



Meinung

Das Parlament muss sich endlich durchsetzen

Die Wettbewerbsbehörden gehen immer mehr gegen Abreden vor, ohne deren Schädlichkeit nachzuweisen. Jetzt will das Parlament dieser kontraproduktiven Praxis den Riegel schieben.

Markus Saurer

Publiziert heute um 14:56 Uhr

Die Wettbewerbsbehörden – Wettbewerbskommission, Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht – interpretieren ihre Interventionshürden niedriger, als sie im Kartellgesetz festgelegt sind. Das habe ich in diesen Spalten anhand von Beispielen erörtert und kritisiert (FuW vom 4. Mai, «Wettbewerbsbehörden und -politik auf Irrwegen»). Diese Diskussion ist im Hinblick auf die laufende Kartellgesetzrevision in Erinnerung zu rufen und fortzusetzen.

Die Wettbewerbsbehörden haben in den vergangenen Jahren bei einigen Tatbeständen den Gesetzesvollzug von einer Ex-post-Missbrauchskontrolle in Richtung einer Verbotsregulierung ausgedehnt – so kann man es im Fachjargon ausdrücken. Konkret hat das Bundesgericht 2016 im Fall Gaba/Elmex festgelegt, dass bei «harten» horizontalen oder vertikalen Abreden (Abreden über Preise, Mengen, Kunden oder Gebiete) nicht mehr nachgewiesen werden muss, dass diese tatsächlich erhebliche volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen bewirken. Im Fall DCC Six hat das Bundesverwaltungsgericht die Beweisanforderungen analog auch für Marktmachtmissbräuche herabgesetzt. Da dieser Entscheid noch beim Bundesgericht hängig ist, wollen wir uns auf Abreden fokussieren.

Im Vollzug muss die Wettbewerbskommission nur noch qualitativ nachweisen, dass eine von der Gaba/Elmex-Praxis erfasste Abrede vorliegt. Wenn dem so ist, kann diese Abrede ohne Weiteres – zumal ohne quantitativen Nachweis ihrer Schädlichkeit! – als unzulässig beurteilt, verboten und mit einer Busse belegt werden. So werden heute etwa Abmachungen zwischen Herstellern und Händlern (aber auch solche zwischen anderen Akteuren) selbst mit kleinsten Marktanteilen, die ganz offensichtlich gar keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können, verboten und mit teilweise existenzbedrohenden Bussen sanktioniert.

Abreden sind ambivalent

In der vergleichsweise kleinen Fachwelt von Kartellrechtsjuristen und Ökonomen herrscht inzwischen mehrheitlich die Auffassung vor, dass diese Praxis im Widerspruch zu den gesetzlichen Vorgaben steht. Art. 96 der Bundesverfassung und Art. 1 (Zweck) des Kartellgesetzes geben gleichlautend vor, dass ausschliesslich volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Tatbestände verhindert werden sollen. Man muss sich einmal die totale Absurdität einer Vorgabe vorstellen, die fordert, dass sowohl schädliche als auch unschädliche Tatbestände zu verhindern seien. Die Wettbewerbsbehörden tun aber heute bei den in Gaba/Elmex erwähnten Tatbeständen genau das. Sie gehen anscheinend davon aus, dass diese ohnehin mehr oder weniger schädlich, aber jedenfalls nie nützlich sind.

«Mit Interventionen ist viel Applaus zu holen.»

Man fragt sich, ob die offiziellen Spezialisten in den Behörden überhaupt über ausreichende mikro- und industrieökonomische Kenntnisse verfügen. Es gibt nämlich seit Jahren eine umfangreiche theoretische und empirische Literatur, aus der klipp und klar und unbestritten hervorgeht, dass besonders vertikale, aber auch horizontale Abreden in ihrer kompetitiven Wirkung grundsätzlich ambivalent sind. Es kommt immer auf die konkreten Marktumstände an, ob eine Abrede – egal welcher Art – prokompetitive oder antikompetitive Wirkungen generiert. Ob sie im Sinne

des Zwecks des Kartellgesetzes als schädlich und somit als unzulässig zu beurteilen ist, bedarf nicht nur der qualitativen, sondern auch der quantitativen Prüfung.

Die Gaba/Elmex-Praxis erleichtert aber nicht nur das Arbeitsleben der Wettbewerbskommission und der Gerichte, sondern verschafft ihnen auch ein gutes öffentliches Image. In grossen Teilen der Öffentlichkeit wie – leider – auch im medialen Mainstream werden Abreden keineswegs als grundsätzlich ambivalent, sondern als grundsätzlich schädlich wahrgenommen (und mit dem völlig negativ konnotierten Begriff «Kartelle» wird diese einfältige Wahrnehmung noch verstärkt). Kritiker haben aufgrund der hohen Komplexität der Materie Mühe, überhaupt wahrgenommen zu werden, und können leicht als Kartellfreunde verunglimpft werden. In diesem Umfeld führt die aktuelle Praxis auch aus politökonomischen Gründen erst recht zu vielen unnötigen und damit schädlichen Interventionen. Mit Interventionen ist viel Applaus zu holen.

Schädlichkeit auch quantitativ nachweisen

Doch mit diesen aus volkswirtschaftlicher Sicht viel zu niedrig hängenden Trauben und den zu simplen Zeiten für die Behörden dürfte bald Schluss sein. Der höchst-richterliche Sündenfall Gaba/Elmex hat – wie ich im Mai angedeutet habe – das Parlament auf den Plan gerufen. Dieses hat schon in der 2014 gescheiterten Kartellgesetzrevision die von Bundesrat und Wettbewerbsbehörden geforderte Einführung von Per-se-Regeln des Typs Gaba/Elmex ausdrücklich abgelehnt und sah sich somit seit 2016 durch das Bundesgericht desavouiert. Mitte 2021 hat das Parlament deshalb eine Motion von Ständerat Olivier François (FDP, Die Liberalen/VD; bei Einreichung der Motion war er noch Nationalrat) angenommen, mit dem Titel «Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen». Gemeint ist natürlich, dass das Kartellgesetz in der laufenden Revision dahingehend zu präzisieren sei, dass die Schädlichkeit einer Abrede zwingend nicht nur qualitativ, sondern auch quantitativ nachgewiesen werden muss.

In seinem erläuternden Bericht vom November 2021 zur Revisionsvorlage, mit der die explizit gegen die Gaba/Elmex-Praxis gerichtete Motion umgesetzt werden muss, schreibt der Bundesrat jedoch, dass die beiden Kriterien abzuwägen seien

und eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung selbst bei quantitativ geringfügiger Auswirkung immer noch unzulässig sein könne. Würde die Motion so interpretiert, dann könnten nach wie vor auch volkswirtschaftlich und sozial harmlose Abreden verboten und gebüsst werden – die aktuelle Fehlentwicklung in der Praxis würde so nicht korrigiert. Aus diesem Grund hat Ständerat Hans Wicki (FDP. Die Liberalen/NW) mit einer weiteren Motion «nachgedoppelt», die vom Parlament Mitte 2022 angenommen wurde. Sie trägt den Titel «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz». Gemäss dieser Motion ist das Kartellgesetz so zu präzisieren, dass die verfassungsmässige Unschuldsvermutung wieder voll Anwendung findet, was besonders durch die Stärkung des Untersuchungsgrundsatzes zu erfolgen hat.

Bundesrat bremst

Die Stellungnahme des Bundesrats, offensichtlich beraten von der Wettbewerbskommission, ist ausweichend bis abweisend. Dem Motionär wird unterstellt, eine Fehlentwicklung im Kartellgesetzvollzug auf eine Lücke im Gesetz zurückzuführen, die es nicht gebe. Es bedürfe keiner Gesetzesrevision, um das Anliegen des Motionärs umzusetzen. Der Motionär spricht aber nirgends von einer Lücke, sondern rügt anhand von Beispielen, dass die Behörden in unzulässiger Weise «Rechtsfiguren» und «Fiktionen» anwenden würden, statt schädliche Auswirkungen rechtsgenügend nachzuweisen.

Fazit: Die Wettbewerbsbehörden verbieten und büssen, entgegen den verfassungsmässigen, gesetzlichen und wettbewerbsökonomischen Grundlagen, immer mehr auch kompetitive Verhaltensweisen, die keine schädlichen Auswirkungen haben. Das Parlament drängt auf Initiative der FDP auf eine Korrektur dieser Fehlentwicklung. Dies stösst offenbar auf Widerstand der Behörden. Das Parlament muss sich hier unbedingt durchsetzen.

Markus Saurer ist selbstständiger Ökonom und Vorstandsmitglied im Carnot-Cournot-Netzwerk für Politikberatung in Technik und Wirtschaft.

Fehler gefunden? [Jetzt melden.](#)

0 Kommentare