



[Startseite](#) | [Meinungen](#) | Schweiz: Wider Formalismus und Wissensanmassung im Kartellgesetz

Meinung

Wider Formalismus und Wissensanmassung im Kartellgesetz

Heute behindern, verhindern und büssen die Wettbewerbskommission und die Gerichte auch Verhaltensweisen, die keinen kartellgesetzlichen Schaden bewirken. Das Parlament muss diese Behörden nun zwingen, jeweils den Einzelfall zu betrachten.



Markus Saurer

Publiziert heute um 11:55 Uhr

Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats beginnt am Donnerstag mit den Beratungen einer Teilrevision des Kartellgesetzes (KG). Es geht um die Anpassung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle an die internationale Praxis, die Stärkung des Kartellzivilrechts sowie um Verfahrensverbesserungen zugunsten von kleinen und mittelgrossen Unternehmen (KMU). Diese Revisionspunkte sind wenig umstritten.

Bei der Anpassung der Zusammenschlusskontrolle ist eine Herabsetzung der Eingriffsschwelle vorgesehen: Bislang konnten meldepflichtige Zusammenschlüsse nur dann verboten oder mit Auflagen belegt werden, wenn sie sonst – mit hoher Wahrscheinlichkeit – zur Schaffung oder zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung und damit zur «Beseitigung» des wirksamen Wettbewerbs geführt hätten. Künftig soll es solche Interventionen schon dann geben, wenn sonst – wiederum mit hoher Wahrscheinlichkeit – mit einer «erheblichen Beeinträchtigung» des wirksamen Wettbewerbs zu rechnen wäre. Die Eingriffsschwelle «erhebliche Beeinträchtigung», die für Wettbewerbsabreden und Marktmachtmissbrauch gilt (oder gelten sollte, wie wir noch ausführen werden), soll künftig also auch für Zusammenschlüsse gelten.

Die Wahrscheinlichkeit ist absichtlich in Gedankenstrichen hervorgehoben. Denn im Unterschied zur kartellgesetzlichen Beurteilung der Wettbewerbswirkungen fragwürdiger Abreden oder Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die immer nachträglich (ex post) vorgenommen wird, müssen die Wirkungen fragwürdiger Zusammenschlüsse im Vorfeld (ex ante) beurteilt werden. Dadurch weist die Zusammenschlusskontrolle spekulative Züge auf, denen das Parlament 1995 bei der Legiferierung mit einer hohen Eingriffsschwelle Rechnung tragen wollte. Das war nicht nur wegen der spekulativen Natur der Zusammenschlusskontrolle ökonomisch klug, sondern auch, weil gegen einen zugelassenen Zusammenschluss, der sich nachträglich unerwartet als schädlich erweisen sollte, immer noch mit der Ex-post-Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen vorgegangen werden konnte.

Zusammenschlusskontrolle als trojanisches Pferd

Die vorgeschlagene Anpassung der Zusammenschlusskontrolle hat – überspitzt gesagt – den Charakter eines trojanischen Pferdes, das die Gefahr einer übermässigen Regulierung in sich trägt. Aufgrund politökonomischer Erwägungen ist vorauszusehen, dass die Wettbewerbskommission (Weko) mit der niedrigeren Eingriffsschwelle zwar vielleicht nicht viel mehr Unternehmenszusammenschlüsse verbieten wird als bisher, dafür aber in weit mehr Fällen strukturelle Auflagen oder Verhaltensaufgaben verhängen wird. In Politik, Medien und Öffentlichkeit werden Unternehmenszusammenschlüsse nämlich nicht wie in der Wettbewerbsökonomik primär als mögliche Strategie im Wettbewerb (Competition for Corporate Control), sondern als Verhalten gegen den Wettbewerb und gegen die Beschäftigten wahrgenommen.

«Es hängt immer von den konkreten technischen, ökonomischen und institutionellen Umständen des Einzelfalls ab, ob die fragliche Abrede oder Verhaltensweise den wirksamen Wettbewerb beseitigt, mehr oder weniger erheblich beeinträchtigt, nicht beeinträchtigt oder gar intensiviert.»

Aus dieser negativen Haltung wird sich ein Erwartungsdruck auf die Behörden ergeben, die geschärften Instrumente auch anzuwenden. Diesem Druck werden die Behörden in vielen Fällen nicht standhalten und aus eigenen Interessen auch gar nicht standhalten wollen. Davon will übrigens die Wettbewerbsrechtsindustrie von Juristen und ökonomischen Beratern profitieren. Kommt die Anpassung der Zusammenschlusskontrolle durch, muss in Zukunft mit zunehmenden Interventionen in diesem Bereich gerechnet werden. Sie ist trotzdem kaum umstritten, da sich die potenziellen Verlierer, die grossen Unternehmen und die Endkunden, nicht dagegen einsetzen.

Motionen François und Wicki: Schluss mit Per-se-Verboten

Umstritten sind dagegen die Motionen der freisinnigen Ständeräte Olivier François (VD) und Hans Wicki (NW), die vom Parlament überwiesen wurden und im Rahmen der KG-Teilrevision umgesetzt werden müssen – beziehungsweise umgesetzt werden müssten, denn der Bundesrat, beeinflusst durch die Verwaltung und die Weko (!), will dies laut seiner Botschaft und seinem Revisionsentwurf offenkundig nur halbherzig tun. Ich habe diese Motionen schon am 26. Oktober 2022 in einem FuW-Leitartikel des Titels «Das Parlament muss sich endlich durchsetzen» kommentiert. Es geht dabei um den Bundesgerichtsentscheid «Gaba/Elmex» aus dem Jahr 2016 und den Bundesverwaltungsgerichtsentscheid «Six/DCC», der am 2. November 2022 durch das Bundesgericht bestätigt wurde – um zwei höchstrichterliche Präjudizien.

Mit «Gaba/Elmex» folgen die Behörden bei gewissen Abreden einem Formalismus, der einem Per-se-Verbot dieser Abreden gleichkommt. Es sei davon auszugehen, so das Bundesgericht, dass sie in aller Regel erhebliche und somit unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen darstellten und eine Analyse und Beurteilung ihrer tatsächlichen Auswirkungen nicht nötig sei. Mit «Six/DCC» wurde dieser Formalismus auch auf gewisse Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen übertragen, die seither auch ohne Nachweis schädlicher Auswirkungen als unzulässig beurteilt werden.

Dieser Formalismus steht nach Auffassung vieler Experten im Widerspruch zu den wettbewerbsrechtlichen Grundlagen, die ausdrücklich keine Verbots-, sondern nur eine Missbrauchsgesetzgebung erlauben. Zudem desavouieren die Wettbewerbsbehörden und das Bundesgericht damit die Parlamentsmehrheit, die in der letzten (obgleich gescheiterten) KG-Revision noch klar gegen Verbote votierte und – folgerichtig – nun die Motionen Français und Wicki überwiesen hat, um dem behördlichen Formalismus den Riegel zu schieben.

Wettbewerbsschädigende Behörden

Aus ökonomischer Sicht liegt das grösste Problem eines formalistischen KG-Vollzugs natürlich nicht in seiner vermutlichen Illegalität oder der Desavouierung des Parlaments oder gar der Schaffung von Richterrecht. Es liegt vielmehr darin, dass der rein formalistische Vollzug stets in einer erheblichen Anzahl von Fällen ökonomisch schlicht falsch ist und zu kompetitiv kontraproduktiven Interventionen und Verhaltensweisen führt. Und dieses Problem vervielfältigt sich über die präventive Wirkung («Compliance») in unbeteiligten Unternehmen und Branchen über die gesamte Volkswirtschaft.

Die Ökonomen werden etwa belächelt für ihre scheinbar dümmliche Standardantwort: «Es kommt darauf an.» Das ist aber in jedem Fall eine absolut richtige Antwort. Denn es hängt immer von den konkreten technischen, ökonomischen und institutionellen Umständen des Einzelfalls ab, ob die fragliche Abrede oder Verhaltensweise den wirksamen Wettbewerb beseitigt, mehr oder weniger erheblich beeinträchtigt, nicht beeinträchtigt oder gar intensiviert. Damit die Wirkung adäquat beurteilt werden kann, müssten nach wie vor die besten verfügbaren qualitativen und quantitativen ökonomischen Methoden beigezogen werden, wie dies schon 1995 in der Botschaft zum Kartellgesetz gefordert wurde.

Heute behindern, verhindern und büssen die Weko und die Gerichte mit ihrem formalistischen Ansatz auch Verhaltensweisen, die effektiv keinerlei kartellgesetzliche Schäden generieren. Sie massen sich dabei ein Wissen an, das sie nicht haben und auch nicht haben wollen. Damit beeinträchtigen sie mit einem Teil ihrer Interventionen den Wettbewerb. Das Parlament ist gefordert, diese Behörden mit einer strikten Umsetzung der Motionen Français und Wicki auf einen Pfad zurückzu-

zwingen, auf dem sie das nötige Einzelfallwissen wieder erarbeiten und umsetzen müssen.

Markus Saurer ist selbständiger Ökonom und Vorstandsmitglied im Carnot-Cournot-Netzwerk. [Mehr Infos](#)

Fehler gefunden? [Jetzt melden.](#)

0 Kommentare