

Samstag, 23. September 2023

Meinung

Artikel 3 von 4 auf Seite 3

# Paukenschlag aus der Wettbewerbskommission

**Präsidentin und Ex-Präsidenten wollen das Parlament von einer Korrektur des Kartellgesetzvollzugs abbringen.**

MARKUS SAURER

In der «Finanz und Wirtschaft» vom 16. August 2023 habe ich in einem Leitartikel mit dem Titel «Fallbetrachtung statt Formalismus» den Vollzug des Kartellgesetzes kritisiert.

Wettbewerbskommission (Weko) und Gerichte urteilen seit einigen Jahren bei gewissen Abreden oder Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen formalistisch und basierend auf der Fiktion, dass sie stets schädlich und zu verbieten seien. Auf die Prüfung der konkreten Marktumstände und den Nachweis der tatsächlichen Schädlichkeit durch wettbewerbsökonomische Analyse wird verzichtet.

Gleichzeitig werden die entsprechenden Tatbestände «ausufernd» ausgelegt, in einer Weise, die für die Unternehmen kaum voraussehbar ist. Das Bundesgericht hat das Vorgehen in seinen Leitentscheiden 2016: Gaba/Elmex und 2022: Six/DCC gutgeheissen und ein «Richterrecht» mit faktischen Verboten geschaffen.

## **Schädliche Wirkung?**

Diese neue Praxis läuft jedoch nach Auffassung vieler Wettbewerbsjuristen den Verfassungs- und Gesetzesgrundlagen zuwider, die im Bereich der Wettbewerbspolitik ausdrücklich «nur» eine Missbrauchsgesetzgebung vorsehen. Vor den erwähnten Leitentscheiden galt, dass nur im konkreten Einzelfall «nach den Regeln der Kunst» («Best-Practice»-Wettbewerbsökonomik) nachgewiesene Missbräuche und schädliche Verhaltensweisen verboten und gebüsst wurden.

Findige Juristen werden Interpretationsspielräume herbeireden, um die neue Praxis trotzdem noch irgendwie als rechtskonform zu sehen. Doch das ist nicht von Belang. Das Parlament hat im Zuge der Entwicklung des Kartellgesetzes (Revisionen) Vorschläge zur Einführung von

Verboten ausdrücklich abgelehnt; es sieht sich jetzt durch die teilweise Verbotspraxis der Vollzugsbehörden desavouiert.

Genau das hat zur Annahme der beiden Motionen François und Wicki geführt. Mit diesen Vorstößen soll in der laufenden Kartellgesetzrevision erwirkt werden, dass die schädliche Wirkung fraglicher Abreden und Verhaltensweisen wieder geprüft und nachgewiesen werden muss. Der formalistischen, auf Fiktionen beruhenden Teilverbotspraxis soll ein gesetzlicher Riegel geschoben werden, der keine Interpretationsspielräume offenlässt.

Aus ökonomischer Sicht muss dem Formalismus eine klare Absage erteilt werden: Bei sämtlichen kartellgesetzlich relevanten Verhaltensweisen der Marktteilnehmer kommt es auf die konkreten Marktumstände an, ob diese volkswirtschaftlich schädlich oder nützlich sind. Die behördlichen Fiktionen hingegen kommen einer Wissensanmassung gleich, die in vielen Fällen zu kontraproduktiven Interventionen führt.

### **Formalismus wächst**

Diese Gefahr ist besonders gross im Bereich der vertikalen Abreden sowie in den Fällen vergleichbar wirkender Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen. Und über die Bemühungen der Unternehmen, gesetzeskonform zu agieren (Competition Compliance), wirken nicht nur richtige, sondern auch falsche Entscheide der Behörden auf die gesamte Volkswirtschaft.

Exponenten der Wettbewerbskommission weisen diese Gefahren seit Längerem weit von sich und setzen sich mit auffallend wachsender Vehemenz und Nervosität für ihren Formalismus und gegen die Umsetzung der Motionen François und Wicki ein. Das ist politökonomisch logisch. Die Weko und die Gerichte waren es, die den Formalismus, der ihnen die Arbeit bequemer machen sollte, eingeführt haben.

Setzten sich zunächst vor allem die neue Präsidentin der Wettbewerbskommission, Laura M. Baudenbacher, und ihr Vorgänger Andreas Heinemann massiv gegen die Rückkehr zum Willen des Gesetzgebers ein, äusserten nun in einem NZZ-Gastbeitrag vom 20. September 2023 (Seite 19) neben Heinemann auch die Vorgänger Pierre Tercier, Roland von Büren, Walter Stoffel und Vincent Martenet ihre Besorgnis: «Es droht eine Schwächung der Wettbewerbspolitik» - so lautet der Titel dieser Streitschrift. Walter Stoffel lamentiert zudem in weiteren Medien darüber, dass der Wettbewerb eben «keine Lobby» habe und das Parlament nun die Wettbewerbskommission schwächen wolle.

Zu hoffen ist, dass sich das Parlament vom multi-präsidialen Paukenschlag nicht überzeugen lässt. Besonders bezeichnend ist der Vorspann: «Das Verbot von Kartellabsprachen soll gelockert werden.» Die Präsidenten geben unverfroren zu, dass heute eine Verbotspraxis gilt. Auch das Parlament will schädliche Abreden oder andere Verhaltensweisen verbieten lassen - aber nur, wenn nachgewiesen wird, dass sie den Wettbewerb effektiv erheblich beeinträchtigen.

Nur dann können sie wirklich volkswirtschaftlich schädlich sein, wie es in der Bundesverfassung (Art. 96 BV) und im Zweckartikel des Kartellgesetzes (Art. 1 KG) stipuliert ist.

Markus Saurer ist selbständiger Ökonom und Vorstandsmitglied im Carnot-Cournot-Netzwerk.

© Verlag Finanz und Wirtschaft AG. Alle Rechte vorbehalten.