

Tischrede Atelier de la Concurrence am Mittwoch, 8. Februar 2017

Meine sehr geehrten Damen und Herren, liebe Freundinnen und Freunde

Eine Tischrede oder der heute hierzu verwendete und um einiges eleganter und vor allem hochstehender wirkende Begriff «Keynote» ist ja eigentlich ein Unding und hat *prima vista* für die Zuhörer nur Nachteile. Das interessante Gespräch mit dem Tischnachbarn wird unterbrochen, der längst erwartete Weinnachschub bleibt aus, auch dringende Geschäfte mit dem Smartphone werden unterbunden oder müssen zumindest unter den Tisch verlegt werden und auch das eigentliche Geschäft – oder vielmehr Bedürfnis –, das sich ja nach einiger Zeit des Essens und Trinkens einstellt, wird während der Redezeit verunmöglicht, will man a) nicht auffallen oder b) nicht unhöflich erscheinen. Es wird mit anderen Worten ein gleichförmiges Verhalten der Teilnehmer verlangt und auch durchgesetzt. Und damit wird natürlich das Interesse dieser Marktteilnehmer an der vorliegenden Rede sofort geweckt – so hoffe ich es auf jeden Fall.

Ich kann Sie beruhigen: Die Gleichförmigkeit Ihres Verhaltens wird auf dem sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt nur für einige Minuten beansprucht.

Eine Keynote (engl. für „Grundgedanke“, „Grundsatz“; bezeichnet nach Wikipedia einen herausragend präsentierten Vortrag eines meist

prominenten Redners oder professionellen Grundsatzreferenten. Der Begriff Keynote wird vom Einstimmen von A-cappella-Chören abgeleitet: Der Chor singt vor jedem Auftritt gemeinsam einen Ton, damit sich die einzelnen Sänger auf das Stück und aufeinander einstellen können. Sinngemäß stimmt also der Keynote-Speaker sein Publikum auf die Kernbotschaft ein. Das wäre jetzt wohl hier ein bißchen spät. Immerhin sind Keynotes nicht zwangsläufig immer am Anfang einer Veranstaltung angesetzt, sondern können auch in der Mitte, als überleitende Motivation oder am Ende, als ausklingende Inspiration stattfinden. Wikipedia beruhigt mich weiter: Um als Keynote-Speaker im deutschen Sprachraum tätig zu sein bedarf es gesetzlich keiner besonderen Voraussetzungen.

Die meisten Keynote-Speaker sind offenbar Praktiker aus Verkauf, Marketing oder Führung sowie Prominente (ehemalige Sportler und Politiker; gut ich bin immerhin ehemaliger Praktikant und wissenschaftlicher Mitarbeiter im Sekretariat der Wettbewerbskommission). In der Wissenschaft bzw. bei wissenschaftlichen Kongressen – um einen solchen handelt es sich zweifellos bei der 24. Ausgabe der *Atelier de la concurrence* – sind es national bzw. international herausragende Vertreter zum Thema des Kongresses, die der Veranstalter bzw. ein Programmkomitee auswählt bzw. einlädt.

Es scheint wohl klar, daß ich weder als national noch als international herausragender Vertreter vor Ihnen stehe. Immerhin bin ich der oberste

Kartellrichter des Kantons Obwalden. Wenngleich – das muß ich hier natürlich noch einräumen – in meiner nun bald vierjährigen Tätigkeit dort noch kein Kartellrechtsfall auf meinem Schreibtisch gelandet ist. Meine Persönliche Affinität zum Kartellrecht entstand freilich an einem anderen Ort. Für die einen ist es die Höhle des Löwen – das Sekretariat der WEKO – für die anderen (etwas pathetisch) die Schaltzentrale über sein oder Nichtsein von Wettbewerb. Ich empfand mein Praktikum im Dienst Dienstleistungen im Jahr 2006 unter meinen Lehrmeistern, von denen einige mir jetzt zuhören (oder zuhören müssen) als positiv prägend, so daß ich nach der Anwaltsprüfung nicht lange überlegen mußte, dem Ruf Olivier Schallers zu folgen und als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Sekretariat anzufangen. Leider folgte schon bald (im Frühjahr 2009) die Möglichkeit, als Gerichtsschreiber am Bundesgericht in Lausanne (im Strafrecht) anzufangen. Eine zunächst angestrebte 50 %-Lösung für beide Arbeitsorte war in Lausanne leider damals nicht möglich.

Die heutige Veranstaltung hat gezeigt, daß Kartellrecht nicht nur das eigentliche Kartellgesetz umfaßt, sondern dieses Kartellgesetz zunehmend (und seit den direkten Sanktionen sich verstärkend) auch von außen beeinflußt wird: Insbesondere durch die seit 1. Januar 2011 in Kraft stehende Schweizerische Strafprozeßordnung. Damals, während meiner Praktikantenzeit, fand die allererste Hausdurchsuchung statt, die die WEKO durchführte. Die Computer im Sekretariat und auch mein persönlicher Laptop besaßen noch ein Diskettenlaufwerk, waren aber immerhin schon mit CD-Laufwerk ausgerüstet. In der

Hausdurchsuchungsbibel, der Dissertation von Simon Bangerter, aus dem Jahre 2013, wird einem erst so richtig klar gemacht, wie die Technik sich in den letzten Jahren entwickelt hat. Damals fand diese erste Hausdurchsuchung, an der ich als Praktikant leider nicht teilnehmen konnte, mit Sicherheit unter der Kartellrechts-Version 1.0 statt. Eine Diskette hatte einen Speicherplatz von 1,44 MB. Eine CD hatte 654 MB Speicherkapazität, eine DVD hat heute knapp 5 GB, ein USB-Stick bis 512 GB (Simon Bangerter schrieb in seiner Diss. noch von 128 GB) und Festplatten werden in mehreren Terabytes und wohl bald in Petabytes gemessen. Für Hausdurchsuchungen 4.0 braucht es immer weniger einen Lieferwagen, sondern vielmehr entsprechend ausgebildete Mitarbeiter, welche die vorhandenen Daten auslesen können (ich verweise auf § 38 «Die Sicherstellung der Daten vor Ort» und § 39 «Die Durchsuchung der Daten» in der Bangerter-Bibel).

Vieles muß und wird heute nicht mehr in Papierform aufbewahrt. Wir haben es an der heutigen Tagung gehört. Ebenfalls die vielfältigen Herausforderungen, die damit verbunden sind. Selbst bei den Gerichten hält langsam aber sicher die moderne Technik Einzug. Bis 2020 sollen unter der Projektleitung des Bundesgerichts sämtliche Richter in der Schweiz an einem sogenannten elektronischen Arbeitsplatz arbeiten und sämtliche Eingaben und der «Dossierverkehr» elektronisch und nicht mehr auf Papier erfolgen. Die Bundesverwaltung ist hier schon weiter. Allerdings stellen sich auch bei uns Fragen betreffend Medienbruch, Datensicherheit, Archivierung usw.

Der Gesetzgeber hinkt der technischen Entwicklung immer dann hinterher, wenn er künftige Entwicklungen nicht vorhersieht (was freilich immer möglich ist) und – heute immer öfter – sich bei der Gesetzesredaktion nicht auf die wesentlichen Punkte beschränkt. Es täte Not, sich wieder mehr Gedanken zu machen, wie sich Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen im Laufe der Zeit überleben, veralten und die Lebens- sowie Rechtsrealität immer weniger abbilden können. Ein großer Kartellrechtler hat ja in anderem Zusammenhang einmal gesagt, daß sich «das Gesetz an der Peripherie des Rechts» befinde. Diese unschöne Entwicklung sollte zumal vor den künftigen digitalen Herausforderungen vermieden werden.

Besser gemacht hat es der Verordnungsgeber übrigens im Jahre 1962 mit einem Artikel in der Verkehrsregelnverordnung. Art. 33 dieser Verordnung betreffend Vermeidung von Lärm verbietet neben dem andauernden unsachgemässen Benützen des Anlassers und des unnötigen Vorwärmens und Laufenlassens der Motoren stillstehender Fahrzeuge (lit. a) und des fortgesetzten unnötigen Herumfahrens in Ortschaften (lit. d) auch Störungen durch Radioapparate und andere *Tonwiedergabegeräte*, die im Fahrzeug eingebaut sind oder mitgeführt werden. Damit erfaßte diese Bestimmung nicht nur die ersten tragbaren Tonbandgeräte und Autoradios oder die späteren Ghettoblaster, sondern auch die modernsten Soundsysteme und tonträgerlosen Geräte, auf denen Musik abgespielt werden kann. Der Begriff der *Tonwiedergabegeräte* ist zum einen hinreichend präzise, aber auch sehr offen gehalten und für wohl alle künftigen Entwicklungen – sag niemals nie – gerüstet.

Daß sich elektronische Geräte verändern und weiterentwickeln, insbesondere Handys, ist jedem klar. Sehr schön sieht man dies an einem bereits 2013 gefällten Entscheid des Bundesgerichts (6B_307/2012), wonach für die Auswertung eines sichergestellten Handys (eigentlich ja ein Telefon) die Regeln zur Durchsuchung von Datenträgern und nicht diejenigen über die Überwachung des Fernmeldeverkehrs gelten.

Nun vielleicht noch kurz zu meiner derzeitigen Beziehung zum Kartellrecht, jenseits des bereits erwähnten Umstandes, daß ich immer noch auf einen Kartellrechts-Fall auf meinem Schreibtisch warte: Wie Sie vielleicht auf meiner Vorstellungsfolie gesehen haben, schreibe ich an einer Habilitation mit dem Arbeitstitel «Der Gesamtarbeitsvertrag im Zwielficht des Kartellrechts». Die Thematik beansprucht nicht, die digitalen Herausforderungen des Kartellrechts aufzuzeigen, vielmehr bleibt es wohl eher beim Kartellrecht 1.0.

Ein Gesamtarbeitsvertrag «hat eine Wettbewerbsabsprache nicht nur zum Inhalt, vielmehr setzt er (...) eine hinreichende Kartellmacht voraus». Die von HAUSHEER im Jahre 1976 geäußerte Feststellung zeigt die «zwielfichtige» Stellung von Gesamtarbeitsverträgen in Bezug auf das Kartellrecht sehr deutlich auf. Gleichwohl: Die Wirkung der (allgemeinverbindlichen) Gesamtarbeitsverträge wurde unter dem geltenden Kartellgesetz in jüngerer Zeit kaum je untersucht. Nachdem

die Kartellgesetze 1962 und 1985 den Arbeitsmarkt betreffende Abreden – und damit die Gesamtarbeitsverträge – noch explizit vom Kartellrecht ausgenommen hatten, verzichtete der Gesetzgeber auf eine Ausnahmebestimmung im geltenden Recht.

Die Beurteilung der Gesamtarbeitsverträge mit Blick auf ihre kartellrechtliche Relevanz war in den letzten Jahrzehnten einem spürbaren Wandel unterworfen.

Der mit dem Kartellgesetz 1995 einhergehende Paradigmawechsel vom Individualrechtsschutz hin zum Schutz des Wettbewerbs als solchem sowie der seit der Kartellrechtsnovelle 2003 gesetzlich weit gefaßte Unternehmensbegriff veränderten das Kartellrechtsverständnis, zeitigte jedoch nur geringe Auswirkungen auf die kartellrechtliche Einordnung des Arbeitsmarktes – zumindest im maßgeblichen Schrifttum.

Verschiedene parlamentarische und außerparlamentarische Stellungnahmen ab den 90er-Jahren führten, namentlich aus Wirtschaftskreisen, zu Kritik am Institut der Allgemeinverbindlicherklärung und der generellen Ausklammerung des Arbeitsmarktes vom Kartellgesetz, ohne freilich bis anhin die Praxis zu beeinflussen oder gar eine Änderung der Gesetzgebung herbeizuführen. Eine solche Entwicklung ist auch weiterhin nicht abzusehen.

Bis anhin begnügten sich Lehre und Praxis weitgehend darauf, die – allgemeine – Zulässigkeit wettbewerbsrelevanter Abreden im Bereich des

Arbeitsmarktes zu bejahen oder zu verneinen. Dabei wurde und wird die Sonderstellung des Arbeitsmarktes im Vergleich zu den Absatzmärkten hervorgehoben und daraus die Zulässigkeit einer Abweichung vom Kartellgesetz abgeleitet.

Angeführt werden etwa Klauseln in Arbeitsverträgen, welche die Arbeitnehmer zum Bezug bestimmter Produkte verpflichten; Abreden zum Verzicht auf die gegenseitige Abwerbung von Personal konkurrierender Unternehmen; Bestimmungen gegen Preisschleuderei in Arbeitsverträgen oder das Verbot, Arbeitsverträge mit Außenseitern oder Konkurrenten abzuschließen.

In meiner Habilitation sollen Kriterien entwickelt werden, die eine sinnvolle Abgrenzung ermöglichen zwischen erlaubten und unerlaubten Abreden. Damit soll verhindert werden, daß überkommene Ausnahmeregelungen zum Kartellgesetz den Wettbewerb unnötig verzerren. Wie diese Kriterien aussehen werden, kann ich freilich noch nicht verraten.

So, jetzt haben Sie einiges gehört; wenn auch mehr zum Kartellrecht 1.0 statt 4.0. Eine Keynote gemäss Wikipedia-Definition war meine Rede deshalb nicht, so doch immerhin (ich hoffe es zumindest) etwas unterhaltend...

Wikipedia vergißt übrigens auch das Finanzielle bei einer Keynote nicht. Ich zitiere: «Für diesen Personenkreis [also für die Keynote-Speaker]

werden zumeist einzig die Reise- bzw. Teilnahmekosten vom Veranstalter übernommen». Die hiesigen Veranstalter sind vor diesem Hintergrund sehr großzügig, haben sie doch neben dem Erlaß der Teilnahmekosten auch die Essenskosten übernommen, wofür ich mich sehr bedanke. Ich wünsche Ihnen nun einen guten Nachtisch und einen gelungenen Ausklang, bei hoffentlich nun nicht mehr weiter gestörten Tisch-Gesprächen.

Besten Dank.