsrechtlichen Beurteilung des Gesetzesentwurfs genügt indessen⁶², dass es aus heutiger Sicht möglich und hinreichend wahrscheinlich erscheint, dass sich die hier angedeuteten Schwierigkeiten mittels einer verfassungskonformen Handhabung der einschlägigen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs im Einzelfall aus dem Wege räumen lassen (auch wenn dieser Auslegungsgrundsatz dabei bisweilen etwas "gedehnt" werden mag).

- dd) Art. 5 Abs. 1 E erklärt - implizit - Abreden für schädlich, die zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Auch mit dieser gesetzlichen Vermutung setzt der Entwurf - wie bereits der Vorentwurf (vgl. Art. 20 Abs. 3 VE) - einen deutlichen wettbewerbspolitischen Akzent zugunsten des Wettbewerbs und zuungunsten der Beschränkung des Wettbewerbs durch kartellistisches Verhalten; dies ohne sich einem bestimmten wettbewerbstheoretischen Konzept abschliessend zu verpflichten (vgl. vorne Bst. a).

Der Gesetzesentwurf respektiert auch hier den (weit gesteckten) gesetzgeberischen Bewertungs-, Gestaltungs- und Prognosespielraum: Kraft der Rechtfertigungsmöglichkeit des Art. 8 E ist in materiellrechtlicher wie in verfahrensmässiger Hinsicht hinreichend dafür gesorgt, dass die gesetzliche Vermutung keine Effekte zeitigt, die über das von der Verfassung gesetzte wettbewerbspolitische Ziel - die Bekämpfung *aller* und *nur* der volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen - hinausgehen. Art. 5 Abs. 1 E ist in Verbindung mit Art. 8 E (wie

62 Vgl. vorne Ziff. II 3.

bereits Art. 20 Abs. 3 VE in Verbindung mit Art. 23 VE) einer verfassungskonformen - d.h. zielkonformen und verhältnismässigen - Handhabung in vertretbarer Weise zugänglich⁶³.

- ee) Gemäss Art. 7 E (Art. 22 VE) gelten Verhaltensweisen, die der Gesetzesentwurf als schädlich qualifiziert, auch aus volkswirtschaftlicher beziehungsweise sozialer Sicht als prinzipiell schädlich. Mit Hilfe dieser gesetzlichen Vermutung setzt der Entwurf - wie bereits der Vorentwurf - auch bei der Beurteilung von Marktmacht die Akzente zugunsten des Wettbewerbsinteresses. Dies geschieht mittels einer unbestimmt formulierten, generalklauselartigen Grundsatzvorschrift (Abs. 1), die zur Schädlichkeitsermittlung neben Wettbewerbsinteressen auch die Interessen der Marktgegenseite⁶⁴ einbezieht, und mittels eines exemplifizierenden Katalogs der als missbräuchlich geltenden Praktiken (Abs. 2), die hier nicht im einzelnen zu diskutieren sind. Mit diesem Normierungskonzept überschreitet der Entwurf den weit gesteckten gesetzgeberischen Spielraum nicht. Denn dank einer relativ flexiblen Formulierung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale und des Beispielkatalogs⁶⁵ sowie dank der Rechtfertigungsmöglichkeit des Art. 8 E ist sowohl in materiellrechtlicher wie in verfahrensmässiger Hinsicht dafür gesorgt, dass die Rechtsanwendungspraxis nicht über das von der Verfassung gesetzte wettbewerbspolitische Ziel hinausgehen wird. Art. 7 E ist (in Verbindung mit

63 Vgl. immerhin die Vorbehalte hinsichtlich des Verfahrens vorne unter cc.

64 Der Vorentwurf (Art. 22 VE) spricht an dieser Stelle nur die Verbraucherinteressen explizit an.

65 Dank der Vereinigung aller materiellrechtlichen Kartellbestimmungen, der privatrechtlichen wie der verwaltungsrechtlichen, in einem einzigen Gesetzesabschnitt (Art. 5 ff. E) entfallen die gesetzestechnischen Probleme, auf die im Gutachten (vgl. Anm. 2) aufmerksam gemacht worden war.

Art. 8 E) einer verfassungskonformen Handhabung ohne weiteres zugänglich⁶⁶.

- ff) Die in Art. 5 Abs. 3 E ausgesprochene widerlegbare *Vermutung*, wonach bestimmte Preis-, Mengen- und Gebietsabreden⁶⁷ wirksamen Wettbewerb *beseitigen*, erfüllt eine doppelte Funktion: Zum einen leistet die Bestimmung einen - verfassungskonformen - Beitrag zur Zielkonkretisierung, indem zuhanden der Rechtsanwendung verdeutlicht wird, dass entsprechende Abreden in der Regel als schädlich zu qualifizieren sind. Diese Akzentsetzung zugunsten des Kriteriums des wirksamen Wettbewerbs liegt angesichts des heutigen wettbewerbstheoretischen Erkenntnisstandes im Rahmen des gesetzgeberischen Bewertungs-, Gestaltungs- und Prognosespielraums (vgl. vorne Bst. a). Zum andern wird mit Hilfe von Art. 5 Abs. 3 E der Prozess der Kartellrechtsverwirklichung in bestimmter Weise strukturiert. In dieser zweiten, instrumentalischen Funktion wohnt auch dieser gesetzlichen Vermutung wesensgemäss eine gewisse "überschiessende" Tendenz inne. Für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit von Art. 5 Abs. 3 E ist entscheidend, ob der Gesetzesentwurf dieser Tendenz in hinreichender Weise ausgleichend entgegentritt. Mit anderen Worten: Die Anforderungen, die an eine Entkräftung der gesetzlichen Vermutung gestellt werden, müssen in Einklang stehen mit dem verfassungsrechtlich verankerten Ziel der Wettbewerbspolitik, der Bekämpfung *aller* und *nur* der volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Kartellauswirkungen. Es muss Gewähr dafür bestehen, dass die Wettbewerbsbehörden, ungeachtet des gesetzlichen

66 Vgl. immerhin die Vorbehalte hinsichtlich des Verfahrens vorne unter cc.

67 Der Vorentwurf stellt den horizontalen Kartellen explizit gewisse Vertikalabreden gleich (Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 VE).

Vermutungsschematismus, zu einer Praxis finden können, die dieser verfassungsrechtlichen Zielvorgabe entspricht.

Art. 5 Abs. 3 E äussert sich 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 scheint der Gesetzesentwurf - wie bereits der Vorentwurf - davon auszugehen, dass die Entkräftung der Vermutung im Rahmen eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens gemäss Art. 26 ff. E zu erfolgen hat (das im wesentlichen nach den Bestimmungen des VwVG durchzuführen ist, vgl. Art. 39 E) und dass die Entkräftung der Vermutung durch förmliche Verfügung der Wettbewerbskommission ausgesprochen wird (Art. 18 Abs. 3 E). Aufgrund der Untersuchungsmaxime, die das Verfahren beherrscht, und angesichts der gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten (Art. 44 E)⁶⁸ besteht Gewähr dafür, dass die Entscheidung über die Entkräftung der Vermutung nach objektiven Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Zielvorgaben getroffen wird. Dass die betroffenen privaten Wirtschaftssubjekte aufgrund der gesetzlichen Vermutung die "objektive Beweislast" zu tragen haben⁶⁹, erscheint unter diesen Umständen als verfassungsrechtlich vertretbar⁷⁰; dies um so mehr, als die Rechtfertigungsmöglichkeit gemäss Art. 8 E offen steht. In der Risikoverteilung des Gesetzesentwurfs widerspiegelt sich

68 Art. 50 VE regelte den hier erwähnten Fall nicht ausdrücklich; doch darf davon ausgegangen werden, dass auch nach dem Rechtsschutzkonzept des Vorentwurfs die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen gestanden hätte.

69 Vgl. vorne Anm. 58.

70 Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV statuiert keine Beweislastregel; vgl. vorne Anm. 59.

die - den Rahmen der Verfassung respektierende - Akzentuierung (aber nicht Verabsolutierung) des Kriteriums Wettbewerb.

Als problematisch erweist sich dagegen ein anderer verfahrensrechtlicher Gesichtspunkt. Unter rechtsstaatlichem wie grundrechtlichem Blickwinkel besteht 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 Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht zu vereinbaren. Die Verfahrensstrukturen des Gesetzesentwurfs sind - wie bereits diejenigen des Vorentwurfs - auf den "Normalfall" der von Behördenseite in Gang gesetzten Untersuchung ausgerichtet; auf die neuartige Problematik des für die betroffenen Wirtschaftssubjekte folgenreichen "Widerlegungsverfahrens" sind sie nicht optimal abgestimmt. Es kann hier sinngemäss auf die Überlegungen zum "Zulassungsverfahren" (vorne Bst. cc) verwiesen werden. Wie der Entwurf selbst anerkennt (Art. 27 Abs. 2 E; vgl. auch Art. 31 Abs. 3 VE), stellen sich im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren - angesichts einer auch künftig begrenzten Behandlungskapazität der Wettbewerbsbehörden - heikle Fragen der Behandlungspriorität. Das Verfahren der "Entkräftung" steht in Konkurrenz zu anderen Verfahren und geniesst möglicherweise aus der Optik der Wettbewerbsbehörden (in Anbetracht anderer wichtiger und dringlicher Untersuchungen) keine besonders hohe Priorität. Eine hinreichend rasche Entscheidung erscheint durch den Wortlaut der vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen allein nicht durchwegs gewährleistet. Die Gefahr einer übermässigen Beeinträchtigung individueller Grundrechtsinteressen im Einzelfall ist somit nicht von der Hand zu weisen. Doch ist umgekehrt nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbehörden zu einer verfassungskonformen Verfahrenspraxis finden werden. Unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel ist

die vorgeschlagene Regelung mithin nicht zu beanstanden. Immerhin erscheint es angezeigt zu prüfen, ob nicht durch ergänzende Vorkehren im Bereich der Verfahrensstrukturen und -instrumente besser auf die besonderen Bedürfnisse des "Widerlegungsverfahrens" beziehungsweise auf die Grundrechtsinteressen der betroffenen Wirtschaftssubjekte Rücksicht genommen werden kann⁷¹.

c) *Zur Problematik der Unbestimmtheit der einzelnen verwaltungsrechtlichen Tatbestände*

Es bestätigt sich immer wieder, dass es bei der Rechtsetzung im Kartellbereich ausserordentlich schwierig, wenn nicht unmöglich ist, 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 verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wettbewerbspolitik begründet, die der Kartellgesetzgeber in aktualisierender Konkretisierung zu operablen Normen zu verdichten hat. Der unbestimmte und entwicklungs offene, dem diffusen Begriff des Gemeinwohls verpflichtete Schlüsselbegriff der "volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen" (Art. 31bis Abs. 3 Bst. d. BV) verlangt eine situativ differenzierende Beurteilung kartellistischer Praktiken und sperrt sich daher gegen eine abschliessende Fixierung kartellrechtlicher Tatbestände auf Gesetzesstufe. Der Gesetzgeber darf und

71 Zu denken ist etwa an Behandlungsprioritäten, Behandlungsfristen, Massnahmen im Bereich der Geschäftsordnung ("Kammersystem", vgl. Art. 20 E), aber auch an vorläufige "Unbedenklichkeitsklärungen" (z.B. ähnlich den Festlegungen, die der Entwurf für die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz vorsieht; vgl. Art. 6 E) u.ä.

soll Unbestimmtheit reduzieren, aber er kann und darf sie von Verfassungen wegen nicht vollauf beseitigen. Unbestimmte Normen und Tatbestandsmerkmale sowie offen definierte Rechtfertigungsmöglichkeiten nach dem Muster des Art. 8 E sind erforderlich, um den notwendigen Raum für eine verfassungskonforme Handhabung der Gesetzgebung im Einzelfall zu schaffen⁷².

Diese immanente Unbestimmtheit der Kartellgesetzgebung ist aus rechtsstaatlich-individueller Sicht zweifellos unbefriedigend. Nicht nur der Grundsatz der Rechtssicherheit ist tangiert, auch die Gleichmässigkeit der Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung kann gefährdet sein⁷³. Immerhin kann durch geeignete Vorkehrungen erreicht werden, dass die Ungewissheit ein erträgliches Mass bewahrt. Der Gesetzesentwurf (ähnlich bereits der Vorentwurf) leistet in dieser Hinsicht Beachtliches, indem er den Bedeutungsgehalt generalklauselartiger Normen durch Beispielkataloge erhellt und indem er anderweitig deutliche Richtlinien zuhanden der gesetzeskonkretisierenden Organe gibt (vgl. z.B. Art. 5 Abs. 3 E, Art. 6 E, Art. 7 E), womit sich zugleich - aus Sicht der betroffenen Wirtschaftssubjekte - die Vorausssehbarkeit staatlichen Handelns entscheidend erhöht. Gewiss bleibt der Entwurf dabei um einiges hinter dem theoretisch denkbaren Maximum zurück⁷⁴. Daraus darf jedoch nicht schon gefolgert werden, der Entwurf verletze den Grundsatz der Rechtssicherheit oder das auch im Bereich der Handels- und Gewerbefreiheit zu beachtende grundrechtliche Bestimmtheitsgebot; vielmehr ist die konkrete Tragweite und Funktion der Norm-

72 Zur Gewährleistung einer verfassungskonformen Praxis bedarf es im weiteren auch geeigneter Behördenstrukturen.

73 Vgl. zur Problematik z.B. RICHLI, 1983, 140 ff., 151 ff.; ZÄCH, 861.

74 Zu denken ist etwa an vorläufige "Unbedenklichkeitserklärungen", "Freistellungen" in Verordnungsform usw.

unbestimmtheit in die Beurteilung miteinzubeziehen. Der Entwurf verwendet zwar bei der Umschreibung des zulässigen bzw. unzulässigen Verhaltens eine Vielzahl unbestimmt gefasster Begriffe. Doch richtet der Entwurf zugleich 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. Im übrigen kommen die verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen des Vorentwurfs - von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen - nur bei Zuwiderhandlung gegen konkrete Anordnungen der zuständigen Behörden zum Zuge, greifen also nicht schon bei einem blossen Verstoss gegen die gesetzlichen Kartelltatbestände⁷⁵. Ein solcher Verstoss bleibt vielmehr verwaltungsrechtlich wie strafrechtlich sanktionslos. Das Rechtsdurchsetzungsregime des Entwurfs unterscheidet sich hierin nicht grundlegend vom Regime des geltenden Kartellgesetzes. Unter diesen Umständen darf die Unbestimmtheit als erträglich und mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen grundsätzlich vereinbar qualifiziert werden.

IV. Schlussfolgerungen

Das Konzept des Gesetzesentwurfs für die Konkretisierung und Instrumentierung der wettbewerbspolitisch relevanten Verfassungsnormen erweist sich gesamthaft gesehen als verfassungskonform. Die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs (Art. 5 - 8 E) bewirken zwar gewisse Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit; sie bewegen sich indessen im

75 Die Ausnahmen stehen in Zusammenhang mit der Genehmigungspflicht von Unternehmenszusammenschlüssen (vgl. Art. 51 E bzw. Art. 55 E in Verbindung mit Art. 9 E).

Rahmen der Zielvorgaben des Kartellartikels, sind nach heutigem Erkenntnisstand durch ein überwiegendes, eingriffslegitimierendes Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig ausgestaltet. Insbesondere sind die vorgeschlagenen Bestimmungen einer verfassungskonformen Handhabung im Einzelfall zugänglich.

Der Gesetzesentwurf gibt dem Koordinationsprinzip des Wettbewerbs ein erhöhtes Gewicht, ohne jedoch dieses zu verabsolutieren. Der verfassungsrechtliche Schädlichkeitsbegriff bleibt weiterhin oberstes leitendes Prinzip. Der Entwurf nimmt hinreichend Rücksicht darauf, dass auch wettbewerbsbeschränkende Abreden grundsätzlich verfassungsrechtlichen Schutz geniessen können. Er legt die rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörden nicht auf ein bestimmtes wettbewerbstheoretisches Konzept fest und lässt ihnen genügend Spielraum, um der Erkenntnis Rechnung zu tragen, dass sich nicht jede erhebliche Wettbewerbsbeschränkung und nicht jede Beseitigung wirksamen Wettbewerbs volkswirtschaftlich oder sozial schädlich auswirkt.

Die vorgeschlagenen Rechtsverwirklichungsstrukturen (Behördenorganisation mit bundesweit zuständigen Organen; Kartellverwaltungsverfahren) bieten hinreichend Gewähr für eine verfassungskonforme Rechtsanwendungspraxis. Die Rechtfertigungsmöglichkeiten bleiben nicht rein theoretisch. Weder rechtlich noch faktisch wird eine reine "Verbotsgesetzgebung" eingerichtet.

Der Kartellartikel und die Handels- und Gewerbefreiheit stehen einer Neuorientierung der Kartellgesetzgebung, wie sie mit dem Gesetzesentwurf angestrebt wird, nicht in grundsätzlicher Weise entgegen. Die gelegentlich angedeuteten verfassungsrechtlichen Bedenken, deren Wurzeln vorab im verfahrens- und übergangsrechtlichen Bereich liegen, sind nicht prinzipieller Natur. Sie lassen sich vielmehr durch eine verfassungskonforme Hand-

habung der fraglichen Bestimmungen ausräumen⁷⁶. Vom wettbewerbspolitischen Grundkonzept, das im Gesetzesentwurf vorgeschlagen wird, muss nicht abgerückt werden.

Literaturverzeichnis

- GYGI FRITZ, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Bern 1981.
 GYGI FRITZ, *Verfassungsrechtliche Richtpunkte einer schweizerischen Kartellgesetzgebung*, in: DERS., *Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, Bern 1986, 141 ff.
 HOMBERGER ERIC, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1990.
 RHINOW RENÉ, 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. 31, Art. 31bis, Art. 32.
 RICHLI PAUL, *Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze*, Bern 1983.
 RICHLI PAUL, *Zur Einordnung der Saldomethode der Kartellkommission in die Methodik des Verwaltungsrechts*, in: *Festschrift Bruno Schmidhauser*, Bern 1991, 11 ff.
 SCHLUEP WALTER R., *"Wirksamer Wettbewerb" - Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts*, Bern/Stuttgart/Toronto 1987.
 SCHLUEP WALTER R., *Wettbewerbsfreiheit - staatliche Wirtschaftspolitik: Gegensatz oder Ergänzung?* in: *ZSR* 1991 I, 61 ff.
 SCHÜRMAN LEO, *Der Kartellartikel der Bundesverfassung*, in: *WuR* 1958, 181 ff.
 SCHÜRMAN LEO, *Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes*, in: *WuR* 1963, 77 ff.

76 Gewisse Nachbesserungen wären, wie gezeigt, vor allem im Bereich derjenigen Verfahren zu erwägen, an deren raschen Durchführung die rechtsunterworfenen Wirtschaftssubjekte ein besonderes Interesse haben (Widerlegung der Vermutung des Art. 5 Abs. 3 E; Zulassung gemäss Art. 8 E).

- SCHÜRMAN LEO, Wettbewerb und Gemeinwohl, in: Festgabe Henri Deschenaux, Fribourg 1977, 531 ff.
- SCHÜRMAN LEO, Der Wettbewerb im Urteil der Staatswissenschaft, in: WuR 1990, 35 ff.
- SCHÜRMAN LEO, Die Tragweite von Art. 29 Kartellgesetz, in Festschrift Bruno Schmidhauser, Bern 1991, 187 ff.
- SCHÜRMAN LEO, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994.
- SCHÜRMAN LEO/SCHLUEP WALTER R., Kartellgesetz - Preisüberwachungsgesetz (Kommentar), Zürich 1988.
- VALLENDER KLAUS A., Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 2. Aufl., Bern 1991.
- ZÄCH ROGER, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin? AJP 1992, 857 ff.