

## Trojanische Pferde im neuen Kartellgesetz

### Problematische Ausweitung der Interventionsbasis

Von Markus Saurer\*

Als Hauptpunkte der laufenden Kartellgesetzrevision gelten die Einführung direkter Sanktionen und die Kronzeugenregelung. Weit grössere Bedeutung werden jedoch die Behandlung vertikaler Abreden und eine «Konkretisierung» des Marktbeherrschungsbegriffs erlangen. Auf Grund der Vorschläge von Bundesrat und Nationalrat drohen unnötige Behördenaktivitäten und falsche Markteingriffe.

Obwohl direkte Sanktionen und die Kronzeugenregelung die wesentlichen materiellen Grundlagen wettbewerbsrechtlicher Interventionen nicht ändern, konzentrierte sich die Diskussion der Kartellgesetzrevision bisher auf diese Punkte. Dagegen droht bei den vertikalen Abreden und bei der als «Konkretisierung» verschleierte Neudefinition der Marktbeherrschung eine ökonomisch verfehlte Ausweitung der Interventionsbasis und des Interpretationsspielraums der Wettbewerbskommission (Weko). Diesen Punkten wird kaum Beachtung geschenkt, weil ihr Gefahrenpotenzial nicht offensichtlich ist.

#### Problematische vertikale Abreden

Gemäss Kartellgesetz wird bei Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen Wettbewerbern vermutet, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen; sie sind deshalb unzulässig. Dagegen ist nichts einzuwenden, da diese sogenannten «harten horizontalen Kartelle» den Wettbewerb fast immer unterlaufen. Der Nationalrat will aber dieses faktische Verbot auf Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen ausdehnen, deren Wettbewerbswirkung weit weniger klar ist. Die ökonomische Forschung zeigt, dass vertikale Abreden nur unter bestimmten Umständen wettbewerbsbehindernd, unter anderen Umständen jedoch wettbewerbsfördernd wirken. Ihre effektive Wirkung hängt davon ab, ob die mit der Abrede koordinierte Wertschöpfungskette oder Marke der Konkurrenz durch andere Wertschöpfungsketten oder Marken (Interbrand-Wettbewerb) ausgesetzt ist oder nicht.

Als Faustregel sollte gelten, dass vertikale Abreden nur dann verboten werden, wenn sie in einem Umfeld getroffen werden, in dem ohnehin kein Interbrand-Wettbewerb herrscht, oder wenn sie bestehenden Interbrand-Wettbewerb beeinträchtigen. Andernfalls verbessern sie die Leistungserstellung der koordinierten Wertschöpfungskette, erhöhen die Wettbewerbsintensität zwischen Wertschöpfungsketten und erzielen insgesamt positive volkswirtschaftliche Wirkungen.

Wenn auf die kompetitive Ambivalenz vertikaler Abreden im Sinne des Nationalrates keine Rücksicht genommen wird, muss mit folgenden gravierenden Nachteilen gerechnet werden:

- Erstens werden staatliche und private Ressourcen durch viele unnötige Klagen und Untersuchungen vergeudet.
- Zweitens werden faktisch verbotene durch andere vertikale Abreden oder gar durch vertikale Fusionen ersetzt.
- Drittens werden viele Unternehmen auf vertikale Abreden verzichten, die an sich wettbewerbsfördernd wären.

Der erste Nachteil droht des Weiteren immer dann immense volkswirtschaftliche Folgekosten nach sich zu ziehen, wenn die Behörden am Schluss effektiv unnötiger Untersuchungen auch noch zu falschen Urteilen kommen. Diese Gefahr ist besonders dann sehr gross, wenn den Verfahren zu eng abgegrenzte oder gar keine relevanten Märkte zugrunde gelegt werden; eine Tendenz dazu ist bei vielen Wettbewerbsbehörden heute bereits ersichtlich. Unnötige Untersuchungen, an der wirtschaftlichen Realität vorbeiziehende Marktabgrenzungen und Fehlurteile werden indes mit zunehmender Praxis erkennbar und können in der Folge vermieden werden. Letzteres trifft leider für die stets verborgen bleibenden Nachteile zwei und drei nicht zu. Im Gegenteil: Das Motto «Nützt es nichts, so schadet es nichts» gilt hier offenbar nicht. Die mit der Revision angestrebte Prophylaxe wirkt in vielen Fällen nicht wettbewerbsbehaltend oder wettbewerbsfördernd, sondern wettbewerbsbehindernd.

#### Strukturerhaltende Nivellierung

Unternehmen gelten als marktbeherrschend, wenn sie sich als Anbieter oder Nachfrager von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (Art. 4 Abs. 2 Kartellgesetz). Der Bundesrat hat den Begriff Marktteilnehmer mit der Klammer (Mitbewerber, Anbieter oder Nachfrager) ergänzt, und der Nationalrat hat den Nachsatz «namentlich wenn andere Unternehmen von ihnen als Anbieter oder Nachfrager in besonderem Masse abhängig sind» angehängt. Bei der Beurteilung der Marktstellung soll künftig nicht nur auf Marktstrukturdaten, sondern auch auf die konkreten Abhängigkeiten abgestellt werden. Der Bundesrat weist in seiner Botschaft gleich selber auf die Gefahr dieser

Änderungen hin: «Die neue Formulierung will hingegen im Wettbewerb nicht mehr überlebensfähige Strukturen nicht schützen.»

Aus politisch-ökonomischen Gründen ist jedoch trotz dieser Warnung eine strukturerhaltende und damit per se wettbewerbswidrige Nivellierung der Kräfte zu erwarten. Vertreter von kleinen und mittleren Unternehmen haben diese «Konkretisierung» politisch durchgesetzt und werden eine Wirkung bei den Vollzugsbehörden Weko, Rekurskommission und Bundesgericht sehen wollen. Greift der Ständerat in der Behandlung der Kartellgesetzrevision nicht noch korrigierend ein, wird der Interpretationsspielraum dieser Behörden dem politischen Druck entsprechend gegeben sein, die Interessen des jeweils Schwächeren und nicht nur die Interessen des wirksamen Wettbewerbs im Auge zu behalten. Unternehmen werden allein wegen ihrer Grösse im Vergleich zu Geschäftspartnern kartellrechtliche Interventionen zu gewärtigen haben, auch wenn solche im Dienste des wirksamen Wettbewerbs nicht nötig wären. Dies gilt besonders für global tätige Unternehmen, von denen im Inland viele kleine Zulieferer abhängig sind. Die «Konkretisierungen» von Bundes- und Nationalrat drohen in einen Kräfteausgleich zu münden, der einer Zwangskartellbildung gleichkommt, die das Mittelmass schützt.

Die Weko nimmt schon mit dem geltenden Kartellgesetz immer mehr auf wettbewerbslich ambivalente Tatbestände und andere Abhängigkeiten zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen Einfluss. Sie handhabt damit ein grosses Potenzial für Fehlinterventionen in vertikale Systeme und für kontraproduktive Präjudizien und scheint nur noch geringe Ressourcen für horizontale Kartelle zu haben, die meistens klar schädlich sind. Bei der Kartellgesetzrevision haben sich mit den vertikalen Abreden und dem Schutz abhängiger Unternehmen bisher wenig beachtete Neuerungen eingeschlichen, die diese ökonomisch problembehaftete Asymmetrie weiter fördern würden. Es ist zu hoffen, dass der Ständerat diese Gefahr bannt.

\* Der Autor ist Leiter der Strategieberatung bei der Plaut (Schweiz) Consulting AG in Bern.