

Besprechung / Compte rendu

Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?

ADRIAN KÜNZLER

Zur Frage der Aufgabe des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen

Mohr Siebeck, Tübingen 2008, XXXIV+579 Seiten, EUR 79.–, ISBN 978-3-1614-9858-9

Die im Jahr 2008 an der Universität Zürich eingereichte Dissertation von ADRIAN KÜNZLER ist ein wichtiger Beitrag zur Aufarbeitung des rechtlichen, ökonomischen sowie letztlich auch philosophischen Hintergrunds kartellrechtlicher Regulierungen – darunter auch der Schweizer Regelung. Die Schweiz hat noch keine sehr lange Kartellrechtstradition. Erst im Jahre 1995 wurde ein Kartellgesetz verabschiedet (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR 251), welches erstmals die Grundlage schuf, um eine umfassende, rechtlich abgesicherte Wettbewerbspolitik in der Schweiz betreiben zu können.

Wettbewerbsrecht ist wie der Wettbewerb selbst eine dynamische Disziplin. Geprägt durch eine Vielzahl von ökonomisch beeinflussten Begriffen – im Zentrum steht der Begriff des wirksamen Wettbewerbs – muss die Rechtsanwendung mit dem laufend sich verändernden ökonomischen Umfeld Schritt halten können und folglich in der Lage sein, neue wirtschaftliche Phänomene mit adäquaten Rechtsmustern zu erfassen und sachgerecht zu analysieren.

Aus der Aufgabe, ein ökonomisch kartellrechtliches Gefüge in einen Rechtsrahmen zu zwingen, entsteht ein Spannungsverhältnis. Auch wenn juristische Konzepte immer wieder die Lösung von Auslegungsfragen notwendig machen, ist das juristische System letztlich darauf ausgerichtet, Kataloge von Lösungen bereitzustellen, die sich gestützt auf möglichst eindeutige Kriterien identifizieren lassen. Der Rechtssicherheitsgedanke nimmt einen hohen Stellenwert ein.

Die jüngere kartellrechtliche Diskussion hat bezüglich des kartellrechtlichen Begriffsgefüges die Fragestellung aufgeworfen, ob angesichts der ökonomischen Ausrichtung der zu erfassenden Sachverhalte eine Hinwendung zu einem grösseren ökonomischen Grundverständnis nicht zu sachgerechteren Ergebnissen führt als die heute in vielen Rechtsordnungen noch vorherrschende juristische Sichtweise mit ihrem Bemühen um eine kategorische kartellrechtliche Einordnung von guten und schlechten Verhaltensweisen. Die Idee der verstärkten Ökonomisierung wird mit der Kurzform «more economic approach» umschrieben. Auf Deutsch lässt sich dieser Ansatz auch kurz mit «Effizienz» oder «Effizienzdenken» stichwortartig charakterisieren, wie der von ADRIAN KÜNZLER gewählte Dissertationstitel prägnant belegt.

Die Arbeit von ADRIAN KÜNZLER stellt die Effizienzbetrachtung im Rahmen des more economic approach in einen grundlegenden Gegensatz zur Beurteilung kartellrechtlicher Phänomene auf der Grundlage des Prinzips der Wettbewerbsfreiheit. Während der more economic approach eine ergebnisorientierte Analyse von Wohlfahrtsgewinnen zu unternehmen versuche, bilde beim Ansatz der Wettbewerbsfreiheit das Ziel, Wettbewerbswilligen die gleiche Chance des Marktzutritts zu gewähren, der Grundgedanke.

ADRIAN KÜNZLER geht diesen beiden Ansätzen umfassend auf den Grund. Als Unterbau für die Fragestellungen dienen die Kartellrechtsordnungen der Europäischen Union und das Schweizer Kartellgesetz. Die Abwägung der Vor- und Nachteile der beiden Ansätze erfolgt dabei nicht nur auf einer engen kartellrechtlichen Basis, sondern die Überlegungen zu einem more economic approach werden gestützt auf ökonomische und letztlich auch auf philosophische Theorien hinterfragt. Auf der Grundlage dieser Theorien muss gemäss dieser ökonomischen Stossrichtung die Frage beantwortet werden, ob eine kartellrechtlich relevante, sprich tatbestandsmässige, Verhaltensweise wohlfahrtsfördernd oder wohlfahrtsmindernd ist. Dabei ist nach dem Ansatz des more economic approach auf die Markt-

ergebnisse abzustellen. Im Sinne einer Art Triageregulung wird dabei zunächst der Standpunkt vertreten, dass ohne Marktmacht schon vom Grundsatz her keine negative kartellrechtliche Relevanz gegeben sein könne, weil die Marktmechanismen allfällige negative Wirkungen ohne Intervention vonseiten einer Behörde ausmerzen würden.

ADRIAN KÜNZLER kommt gestützt auf seine umfangreiche und sehr sorgfältige Analyse zum Schluss, dass zunächst schon allein die Ermittlung von Effizienzwirkungen wegen der Schwierigkeiten der Messbarkeit derartiger Wirkungen problematisch sei und andererseits die sich gestützt auf diese Effizienzen ergebenden Wohlfahrtswirkungen nur schwierig feststellen, geschweige denn allgemein verbindlich bewerten liessen. Die Anwendung des more economic approach führt nach Ansicht von ADRIAN KÜNZLER wegen der beschriebenen fehlenden eindeutigen Katalogisierbarkeit zu Rechtsunsicherheiten. Es fehle dem Ansatz zudem eine demokratische Legitimation, wenn Wettbewerbsbehörden von sich aus ihre Rechtsanwendung ohne konkrete gesetzgeberische Vorgaben auf die im Rahmen des more economic approach vorzunehmenden Effizienzüberlegungen stützten. Entsprechend verwirft der Autor den more economic approach konsequent und plädiert dafür, das kartellrechtliche Normgefüge nicht durch einen ergebnisorientierten wohlfahrtsökonomischen Ansatz prägen, sondern vielmehr vom Prinzip leiten zu lassen, das den Schutz des Wettbewerbs als solchen bezweckt, und dabei zentral auf die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer abzustellen. In den geltenden Rechtsordnungen der Europäischen Union und der Schweiz würde folglich richtigerweise von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der den Wettbewerb beschränkenden Massnahmen ausgegangen. Es handle sich dabei um Gefährdungstatbestände; Wettbewerbsbeschränkungen seien zu untersagen, welche den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit gäben, sich den Wettbewerbsregeln zu entziehen.

Der Autor weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die geltenden Wettbewerbsordnungen der Schweiz und der Europäischen Union darauf abstellten, dass nicht nur Handlungsweisen, die effektiv eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkten, sondern auch solche, die bloss eine bezweckten, von den materiellen Regeln erfasst würden und einer behördlichen Intervention zugänglich seien. Entsprechend müsse bei der Erheblichkeitsprüfung von Wettbewerbsabreden nicht bloss auf quantitative sondern auch auf qualitative Ansätze im Sinne einer Prüfung der Auswirkungen auf die wirtschaftliche Handlungsfreiheit abgestellt werden. Insbesondere was die schweizerische Praxis betrifft wird dieser Ansatz jedoch von den Rechtsanwendungsbehörden nicht konsequent umgesetzt, wenn selbst bei den den wirksamen Wettbewerb vermutlich beseitigenden horizontalen Preisabreden noch verlangt wird, dass ein quantitativ erheblicher Teil des Marktes von der Abrede tatsächlich betroffen ist.

Der grosse Verdienst der Arbeit von ADRIAN KÜNZLER ist es, den sich stellenden komplexen ökonomischen Fragen im Kartellrecht umfassend auf den Grund gegangen zu sein. Alle wichtigen ökonomischen und rechtlichen Fragestellungen werden identifiziert und gestützt auf die einschlägige Literatur umfassend abgehandelt. Theoretische Ansätze werden geschickt mit praktischen Fragestellungen angereichert, sodass das Buch entgegen dem ersten Anschein nicht nur auf den Schreibtischen theoretisch Interessierter Platz finden sollte.

Obwohl sich der Autor bemüht, sich umfassend mit der Materie auseinanderzusetzen, bleibt für den eine objektiv ausgerichtete Studie erwartenden Leser ein Wermutstropfen. Die Weichenstellung für oder gegen den more economic approach erfolgt sehr früh und zwar in einem negativen Sinne. Das schadet dem eigentlichen Anliegen der Arbeit, ein umfassendes Gedankengerüst zur alten Streitfrage zum Verhältnis von Ökonomie und Recht im Kartellrecht bereitzustellen und damit einen Beitrag zu leisten, in welchem Umfang welche Teile des more economic approach oder allgemein ökonomische Ansätze bei der Kartellrechtsanwendung notwendigerweise berücksichtigt werden müssen bzw. verwertbar sind.

Dr. iur. Jürg Borer, Rechtsanwalt, Zürich