

Vertikalisierung – ein Phantomproblem in der allgemeinen und in der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung

Markus Saurer

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	135
II.	Kartellgesetzliche Überregulierung der vertikalen Koordination	139
1.	Vorbemerkungen	139
2.	Beeinträchtigungen des Wettbewerbs	140
3.	Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten (interbrand)	143
4.	Kooperation zwischen Komplementären (intra-brand)	146
5.	Beurteilung	147
III.	Dauergefahr der sektoriellen Überregulierung in der Telekommunikation	147
1.	Vorbemerkungen	147
2.	Entwicklung der Regulierung	149
a)	Schlanke Zugangsregulierung 1998	149
b)	Unzulässige Gesetzesauslegung	149
c)	Unzulässige Ordnungsrevision	150
d)	Gesetzesrevision 2007	150
e)	Konzertierte Offensive der Regulatoren	150
f)	Evaluationsberichte	151
g)	Gesetzesrevision 2019	152
3.	Beurteilung	152
IV.	Zusammenfassung und Politikempfehlung	153
	Literaturverzeichnis	155

I. Einleitung

«Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen.»¹ So lautet der sprachlich etwas missglückte Titel der Motion von Ständerat Olivier François (FDP/VD). Sie wurde in der Sommersession 2021 vom Parlament überwiesen und ist im Rahmen der anstehenden Teilrevision

¹ 18.4282 Motion François Olivier vom 13. Dezember 2018.

des Kartellgesetzes wie folgt zu erfüllen: «Um die Gesetzgebung im Wettbewerbsbereich wirksamer zu gestalten und die Unsicherheiten in Bezug auf ihre Anwendung zu verringern, wird der Bundesrat aufgefordert, Artikel 5 des Kartellgesetzes zu präzisieren. Diese Änderung soll es ermöglichen, den Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede unter Berücksichtigung sowohl qualitativer als auch quantitativer Kriterien zu bestimmen.»²

Das schweizerische Wettbewerbsrecht verbietet Wettbewerbsabreden (Kartelle) und andere Wettbewerbsbeschränkungen nicht per se, sondern nur, wenn sie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben.³ Also müsste es eigentlich selbstverständlich sein, dass die Behörden bei ihrer Beurteilung die effektiven Auswirkungen fraglicher Tatbestände analysieren. Wie sollten sie sonst deren Schädlichkeit nachweisen können? Solche Nachweise wurden in den ersten Kartellgesetzjahren denn auch stets geführt – ökonomisch, denn anders geht das nicht. Zur ökonomischen Analyse werden die Behörden schon in der Botschaft zum Kartellgesetz ausdrücklich aufgerufen und zur Anwendung der jeweils geeignetsten markt- und wettbewerbstheoretischen Beurteilungsmuster aufgefordert.⁴ Und dies impliziert die Berücksichtigung quantitativer Kriterien und Wirkungen. Wie konnte es dann dazu kommen, dass sich das Parlament nach rund 25 Jahren kartellgesetzlicher Vollzugspraxis plötzlich dazu berufen fühlte, die gesetzliche Präzisierung einer Selbstverständlichkeit zu fordern?

Nun, diese Forderung ist nötig geworden, um den zuständigen Behörden, der Wettbewerbskommission, dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht (!) diese Selbstverständlichkeit gleichsam «verbindlich» in Erinnerung zu rufen. Denn sie haben sich in den letzten Jahren bei ihren Beurteilungen gewisser Tatbestände immer stärker auf qualitative Argumente (um nicht zu sagen: auf Fiktionen) beschränkt und die Wirkungsanalyse – die Klärung der wirklich entscheidenden Frage nach der *tatsächlichen Erheblichkeit* und Schädlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung – immer mehr vernachlässigt und schliesslich vollständig ausgeblendet. Mitte 2016 hat das Bundesgericht diese Praxis im Leitentscheid Gaba/Elmex nicht nur fallbezogen bestätigt, sondern für gewisse Abreden gar zum allgemein verbindlichen Paradigma erklärt. Fortan sei davon auszugehen, dass horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG und vertikale Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG per se erhebliche und

² Motion Français.

³ Vgl. Art. 96 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie Art. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251).

⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I, 515 ff.

somit unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen darstellten, denn diese «harten» Abreden seien «potenziell» immer schädlich. Eine Analyse und Beurteilung ihrer tatsächlichen Auswirkungen in den relevanten Märkten sei deshalb nicht notwendig. Vorbehalten bleiben nur nicht weiter spezifizierte Bagatellfälle sowie Abreden, die aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen sind.⁵ Dieses neue Paradigma gilt, bis das Bundesgericht selber wieder davon abrückt oder das Parlament auf dem Gesetzesweg ausdrücklich etwas anderes vorgibt. Letzteres ist der Zweck der Motion Français.

Dass die Wettbewerbsbehörden die quantitative Wirkungsanalyse immer mehr zur Seite geschoben haben, hängt besonders mit der im Rahmen der Digitalisierung und des arbeitsteiligen Wirtschaftens immer stärker verbreiteten Koordination von Marktteilnehmern unterschiedlicher Wertschöpfungsstufen mittels vertikaler Verträge zusammen – auch im Fall Gaba/Elmex ging es um solche Verträge. Das Phänomen vertikaler Restriktionen oder der «Vertikalisierung» wird offensichtlich von vielen Kartellrechtsjuristen und einigen Ökonomen nicht ausreichend wettbewerbsökonomisch reflektiert und zu Unrecht zum grossen Wettbewerbsproblem emporstilisiert.⁶ Doch vertikale Koordination vermag den wirksamen Wettbewerb im Normalfall weder zu beseitigen noch erheblich zu beeinträchtigen, sondern ist vielmehr gerade typisches Merkmal dieses Wettbewerbs. Darum kann plakativ von einem «Phantomproblem» gesprochen werden, mit dem wir uns in diesem Beitrag an den Beispielen der allgemeinen und der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung beschäftigen wollen.

Mit der wettbewerbsökonomisch fundierten Wirkungsanalyse der früheren Kartellgesetzzollzugsjahre mussten in der Tat die meisten Untersuchungen vertikaler Abreden ohne Folgen geschlossen werden. Die Analysen ergaben immer wieder, dass fragliche Tatbestände den Wettbewerb nicht in erheblicher Weise zu beeinträchtigen vermochten und somit auch keine rechtlich relevanten Schäden generieren konnten. Doch die Einstellung kartellgesetzlicher Verfahren ohne Interventionen und Bussen bringt ein gewisses Frustrationspotenzial mit sich – vor allem für die Wettbewerbskommission und ihr

⁵ BGE 143 II 297. S. dazu z. B. auch Emch/Saurer, Fehler programmiert, 10, sowie mehrere Beiträge im Blog «Wettbewerbspolitik» des Verfassers und weiterer Autoren, abrufbar unter: <<https://wettbewerbspolitik.org>>. Nur nebenbei sei angemerkt: Das Bundesgericht widerspricht sich selber, denn ohne zumindest grobe quantitative Analysen kann man nicht richtig beurteilen, ob ggf. ein Bagatellfall vorliegt oder nicht.

⁶ So z. B. in den Aussagen von Rudolf Strahm im «Echo der Zeit», Radio SRF 1, vom 11. Mai 2021 zur Jahrespressekonferenz der Wettbewerbskommission, abrufbar unter: <<https://www.srf.ch/news/wirtschaft/25-jahre-neues-kartellrecht-weko-steht-vor-grossen-herausforderungen>>.

Sekretariat. Ihre zahlreichen folgenlosen Verfahren wurden in weiten Kreisen von Presse und Öffentlichkeit als Misserfolge gewertet und kritisiert, Behörden und Gesetz als «zahnlose Papiertiger» gebrandmarkt. So waren die Behörden geneigt, die Interventionshürden durch Vernachlässigung quantitativer Kriterien abzusenken. Wer glaubt, die davon betroffenen «harten» Abreden seien – ob mehr oder weniger erheblich – sowieso immer irgendwie schädlich, will darin natürlich auch eine intelligente Lösung sehen, die die Verfahren vereinfacht, Ressourcen spart und den Behörden erst noch mit Leichtigkeit zum (vermeintlichen) Erfolg verhilft.

Aus ähnlichen Motiven und Ansichten neigen oft auch sektorspezifische Regulierungsbehörden dazu, ihre gesetzlichen Interventionshürden möglichst niedrig zu interpretieren oder durch den Gesetzgeber niedriger stellen zu lassen. Im hier diskutierten Beispiel der Regulierung des Netzzugangs in der schweizerischen Telekommunikation geht es ebenfalls um Bestrebungen zur Per-se-Lösung eines vermeintlichen vertikalen Problems, zu der aber seit der Liberalisierung 1998 bis heute weder das Bundesgericht noch das Parlament Hand bieten wollten.

Wenn allgemeine oder sektorspezifische Interventionen zum Schutz des Wettbewerbs nicht basierend auf einer sorgfältigen ökonomischen Analyse, sondern nach dem zwar volkstümlichen, aber in diesem Zusammenhang wirklich dümmlichen Motto «Nützt es nichts, so schadet es nicht» erfolgen, dann werden es in sehr vielen Fällen gerade diese Interventionen sein, die den Wettbewerb beeinträchtigen und damit volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen generieren. Die Gefahr dieses Regulierungsversagens besteht ganz besonders bei vertikalen Restriktionen, weil «Vertikalisierung» eben unter vielen tatsächlichen Marktumständen nicht antikompetitiv, sondern neutral oder prokompetitiv wirkt und als Ergebnis des Wettbewerbs zu betrachten ist. Ob Interventionen angebracht sind oder nicht, können die Behörden nur richtig beurteilen, wenn sie qualitative wie quantitative Aspekte gleichermaßen eingehend prüfen und im Lichte der besten verfügbaren ökonomischen Kenntnisse beurteilen.

II. Kartellgesetzliche Überregulierung der vertikalen Koordination

I. Vorbemerkungen

Die industrieökonomische Literatur⁷ überquillt mit theoretischen und empirischen Arbeiten zur vertikalen Koordination. Letztere erfolgt üblicherweise vertraglich gebunden und umfasst in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht oft Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG und andere Vertikalabreden. Die Abreden werden getroffen zwischen an einer Wertschöpfungskette beteiligten Unternehmen verschiedener Wertschöpfungs- oder Marktstufen und können von der Beschaffung der Rohstoffe, Halbfabrikate und weiterer Vorleistungen über Produktionsstruktur und Produktionsprozesse bis hin zu Marketing und Wettbewerbsstrategie sämtliche operativen und strategischen Aspekte einer Wertschöpfung und deren Vermarktung zum Gegenstand haben. Aspekte der Forschung, Entwicklung und der Investitionen sowie der Finanzierung und der Aufteilung der damit verbundenen Risiken können dabei mit eingeschlossen sein. Am häufigsten und am bekanntesten dürften vertikale Bindungen zwischen Herstellern und Händlern sein – so etwa vertikal gebundene, selektive oder exklusive Vertriebssysteme.

Keine derartige vertikale Koordination liegt vor, wenn vor- oder nachgelagerte Produkte oder Leistungen auf einer Wertschöpfungsstufe immer wieder auf Spot- oder auch Terminmärkten nachgefragt oder zur Disposition gestellt werden. Quasi zur totalen vertikalen Koordination kommt es hingegen durch vertikale Integration, wenn die an der Wertschöpfung beteiligten Unternehmen zusammengeschlossen und sämtliche Transaktionen von den Märkten in das integrierte Unternehmen verlagert werden. Dann entfällt auch ein sonst latenter Wettbewerb unter aktuellen und potenziellen Partnern um vertikale Bindungen.⁸

⁷ Die Industrieökonomik (engl. industrial organization, IO) ist derjenige Teil der Ökonomik, der sich mit realitätsbezogenen Fragen der «unvollkommenen» oder «imperfekten» Konkurrenz auseinandersetzt. Sie hält heute die Analyseinstrumente und Kenntnisse bereit, ohne die zielführende Marktinterventionen nicht machbar sind. Denn in der realen Wirtschaft gibt es die «vollkommene» Konkurrenz ebenso wenig wie die idealtypischen Monopole oder Oligopole der Basismikroökonomik. Für einen kompakten, auf das Kartellrecht bezogenen Überblick über die modernen ökonomischen Ansätze s. Schwalbe/Zimmer, insbesondere I.B. Wettbewerb und Effizienz, 12 ff. Für eine umfassendere Abhandlung s. Motta.

⁸ Dieser nicht leicht fassbare Wettbewerb etwa um die Aufnahme als Partner in selektive oder exklusive Wertschöpfungsketten findet in der Analyse der Behörden viel zu wenig Beachtung.

Unser Fokus liegt bei vertikalen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, also bei Abreden «[...] über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden»⁹. Das sind die sogenannten vertikalen Vermutungstatbestände, die in Gaba/Elmex vom Bundesgericht per se als unzulässig deklariert werden. Von Vermutungstatbeständen wird im Gesetz vermutet, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Sofern diese Vermutung jedoch widerlegt werden kann, was in den meisten vertikalen Fällen leicht gelingt, können die fraglichen Abreden den Wettbewerb immer noch erheblich beeinträchtigen. Diese Erheblichkeit war vor Gaba/Elmex eingehend zu prüfen, wird aber jetzt mit diesem neuen Paradigma schlicht vorausgesetzt (ausgenommen Bagatellfälle). Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG sind aber letztlich gleichermassen unzulässig und werden mit Bussen belegt, ob sie nun den Wettbewerb nach Auffassung der Behörden beseitigen oder «nur» erheblich beeinträchtigen. Der Gesetzgeber kann darum wohl kaum gewollt haben, dass nach Widerlegung der Beseitigungsvermutung gleich ohne Umschweife auf erhebliche Beeinträchtigung geschlossen wird, sonst hätte er auf die Unterscheidung in Beseitigung und erhebliche Beeinträchtigung verzichtet und die fraglichen Abreden generell verboten. Hier ist auch noch in Erinnerung zu rufen, dass die letzte Kartellgesetzrevision nach Jahren der Debatte im Herbst 2014 gerade auch deshalb gescheitert ist, weil sie ein praktisch mit Gaba/Elmex identisches Teilkartellverbot vorsah.¹⁰ Die Parlamentsmehrheit, die ausdrücklich gegen dieses Verbot der Vermutungstatbestände war, sieht sich nunmehr mit Gaba/Elmex durch das höchste Gericht desavouiert. Doch überlassen wir die Diskussion derartiger institutioneller Fragen berufeneren Experten und wenden uns der industrieökonomischen Seite zu.

2. Beeinträchtigungen des Wettbewerbs

Eine Beseitigung des Wettbewerbs liegt vor, wenn aus der Sicht der Endkunden im für sie relevanten Markt – letztlich am physischen oder virtuellen (Internethandel) Verkaufspunkt einer Wertschöpfungskette – nur noch das Produkt dieser einen Kette oder Marke (engl.: brand) zur Verfügung steht. Wirksamer Wettbewerb erfordert in der Regel, dass die Endkunden aus mindestens zwei oder mehreren voneinander unabhängigen Angeboten (also zwischen valablen Substituten verschiedener Marken: interbrand) auswählen

⁹ Art. 5 Abs. 4 KG.

¹⁰ Botschaft des Bundesrates vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905 ff.

können.¹¹ Gehen wir sinnvollerweise davon aus, dass der unter den jeweils gegebenen technisch-ökonomischen und institutionellen Umständen theoretisch mögliche Wettbewerb die adäquate kompetitive Referenz darstellt, dann liegt eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Abreden vor, wenn diese ursächlich sind für dauerhafte Abweichungen von dieser Referenz – und zwar zulasten der Endkunden.¹² Die Frage der Erheblichkeit ist dann eine Frage nach dem Ausmass dieser Abweichungen und danach, ob sie im Lichte von Art. 1 KG als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich zu beurteilen sind.

Dieser Erklärungs- oder Definitionsversuch ist natürlich tautologisch. Er sagt nur aus, dass eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, wenn der tatsächliche Wettbewerb von einer unbeeinträchtigten kompetitiven Referenz abweicht – also wenn effektiv eine Beeinträchtigung vorliegt. Trotzdem ist diese Feststellung im Kontext Gaba/Elmex nicht sinnentleert, sondern führt direkt zu den Wurzeln des mit diesem Paradigma verbundenen Regulierungsversagens: Einige Arten vertikaler Bindungen werden heute von den Behörden grundsätzlich zum Problem erklärt, ohne dass kompetitive Referenzen zum Beleg vorgelegt werden. Dies war im Prinzip so lange nicht weiter «schlimm», als dazu noch in jeder konkreten Untersuchung nach den tatsächlichen Umständen, den adäquaten kompetitiven Referenzen (ohne Abrede) und nach den Differenzen zum Marktergebnis (mit Abrede) gesucht und auf diese Weise ökonomisch nachvollziehbar begründet auf Beseitigung, erhebliche, unerhebliche oder keine Beeinträchtigung geschlossen wurde. Dass dabei die Behörden mitunter geneigt waren, ihr Ermessen im Zweifelsfall eher für als gegen eine Intervention auszunützen, war vermutlich auch ein Problem, das wir hier aber

¹¹ Je nach produktionstechnischen Gegebenheiten (Skalenerträge, Verbundvorteile in Mehrprodukteunternehmen, Netzeffekte u. a.) kann wirksamer Wettbewerb auch durch Oligopole, Duopole oder selbst durch ein angreifbares Monopol gekennzeichnet sein. Vgl. dazu Baumol/Panzar/Willing, insbesondere Ch. 2, *Industry Structure and Performance in Perfectly Contestable Markets: The Single-Product Case*, 15 ff.

¹² Vom wirksamen Wettbewerb profitieren in erster Linie die Endkunden (Konsumentenrente) – sonst kann nicht wirklich von Wettbewerb gesprochen werden. Besonders effiziente Unternehmen können Gewinne erwirtschaften (Produzentenrente), Grenzunternehmen vermögen gerade noch im Markt zu verbleiben, und ineffiziente Unternehmen fallen aus dem Markt. Wettbewerbsbehörden, die etwa auch eine faire Beteiligung der Wertschöpfungspartner am Gewinn oder einen Ausgleich von Macht innerhalb der Wertschöpfungskette anvisieren, beeinträchtigen mit ihren Interventionen den Wettbewerb. Leider sind diese Regulierungsfehler im Vollzug des Kartellrechts aus politisch-ökonomischen Gründen allgegenwärtig. Vgl. dazu Saurer (Schutz der Wettbewerber statt des Wettbewerbs) sowie die dort zitierte Literatur.

nicht diskutieren wollen, weil es jetzt in Fällen des Gaba/Elmex-Typs nur noch in Bezug auf die Bagatellfrage und allenfalls bei einer «Effizienzverteidigung» ein ökonomisch relevantes Ermessen gibt.

Wie schon erwähnt, wurden vor Gaba/Elmex zahlreiche Fälle als unerheblich beurteilt und ohne Folgen abgeschlossen. Mit Gaba/Elmex wären sie alle (bis auf Bagatellen) ohne Analyse der möglichen und der tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse als erheblich zu beurteilen, zu untersagen und zu büssen gewesen. Dies gilt vorab für die Verfahren zu Vertikalabreden gemäss Art. 5 Abs 4 KG, die seit der Inkraftsetzung dieses Artikels im Frühjahr 2004 bis zum Gaba/Elmex-Urteil Mitte 2016 eingestellt wurden. Nun werden einige Experten argumentieren, dass der Vollzug vor diesem Paradigma eben zu permissiv war und nunmehr dieser Regulierungsfehler (*zweiter Ordnung*) mit der strengerer Behandlung der Vertikalabreden korrigiert worden sei. Vermutlich sind die meisten Experten und mit Sicherheit die Mehrheit des Parlaments (Motion Français) aber gegenteiliger Auffassung: Mit Gaba/Elmex wurde der Grundstein zu einer Serie von ungerechtfertigten Marktinterventionen gelegt (Regulierungsfehler *erster Ordnung*), der unbedingt wieder entfernt werden sollte. Im Folgenden soll dargelegt werden, dass dieser Auffassung aus industrieökonomischer Sicht klar zuzustimmen ist. Dazu sind vorab noch drei nützliche Hinweise anzubringen:

1. Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 4 KG können durchaus durch andere Abreden etwa betreffend Mengen oder Kunden sowie auch durch gezielte Preis-Leistungs-Differenzierungen substituiert werden. Dadurch können die strategischen Ziele der vermiedenen Abreden auch erreicht werden, was aber mit höheren Koordinationskosten verbunden ist. Ein generelles Verbot der Vermutungstatbestände erhöht durch solche Substitutionsreaktionen tendenziell die Kosten der Wertschöpfung und beeinträchtigt dadurch den Wettbewerb: «Nützt es nichts, so schadet es.»
2. Von einer derartig behördlich induzierten Ineffizienz sind nicht nur die Unternehmen betroffen, gegen die verfügt wurde. Vielmehr wirkt das faktische Verbot von Abreden des Typs Art. 5 Abs. 4 KG qua Compliance in vielen weiteren Unternehmen. Daraus ergibt sich ein Zwangsjacken- oder Chilling-Effekt, durch den in den Märkten immense volkswirtschaftliche Schäden entstehen können, die letztlich fast ausschliesslich auf die Endkunden zurückfallen.¹³ Für die Unternehmen ist dies alles nicht sehr problematisch, sofern ihre Mitkonkurrenten in gleichem Masse von fragli-

¹³ Vgl. z. B. Emch/Saurer, Wettbewerber in der Zwangsjacke, 335.

chen Regulierungen betroffen sind. Das erklärt wohl auch die oft sehr erstaunliche Passivität der Wirtschaft in der Diskussion von strittigen kartellgesetzlichen Fragen.

3. Eine Überregulierung der vertikalen Koordination leistet einem ineffizienten Mass an vertikaler Integration Vorschub.

Diesen Punkten folgend, ist zu befürchten, dass durch Gaba/Elmex schon ein erheblicher volkswirtschaftlicher Schaden (sic!) entstanden sein könnte und weiter entsteht, solange dieses Paradigma Bestand hat. Leider findet sich dazu in der aktuelleren schweizerischen industrieökonomischen Forschung wenig bis nichts, da sich diese kaum mit konkreten Verfahren und Entscheiden der Wettbewerbsbehörden befasst. Allerdings haben sich zahlreiche Ökonomen schon lange vor Gaba/Elmex, im Jahr 2009, im Rahmen einer breit angelegten Evaluation des Kartellgesetzes intensiv mit den vertikalen Vereinbarungen befasst und sich zu deren kartellgesetzlicher Behandlung geäussert.¹⁴

3. Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten (interbrand)

Art. 5 Abs. 4 KG wurde nach einer KG-Teilrevision per 1. April 2004 in Kraft gesetzt – zuvor hatte es für vertikale Abreden keine Vermutungstatbestände gegeben. Da dieser Artikel sowie weitere Teile der Revision im Parlament umstritten waren, wurde in Art. 59a KG auch gleich eine Evaluation vorgeschrieben. Diese wurde im Jahr 2008 von zahlreichen bundesinternen und externen Studiengruppen ausgeführt. Ihre Ergebnisse sind in Einzelberichten sowie einem Synthesebericht der Leitungsgruppe festgehalten¹⁵ und wurden vom Bundesrat Anfang 2009 zur Kenntnis genommen und in einem eigenen Bericht zusammengefasst. Folgende Auszüge entnehmen wir dem bundesrätlichen Bericht:¹⁶

- «Die Wettbewerbskommission präziserte diese Bestimmung in einer Bekanntmachung so, dass heute [also 2009; Anm. d. Verf.] gewisse Typen von Vertikalabsprachen unabhängig von den betroffenen Marktanteilen quasi per se als unzulässig gelten. Damit wurde ein Risiko geschaffen, dass volkswirtschaftlich sinnvolle und gar wettbewerbsfördernde Zusam-

¹⁴ Bundesrat, Bericht gestützt auf Artikel 59a Kartellgesetz über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen (vom Bundesrat am 25. März 2009 gutgeheissen), «Differenziertere Behandlung vertikaler Vereinbarungen», 10 ff.

¹⁵ Dokumentation zur Evaluation des Kartellgesetzes, abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/evaluation-des-kartellgesetzes.html.

¹⁶ Bundesrat, «Differenziertere Behandlung vertikaler Vereinbarungen», 10–11.

menarbeitsformen zwischen Unternehmen verhindert werden. Dies widerspricht dem Zweckartikel des Kartellgesetzes und läuft der internationalen, auch europäischen Tendenz in Richtung Einzelfallbetrachtung solcher Abreden zuwider. [...]

- Es wird insbesondere moniert [durch Kritiker; Anm. d. Verf.], dass die Bekanntmachung der WEKO wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen widerspricht, indem sie namentlich die Bedeutung des interbrand-Wettbewerbs (d. h. des Wettbewerbs zwischen verschiedenen auf demselben Markt vorhandenen Marken) ungenügend berücksichtigt. [...]
- Gemäss ökonomischer Theorie und Empirie können vertikale Abreden in der Regel nur dann wettbewerbschädigende Auswirkungen haben, wenn Unternehmen mit Marktmacht involviert sind. [...]
- Sofern auf einem Markt intensiver Wettbewerb herrscht, ist [...] wahrscheinlich, dass eine solche Restriktion effizient und wohlfahrtssteigernd ist. [...]
- Anhand von 91 Geschäften der Wettbewerbsbehörden zeigte sich, dass sich die meisten vertikalen Vereinbarungen nicht erheblich auf den Wettbewerb auswirkten. [...]
- Auch wurden von Seiten der Unternehmen Anzeichen dafür festgestellt, dass aus diesem Artikel ein Schutz von (kleinen) Wettbewerbern und nicht des Wettbewerbs resultiert.
- Die im Rahmen der Evaluation befragten Anwälte/innen vertraten die Meinung, dass die Unternehmen diese neue Gesetzesbestimmung befolgen und deshalb suboptimale, weniger effiziente Verhaltensweisen bezüglich Produktion, Vertrieb und Verkauf wählen würden.
- Mit der neuen Bestimmung und Bekanntmachung besteht folglich die Gefahr, dass effiziente vertikale Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmenden verschiedener Marktstufen verhindert werden.»

Praktisch identische Kritikpunkte hatte ein Jahr vor der Evaluation auch schon der Verfasser, der in der Evaluation als Experte befragt wurde, in einem Diskussionspapier festgehalten.¹⁷ Der Bundesrat teilte «im Grundsatz» die Auffassung der Evaluatoren, dass vertikale Abreden differenzierter beurteilt werden sollten. Er stellte darum Revisionsvorschläge zur Aufhebung des Vermutungstatbestands der Schädlichkeit vertikaler Absprachen in Aussicht. Weitergegangen ist die «Vertikalgeschichte» aber bis zum Fanal Gaba/Elmex erstaunlicherweise ganz anders. Davon nur so viel: Fünf Jahre nach der Evaluation ist die letzte KG-Revision – wie vorne erwähnt – u. a. daran gescheitert, dass

¹⁷ Saurer, 13 ff.

Art. 5 Abs. 4 KG statt aufgehoben in ein Teilkartellverbot hätte verschärft werden sollen. Dieser der differenzierten Beurteilung diametral entgegengesetzte Vorschlag kam wie ein «Schuss aus der Hüfte» von Johann Schneider-Ammann aus einem neu zusammengesetzten Bundesrat, der seine Auffassung ohne Angabe rationaler Gründe (die es auch nicht gab) geändert hatte, wurde aber vom Parlament im Jahr 2014 abgelehnt. Nichtsdestotrotz schuf nur zwei Jahre später das Bundesgericht unter krasser Missachtung des Parlaments das Gaba/Elmex-Paradigma.

Die «dekretierte» grundsätzliche Erheblichkeit von Gaba/Elmex hat für die Behörden die «bequeme» Folge, sich kaum mehr mit der komplexen ökonomischen Literatur der Vertikalabreden abmühen zu müssen. Kann gezeigt werden – was in der Regel simpel ist –, dass eine Abrede des Typs Art. 5 Abs. 4 vorliegt, dann ist diese ungeachtet aller konkreten Marktumstände schon mal als erheblich zu beurteilen. Ob sie den Wettbewerb eventuell beseitigt, ist eine Frage von untergeordneter Bedeutung, die normalerweise schon mit dem blossen Hinweis auf noch vorhandenen Interbrand-Wettbewerb unter Anwendung ökonomischer Anfängerkenntnisse nachvollziehbar verneint werden kann. Schwieriger wäre die Effizienzverteidigung, die Suche nach Effizienzgründen, aufgrund derer eine Abrede im konkreten Fall doch noch gerechtfertigt und für zulässig erklärt werden könnte (sie wäre ggf. sozial und volkswirtschaftlich nützlich). Hier überlassen es die Behörden aber scheinbar weitgehend den angeklagten Unternehmen und ihren Anwälten, ihre industrieökonomischen Kompetenzen mit überzeugenden Effizienzargumenten unter Beweis zu stellen. Dabei gelingt aber diese Verteidigung soweit ersichtlich selten bis nie, und Klagen über eine «ungesetzliche Beweislastumkehr» sind oft zu hören.¹⁸

Unter diesen Umständen können wir uns hier auf die fundamentale industrieökonomische Position beschränken, wie sie schon weitgehend aus den obenstehenden Evaluationsauszügen hervorgeht. Sehr kompakt finden wir diese im Standardwerk von Motta umschrieben: «Vertical restraints and vertical mergers are anticompetitive only if they involve firms endowed with significant market power [...] Accordingly, there is no need to monitor restraints and mergers which involve firms with little market power. An efficient policy towards vertical restraints would grant exemption to all the vertical restraints and

¹⁸ Eine Problematik, die wir wieder berufeneren Experten überlassen müssen.

mergers of firms which do not have large market power. From the operational point of view, it would seem a good proxy to exempt firms with market shares below, say, 20–30% [...].»¹⁹

Würden die Behörden nach diesem Zitat verfahren (oder im Sinne des Bundesrates unmittelbar nach der KG-Evaluation), wären damit natürlich noch nicht alle potenziellen Fehlerquellen eliminiert. Besonders in Sachen Marktabgrenzung²⁰ und Definition von Marktmacht kann man immer industrieökonomische Fehler machen, und der subjektive Ermessensspielraum der Behörden kann zwar besonders durch quantitative Analysen verringert, jedoch nie ganz eliminiert werden. Aber es liegt auf der Hand, dass mit «Best Practice»-Analysen die meisten Fehler erster Ordnung (Vertikalabreden werden verboten, obwohl sie effektiv kein Problem im Sinne von Art. 1 KG darstellen) vermieden werden können. Diese Fehler werden dagegen mit der rein qualitativen Gaba/Elmex-Fiktion in allen potenziell möglichen Fällen mit Sicherheit begangen (man ist fast versucht, von «Paradigma-Paralyse» zu sprechen).

4. Kooperation zwischen Komplementären (intra-brand)

Mit Gaba/Elmex sinkt aber auf der anderen Seite – so könnte man argumentieren – die Quote von Fehlern zweiter Ordnung²¹ auf null. In der Realität sind aber die schädlichen Vertikalabreden auf Fälle beschränkt, in denen kein ausreichender Interbrand-Wettbewerb gegeben ist. Dies gilt, wie auch aus dem Motta-Zitat herauszulesen ist, auch für «harte» Abreden über Preise, Gebiete oder Kunden. Und dass es nur selten Marktverhältnisse ohne disziplinierenden Interbrand-Wettbewerb gibt, konnten ja die Behörden in der Zeit seit der Einführung von Art. 4 Abs. 5 KG bis zum Urteil Gaba/Elmex anhand ihrer Vorabklärungen und Untersuchungen gleich selber feststellen, als sie noch die industrieökonomisch fundierte Analyse pflegen mussten.

¹⁹ Motta, 377. Dazu ist anzumerken, dass Motta einen moderaten Mainstream vertritt. Es gibt auch hier Ermessensspielraum (ab wann liegt Marktmacht vor?), den Motta in der Regel durchaus interventionsgeneigt auszunützen empfiehlt. Lesern, die sich mit skeptischeren Positionen vertraut machen wollen, ist ein Einstieg mit Borks berühmten «Antitrust Paradox» zu empfehlen: Bork 1993, 280 ff.

²⁰ Die sachlichen Märkte müssen normalerweise aus der Sicht der Endkunden abgegrenzt werden. Ein Monopol liegt vor, wenn den Endkunden nur ein Produkt einer einzigen Wertschöpfungskette angeboten wird – und nicht, wenn einem Bezüger einer spezifischen Vorleistung nur ein möglicher Lieferant gegenübersteht. Vgl. dazu z. B. Dietrich/Saurer.

²¹ Fehler zweiter Ordnung: Ein Problem im Sinne von Art. 1 KG liegt effektiv vor, der ursächliche Tatbestand (z. B. Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG) wird jedoch nicht verboten.

Bei all dem sollte nicht vergessen gehen, dass vertikale Abreden zwischen Komplementären und nicht zwischen Substituenten (Konkurrenten) getroffen werden. Im Unterschied zu Substituenten, die von gegenseitiger Ineffizienz profitieren, profitieren Komplementäre von gegenseitiger Effizienz. Jeder Teilnehmer an einer Wertschöpfungskette hat ein Interesse daran, dass «seine» Kette im Wettbewerb mit konkurrierenden Wertschöpfungsketten (interbrand) erfolgreich ist. Und dies wiederum bedingt, dass sie bei den Kunden erfolgreich ist. Effizienzgewinne der vertikalen Koordination werden somit an die Kundschaft weitergegeben. Darum sind vertikale Abreden – egal, welcher Art – unter der Bedingung eines wirksamen Interbrand-Wettbewerbs *in aller Regel* prokompetitiv und dadurch sozial und volkswirtschaftlich nützlich.

5. Beurteilung

Mit Gaba/Elmex werden – vielleicht etwas «überspitzt» gesagt – die im Bereich der Vertikalabreden sehr seltenen potenziellen Regulierungsfehler zweiter Ordnung zwar zu 100 Prozent vermieden, dafür wird jedoch in Kauf genommen, dass die häufigen potenziellen Regulierungsfehler erster Ordnung (Überregulierungen) ebenso zu 100 Prozent begangen werden. Ein derartiges Paradigma ist industrieökonomisch unter keinen Umständen vertretbar. Es desavouiert zudem den Gesetzgeber und widerspricht der verfassungsmässigen Missbrauchsgesetzgebung. Mit der Motion Français kann dieses Regulierungsversagen bei der anstehenden Gesetzesrevision eliminiert werden.

III. Dauergefahr der sektoriellen Überregulierung in der Telekommunikation

1. Vorbemerkungen

Am Beispiel der Telekommunikation kann gezeigt werden, wie unter Missachtung der tatsächlichen Marktumstände und des Interbrand-Wettbewerbs auch in der sektoriellen Wettbewerbsregulierung ständig schädliche Überregulierungen (Regulierungsfehler erster Ordnung) drohen. Und auch hier geht es um eine Spielart der «Vertikalisierung», um Beziehungen zwischen Komplementären, auf die die Behörden regulierend Einfluss nehmen wollen.

In der leitungsgebundenen Telekommunikation²² ist der Interbrand-Wettbewerb spätestens seit der digitalisierungsbedingten technischen Konvergenz der Netze vor allem durch den Wettbewerb im Angebot von multifunktions-

²² Gilt an sich auch für die mobile Telekommunikation, die wir aber hier nicht behandeln.

fähigen Kundenanschlüssen (Internet, TV, Telefon) zwischen grossen Netzbetreibern bzw. Telekommunikationsplattformen geprägt. Plattformbetreiber sind etwa die Marktführerin Swisscom, Sunrise/UPC, weitere ehemalige Kabelfernsehbetreiber und Versorgungsunternehmen. Sie sind in der Regel bereit, Mitbenützer ihrer Netze zu kommerziell optimierten Konditionen zu bedienen. Diese Mitbenützer sind heute aber faktisch immer mehr nur noch Wiederverkäufer von Unternehmens- und Haushaltanschlüssen, da sich die Konkurrenz zwischen den Diensten mit der Digitalisierung grösstenteils ins Internet und auf Endgeräte sowie Apps verlagert hat (zu globalen Unternehmen wie Google, Amazon, Microsoft, Spotify bis hin zu nationalen Kleinanbietern von Apps).

Trotzdem ist bei sektoriellen Telekommunikationsregulierungsbehörden gelegentlich immer noch zu hören, der Netzzugang müsste für Netzinhaber und Dritte diskriminierungsfrei reguliert werden, damit der Wettbewerb bei den Diensten spielen könne. Die schweizerische Kommunikationskommission ist seit Jahren bestrebt, die Mitbenützung der Plattformen bzw. den Zugang zu den Netzen und weitere Vorleistungen der Netzbetreiber stärker zu regulieren (z. B. Entbündelung der letzten Meile). Sie kann schon heute eingreifen, aber nur wenn sich die Partner im Markt nicht einigen – also subsidiär – und im konkreten Fall ein kompetitiver Regulierungsbedarf nachgewiesen werden kann, was in der Regel nur im Nachhinein – ex post möglich ist.

Dies erinnert an das Kartellgesetz vor der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG und vor allem vor Gaba/Elmex. Einen damit vergleichbaren Paradigmenwechsel fordert die Kommunikationskommission seit Jahren; sie will Netzzugänge und andere Vorleistungen der Plattformbetreiber von Amtes wegen – ex officio – und ohne Bedarfsabklärung im Einzelfall ex ante regulieren, wie dies etwa in den EU-Ländern der Fall ist. Vereinfacht geht es der Kommission vor allem darum, die kommerzielle, privatvertragliche Form der vertikalen Bindungen oder der «Vertikalisierung» von Swisscom in eine voll staatlich regulierte Form überzuführen. Im Unterschied zu Gaba/Elmex soll aber weniger mit Verboten, sondern mit Geboten und Kontrahierungszwängen gearbeitet werden. Wie bei Gaba/Elmex würde dies auch in der Telekommunikation das analytische Leben der Regulatoren sehr vereinfachen. Doch auch in der Telekommunikation und in der sektoriellen Regulierung gilt, dass der industrieökonomischen Theorie und Empirie sicher nicht fehlerfrei nachgelebt wird, wenn man sie gleich vollständig ausblendet!

2. Entwicklung der Regulierung

In der schweizerischen Telekommunikation wird seit Jahren über Regulierungen des Zugangs zu Einrichtungen oder Vorleistungen marktbeherrschender «Anbieterinnen»²³ gestritten, die natürlich vorab Swisscom in die Pflicht nehmen. Sie stellen den Kern der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung dar. Diese wurde seit der Liberalisierung 1998 erweitert, obwohl der Wettbewerb seit Anbeginn stets funktionierte und die Schweizer Marktperformance im weltweiten Vergleich immer sehr gut abschneidet.²⁴

a) *Schlanke Zugangsregulierung 1998*

Die Liberalisierung 1998 setzte darauf, dass die Konkurrenten im Normalfall aus eigenen Interessen durchaus marktkonforme Interkonnections- und Kollationsvereinbarungen abschliessen; marktbeherrschende Anbieterinnen sollten aber bei Bedarf dazu verpflichtet werden können. Zur Durchsetzung dieser schlanken Zugangsregulierung – eine regulierte Entbündelung der letzten Meile war zunächst nicht vorgesehen – konnte die zuständige Kommunikationskommission nur auf Klage von Beteiligten intervenieren, wenn also auf vertraglicher Basis keine Einigung erreicht wurde (subsidiär).²⁵ Es liegt in der politökonomischen Natur der Sache, dass dieses Regime den Regulierungsbehörden und den Marktneuligen zu mager war; sie liessen deshalb fast nichts unversucht, um sie zu erweitern.

b) *Unzulässige Gesetzesauslegung*

So versuchte die Kommunikationskommission zuerst, einer Marktteilnehmerin mit einer extensiven Gesetzesauslegung regulierten Zugang zu Übertragungsmedien und Mietleitungen von Swisscom zu verschaffen. Diese Auslegung erklärte das Bundesgericht aber für nicht zulässig.²⁶

²³ Dieser Begriff wird in Gesetzen und Verordnungen des Fernmeldewesens verwendet. Er ist nicht neuen Gendersprachvorschriften geschuldet, sondern kommt daher, dass faktisch immer Swisscom gemeint ist.

²⁴ Die Schweiz hat im internationalen Vergleich eine immer noch relativ «leichte» Regulierung (light-handed regulation). Für einen Ländervergleich von Regulierung und Performance sowie theoretische Erwägungen zu den Unterschieden vgl. Briglauer/Cambini/Grajek und die dort aufgeführte Literatur.

²⁵ Bundesrat, Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz, BBl 1996 III, 1427 ff.

²⁶ BGE 127 II 132.

c) *Unzulässige Verordnungsrevision*

Darauf liess sich der Bundesrat durch die Regulierungsbehörde und interessierte Marktakteure dazu verleiten, die Entbündelung sowie den Bitstrom- und Mietleitungszugang auf dem Verordnungsweg einzuführen, obwohl dies rechtlich sehr umstritten war. In der Tat befand das Bundesgericht, dass für ein solches Vorgehen keine gesetzliche Grundlage gegeben war.²⁷

d) *Gesetzesrevision 2007*

Per 1. April 2007 wurde eine Erweiterung der Zugangsregulierung per Gesetzesrevision von Art. 11 Fernmeldegesetz (FMG; SR 784.10) in Kraft gesetzt. Der regulierte Zugang wurde aber vom Parlament entgegen den Forderungen des Regulators und interessierter Kreise auf das Kupferanschlussnetz von Swisscom eingeschränkt; Anschlussnetze neuerer Generationen (Glasfaser und hybride Formen) werden nicht erfasst. Und am Subsidiaritätsprinzip wurde vom Parlament festgehalten: «Wie bisher werden die Beziehungen zwischen den Fernmeldedienstanbieterinnen von den Parteien selbst geregelt. Nur wenn eine davon die Eidgenössische Kommunikationskommission darum ersucht, kann diese [...] intervenieren und der marktbeherrschenden Anbieterin die im Gesetz vorgesehenen Pflichten auferlegen.»²⁸

e) *Konzertierte Offensive der Regulatoren*

Ab August 2008 holte sich die Kommunikationskommission prominente Hilfe: Ihr Präsident sowie der Präsident der Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher richteten gemeinsam sehr medienwirksam einen offenen Brief mit der Forderung an den Bundesrat, das Subsidiaritätsprinzip sei aufzuheben. Die Kommunikationskommission müsse ex officio und ex ante intervenieren können, falls Anhaltspunkte gegeben seien, dass Swisscom den Zugang zum Kupfernetz nicht kostengerecht und diskriminierungsfrei gewähre. Im Oktober doppelte die damalige Ständerätin Erika Forster-Vannini mit einer Motion nach,²⁹ die jedoch nur vom Ständerat angenommen wurde und somit insgesamt als abgelehnt galt.

²⁷ Bundesgerichtsurteil 2A.178/2004 vom 30. November 2004, BGE 131 II 13 ff.

²⁸ Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes, BBl 2003, 7952 ff.

²⁹ 08.3639 Motion Forster-Vannini, Teilrevision des FMG, Eingabe der ComCom, der Weko und des Preisüberwachers.

f) *Evaluationsberichte*

Im März 2009 forderte der Ständerat den Bundesrat mittels Postulat zur Evaluation des Fernmeldemarktes und zur fundierten Darlegung des regulatorischen Handlungsbedarfs auf.³⁰ Der Bundesrat hielt in seinem Evaluationsbericht fest, dass die Schweiz gut mit Telekommunikationsdienstleistungen versorgt sei. Es gebe zwar gewisse Unzulänglichkeiten im Markt und bei der Regulierung, doch würden diese keine FMG-Revision rechtfertigen.³¹ Immerhin sei diskutabel, die Zugangsregulierung auf Glasfaseranschlussnetze, Kabelfernsehtnetze und sogar Mobilfunknetze auszudehnen sowie die Kommunikationskommission mit Ex-officio- und Ex-ante-Interventionskompetenzen auszustatten.

Anlässlich der Diskussion dieser Evaluation in den Kommissionen für Verkehr- und Fernmeldewesen beider Räte wünschten diese eine Nachführung der neuesten Entwicklungen, worauf der Bundesrat im März 2012 einen Ergänzungsbericht nachreichte. Und obwohl in den Daten, Fakten und Analysen keinerlei relevante Veränderungen auszumachen waren, vermeinte der Bundesrat, die künftigen Herausforderungen nunmehr deutlicher zu erkennen:

- Der technologische Wandel drohe auf Kupferanschlüsse beschränkte Regeln ins Leere laufen zu lassen;
- im Interesse der Rechtssicherheit sei eine technologieneutrale Ausgestaltung des Rechtsrahmens angezeigt;
- und zudem dessen flexiblere Handhabung zu ermöglichen.

Aus diesen Gründen wollte der Bundesrat eine weitere Vorlage zu einer FMG-Teilrevision ausarbeiten lassen.³² Sein Meinungsumschwung dürfte weniger mit den tatsächlichen Entwicklungen in den Märkten als mehr mit den ständigen Forderungen von Regulierungsbehörden und interessierten Marktteilnehmern sowie mit den politischen Veränderungen nach dem Rücktritt von Bundesrat Leuenberger zu erklären sein.

³⁰ 09.3002 Postulat KVF-S, Evaluation zum Fernmeldemarkt.

³¹ Eine Medienmitteilung, der Evaluationsbericht und weitere Unterlagen finden sich auf der Seite, abrufbar unter: <<http://www.Bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03498/index.html?lang=de>> Vgl. auch die Kurzanalyse des Evaluationsberichts von Borner et al.

³² Bundesrat, Evaluation zum Fernmeldemarkt, Ergänzungsbericht, 28. März 2012, 2.

In dieser jüngsten Revision wurde von der Verwaltung der politisch innovative, wenn auch leicht durchschaubare Versuch gestartet, den Bundesrat für den Bedarfsfall zur technologieneutralen Erweiterung der Zugangsregulierung zu ermächtigen.³³ Das Parlament erkannte aber, dass es aufgrund des notorischen Drängens der Kommunikationskommission sowieso sofort zum Bedarfsfall gekommen wäre, lehnte deshalb diese schon fast «schlaumeierische» Kompetenzdelegation ab, diskutierte über die Erweiterung und lehnte diese ebenfalls ab. Die Entbündelung der letzten Meile soll vorläufig weiterhin auf Kupferleitungen beschränkt bleiben. Allerdings soll der Bundesrat alle drei Jahre einen Bericht über die Marktentwicklung und den allfälligen weiteren Regulierungsbedarf erstellen. Das revidierte Gesetz ist Anfang 2021 in Kraft getreten, womit ein erster solcher Bericht wohl 2023 vorgelegt werden wird. Wetten, dass darin ein dringender Bedarf für die technologie neutrale Erweiterung der Zugangsregulierung auftauchen wird?

3. **Beurteilung**

Auf stetes Drängen von interessierten Kreisen (einschliesslich direkt und indirekt beteiligter Regulierungsbehörden) ist die Zugangsregulierung in den letzten Jahren erweitert worden und soll weiter erweitert werden. An der fundamentalen gesetzlichen und regulierungsökonomischen Voraussetzung für behördliche Kontrahierungs- und Preiszwänge, nämlich dem Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung der betroffenen Netzbetreiberin, hat sich jedoch noch nichts geändert. Wurde diese Voraussetzung in ersten einzelnen Verfahren nach der Liberalisierung noch geprüft, wird sie seither faktisch als Konstante betrachtet, obwohl sich Märkte und Wettbewerb dynamisch weiterentwickeln und der Wettbewerb für die Marktführerin offensichtlich viel härter geworden ist. Angesichts der technisch-ökonomischen Komplexität von Regulierungsfragen in der Telekommunikation riskiert die Politik mangels eigenen Wissens zum Spielball der Partikularinteressen von Marktteilnehmern und Regulierungsbehörden degradiert zu werden. Die Politik muss sich dieser Gefahr stärker bewusst werden. Und sie sollte keine Führungsrolle der Kommunikationskommission bei der Weiterentwicklung der regulatorischen Grundlagen akzeptieren.

In der Regulierungsökonomik ist unbestritten, dass sich eine Zugangsregulierung (Art. 11 FMG) auf monopolistische Flaschenhalse (bottlenecks) beschrän-

³³ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017, BBl 2017, 6559 ff.

ken sollte.³⁴ Eine Teilnehmeranschlussleitung stellt nur einen monopolistischen Flaschenhals dar, wenn sie unabdingbar ist, um den Kunden zu erreichen, und sich zudem nicht mit angemessenen Mitteln duplizieren lässt. Im Fall der leitungsgebundenen Erschliessung zur Versorgung von gegen 95 Prozent der schweizerischen Haushalte und Unternehmen mit modernen Telekommunikationsdiensten und TV muss allerdings dieses Theoriekonstrukt gar nicht erst bemüht werden: Fast alle Endkunden sind heute terrestrisch doppelt, nämlich mindestens mit einer Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung von Swisscom und einem Koaxialkabel eines Kabelfernsehunternehmens, erschlossen. Aufgrund der aktuellen Preise und Leistungen sind diese beiden Erschliessungen enge, wenn nicht gar perfekte Substitute. Damit ist auch die schwierige Frage obsolet, ob sich die Leitung mit angemessenen Mitteln duplizieren liesse – sie ist schon dupliziert. Auf Endkundenstufe herrscht Plattformkonkurrenz. Mit der Weiterentwicklung des Mobilfunks wird offenbar für immer mehr Kunden sogar der mobile Anschluss zum valablen Substitut des Festnetzanschlusses – immer mehr vor allem jüngere Kunden verzichten zugunsten der Mobilkommunikation auf einen Festnetzanschluss.

Mit der somit offensichtlich wirksamen Plattformkonkurrenz wurde ein Hauptziel der Liberalisierung erreicht, wie an sich auch in den diversen Evaluationsberichten nicht bestritten wird. In der Erschliessung der schweizerischen Haushalte und Unternehmen gibt es angesichts der Struktur und der dynamischen Entwicklung im Markt heute und auf unabsehbare Zeit praktisch keine monopolistischen Flaschenhälse. Also müsste man die generelle Zugangsregulierung nicht erweitern, sondern aufheben.

IV. Zusammenfassung und Politikempfehlung

Die Vertikalisierung im Sinne der vertraglichen Bindung von Partnern der Wertschöpfung durch vertikale Abreden oder Restriktionen ist ein typisches Phänomen der Leistungserstellung und des Marktauftritts in der immer stärker digitalisierten und arbeitsteiligen Welt. Die Partner einer Wertschöpfungskette sind komplementär und müssen produktiv und strategisch koordiniert sein, um im Wettbewerb gegenüber anderen, ebenfalls vertikal gebundenen oder sogar vertikal integrierten Wertschöpfungsketten bestehen zu können. Nur wenn sie die möglichen gegenseitigen Koordinations-Effizi-

³⁴ Für eine gut verständliche Darstellung dieser Theorie und ihre Anwendung in verschiedenen Netzsektoren vgl. Knieps/Weiss.

enzvorteile ausschöpfen, können sie diese im Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten (interbrand) ausspielen und so im Markt dauerhaft mit Erfolg tätig sein.

Daraus folgt aber auf der anderen Seite – aus der Perspektive der Endkunden und des Wettbewerbs –, dass bei wirksamem Interbrand-Wettbewerb vertikale Abreden den Wettbewerb im Normalfall weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen können, sondern diesen in der Regel intensivieren; sie sind gleichsam wechselseitig Ursache wie auch Wirkung (Ergebnis) des dynamischen Interbrand-Wettbewerbsprozesses.

Nur in Verbindung mit erheblicher Marktmacht eines oder mehrerer der beteiligten Wertschöpfungspartner drohen vertikale Abreden in der Tat erhebliche Beeinträchtigungen des Interbrand-Wettbewerbs zu generieren (dabei ist unter Marktmacht ausschliesslich absolute Macht auf einer Wertschöpfungsstufe und nicht etwa relative Verhandlungsmacht eines grossen Unternehmens gegenüber kleineren Partnern «seiner» Wertschöpfungskette zu verstehen).

Dies alles ist kaum bestrittene «Mainstream»-Industrieökonomik. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Art der Vertikalabreden keine entscheidende Rolle spielt. Dass in Art. 5 Abs. 4 KG die Beseitigung eines wirksamen Wettbewerbs bei vertikalen Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie bei gewissen Gebietsabreden vermutet wird, ist somit ökonomisch nicht a priori gerechtfertigt.

Daraus ergaben sich aber vor dem Bundesgerichtsurteil Gaba/Elmex noch kaum schwerwiegende Umsetzungsfehler, weil diese Vermutung durch den Nachweis von Interbrand-Wettbewerb fast immer «umgestossen» wurde. Anschliessend war im Einzelfall unter Beizug qualitativer wie quantitativer industrieökonomischer Kriterien minutiös zu prüfen, ob immerhin noch auf eine erhebliche Beeinträchtigung zu schliessen war. Mit Gaba/Elmex hat das Bundesgericht diese «ökonomisch fundierte Korrekturmöglichkeit» für vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG (wie auch für horizontale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG) aufgehoben. Mit Ausnahme von Bagatellen sowie Abreden, die als effizient betrachtet werden können, sind damit die von diesem neuen Paradigma betroffenen Abreden per se als erheblich zu betrachten, sie sind damit per se unzulässig und werden gebüsst. Im Beitrag wird gezeigt, dass diese Doktrin nicht nur ökonomisch völlig irregeleitet ist, sondern zudem das Parlament desavouiert, das sich vor Gaba/Elmex noch ausdrücklich gegen ein derartiges Teilkartellverbot ausgesprochen hatte. Folgerichtig hat das Parlament vor kurzem die Motion Français angenommen, um seiner Position bei der anstehenden KG-Revision wieder zwingend Nachachtung zu verschaffen.

Am Beispiel einer sehr fragwürdigen Serie von behördlichen Forderungen zur stärkeren Regulierung vertikaler Beziehungen in der Telekommunikation wird dokumentiert, dass dem «Phantomproblem Vertikalisierung» auch in der sektoriellen Wettbewerbsregulierung mit ökonomisch nicht zu rechtfertigenden Per-se-Regulierungen nachgejagt wurde. Was den allgemeinen Wettbewerbsbehörden mit höchstrichterlicher Hilfe – dank besagter Motion glücklicherweise nur vorübergehend – gelungen ist, blieb aber den sektoriellen Regulierungsbehörden in der Telekom bis jetzt grösstenteils versagt. Hier hielt nicht nur das Parlament, sondern selbst das Bundesgericht dagegen (das war freilich einige Jahre vor Gaba/Elmex).

Welche grobe Politikempfehlung soll man aus diesem Beitrag ableiten? Nach Auffassung des Verfassers hat das Parlament in Bezug auf die Wettbewerbsregulierung gemäss Kartellgesetz (generell) fast alles und gemäss Fernmeldegesetz (sektoriell) alles Wesentliche richtig gemacht (im KG entpuppte sich die Einführung der vertikalen Vermutungstatbestände als relativ harmloser Fehler). Die Regulierungsbehörden bis hin zum Bundesgericht haben dagegen offenbar immer mehr ihren politökonomischen Neigungen zum Interventionismus mit möglichst simplen Instrumenten stattgegeben. Aus diesem Grund und angesichts der Komplexität der Materie sollte die Politik den Regulierungsvollzug regelmässig von unabhängigen nationalen und internationalen Experten evaluieren lassen – und zwar nicht wie bisher unter faktischer Leitung der Regulierungsbehörden, sondern unter deren Ausschluss! Natürlich dürfen die Behörden zur Weiterentwicklung ihrer gesetzlichen Grundlagen Bedürfnisse anmelden und Vorschläge einreichen. Doch auch deren Prüfung und die Formulierung von Botschaften und Gesetzesentwürfen müsste unter Ausschluss der direkt involvierten Behörden erfolgen. Und schliesslich müssten auch einmal die Rolle der Regulierungsbehörden und ihre Aussagen in der Kommunikation unabhängig und kritisch hinterfragt werden. Mit der anstehenden KG-Revision und mit dem nächsten Bericht über den Stand der Märkte und der Regulierungsbedürfnisse in der Telekommunikation bieten sich dazu bald sehr gute Gelegenheiten.

Literaturverzeichnis

- Baumol William J., Panzar John C., Willing Robert D., Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, revised edition, Harcourt Brace Jovanovich Academic Press, New York 1988 (first edition 1982).
- Bork Robert H., The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself/Robert H. Bork, with a new introduction and epilogue, Free Press, New York 1993 (first edition 1978).
- Borner Silvio et al., Kurzanalyse der Evaluation zum Fernmeldemarkt, Basel 2010.

- Briglauer Wolfgang, Cambini Carlo, Grajek, Michal. (2018), Speeding up the internet: Regulation and investment in the European fiber optic infrastructure. *International Journal of Industrial Organization*, 61, 2018, 613 ff.
- Dietrich Marcel/Saurer Markus, Marktabgrenzung in selektiven Vertriebssystemen am Beispiel Automobilvertrieb – Ist eine Marke ein Markt? sic! 7/2001, 593 ff.
- Emch Daniel/Saurer Markus, Fehler programmiert, *NZZ* vom 13. Juli 2016, 10. (zit. Emch/Saurer, Fehler programmiert)
- Emch Daniel/Saurer Markus, Wettbewerber in der Zwangsjacke von Art. 5 Abs. 4 KG. Gefahr kontraproduktiver Wirkungen der Wettbewerbspolitik bei vertikalen Abreden, sic! 5/2008, 335 ff. (zit. Emch/Saurer, Wettbewerber in der Zwangsjacke)
- Knieps Günter/Weiss Hans-Jörg (Hrsg.), *Fallstudien zur Netzökonomie*, Gabler, Wiesbaden 2009.
- Motta Massimo, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Saurer Markus, *Diskussionspapier zur schweizerischen Wettbewerbspolitik, Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber?*, Avenir Suisse, Zürich 2008.
- Schwalbe Ulrich / Zimmer Daniel, *Kartellrecht und Ökonomie*, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt a. M. 2006.