

02.05.2022 – 10:25 MEINUNGEN

Wettbewerbsbehörden und -politik auf Irrwegen

Vertikale Abreden sollten nicht reguliert werden, wenn Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten wirksam ist. Dieses Gebot wird zunehmend missachtet. Ein Kommentar von Markus Saurer.

MARKUS SAURER



*«Warum machen
Behörden und
Politik immer
wieder krasse
Regulierungsfehler?
Weil kompetitive
Märkte die Anbieter
ungeliebten
Zwängen aussetzen,
über die sie ständig
klagen und nach
Hilfe rufen.»*

Wettbewerb bedeutet für die Anbieter, gegen ihresgleichen, Wettbewerber oder Konkurrenten, in Märkten bestehen zu müssen. Alle werben mit ihren Waren oder Diensten um die Gunst der Kunden. Dies ergibt einen dynamischen, ergebnisoffenen Marktprozess, ein von Versuch und Irrtum begleitetes Entdeckungsverfahren (von Hayek, 1968) und schöpferische Zerstörung (Schumpeter, 1942). Die Anbieter sind gezwungen, ihre Angebote ständig besser

und billiger zu machen. Für die Kundschaft, die Nachfrager, ergibt sich daraus eine freie Auswahl aus einer Palette preis- und qualitätsmässig differenzierter Angebote.

Wettbewerb ist also ein System des Zwangs der Anbieter und der Freiheit der Nachfrager (von Weizsäcker, 1999). Gelingt es einem Anbieter kraft marktdominanter Stellung oder einer Gruppe von Anbietern mittels

Zum Autor

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

Abreden (Kartell), den Wettbewerb zu beeinträchtigen, d.h., den Zwang des Marktes zu Innovation und Effizienz zu lockern oder aufzuheben sowie der Nachfrageseite Zwänge aufzuerlegen, dann sollte der Staat wettbewerbsrechtlich eingreifen. Das ist der Zweck des Kartellgesetzes und die Hauptaufgabe der Wettbewerbsbehörden im Vollzug dieses Gesetzes.

Die Schweizer Wettbewerbsbehörden, die Wettbewerbskommission als erste Instanz sowie die Rekursinstanzen Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht, haben aber in den vergangenen Jahren den Vollzug des Kartellgesetzes in rechtlich fragwürdiger Weise von einer Ex-post-Missbrauchskontrolle in Richtung einer Ex-ante-Regulierung gewisser Tatbestände ausgedehnt. Sie haben teilweise den Willen des Gesetzgebers (Parlament) missachtet, um sich ihre Tätigkeit zu erleichtern, und sind dadurch selbst zu Verursachern von Wettbewerbsbeeinträchtigungen geworden. Dies kann etwa mit dem Bundesgerichtsentscheid Gaba/Elmex und dem noch laufenden Verfahren i.S. Glasfaserausbau exemplifiziert werden.

Parlament ist überfordert

Neuerdings scheint die Komplexität der Materie Wettbewerb aber auch das Parlament zu überfordern. Es hat für den Internethandel betreffend Geoblocking und Hotelbuchungsplattformen sowie für den Automobilhandel Ex-ante-Regulierungen beschlossen, die bei Berücksichtigung aller Wirkungen in vielen Fällen die Wettbewerbszwänge für gewisse Anbieter lockern, die Freiheiten der Nachfrager hingegen einschränken dürften. Diese Beispiele zeigen besonders ein mangelhaftes wettbewerbsökonomisches Verständnis der Behörden und der Politik für vertikale Abreden.

Das sind Abreden, die zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen getroffen werden, die offenbar nicht in kompetitiver, sondern in komplementärer Beziehung stehen. In der arbeitsteiligen Wirtschaft geschehen

Rohstoffbeschaffung, Fertigung von Zwischen- und Endprodukten und Vertrieb in der Regel in vertraglich gebundenen Unternehmen, in vertikal koordinierten Wertschöpfungsketten. Vertikal weitgehend integrierte Konglomerate können viele Produktionsstufen umfassen, doch sind die meisten Unternehmen nur auf wenigen Stufen tätig. Sie suchen sich geeignete Partnerunternehmen auf vor- und nachgelagerten Produktionsstufen, mit denen sie sich für längere Zeit vertraglich binden, weil eine ständig wiederholte Partnersuche auf «Spotmärkten» mit zu hohem Such-, Informations- und Koordinationsaufwand verbunden wäre.

Zudem müssen die Partner oft wertschöpfungskettenspezifische Investitionen in Forschung und Entwicklung, Produktion, Marketing oder Vertrieb vornehmen, die bei einem Austritt oder einem «Rausschmiss» aus der Wertschöpfungskette wertlos würden, wogegen man sich vertraglich absichern will. Der Wettbewerb unter potenziellen Vertragspartnern auf einer Produktionsstufe dreht sich darum, dauerhaft in Wertschöpfungsketten eingebunden zu werden. Auf Endproduktstufe wählt schliesslich die Kundschaft das Produkt einer Wertschöpfungskette aus.

Interbrand und Intrabrand

Die im Markt tätigen Wertschöpfungsketten sind voneinander unabhängige Marken (Brands), weshalb bei den Endprodukten von Interbrandwettbewerb gesprochen wird. Um ihn führen zu können, verfolgen die involvierten Partner auch eine gemeinsame Wettbewerbsstrategie. Dies erfordert nicht nur selektive oder exklusive Partnerschaften und koordinierte Produktion, sondern oft eben auch Preis-, Mengen- Gebiets- oder Kundenabreden auf den verschiedenen Marktstufen. Die Koordination innerhalb einer Marke (Intrabrand) für den erfolgreichen Interbrandwettbewerb lässt sich normalerweise nicht ohne vertragliche Einschränkungen des Wettbewerbs auf den vorgelagerten Produktionsstufen bewerkstelligen. Kurz: Damit der Interbrandwettbewerb geführt werden kann, muss der Intrabrandwettbewerb beschränkt werden.

In der Wettbewerbsökonomie – egal, ob orthodox oder heterodox – gilt, dass nicht regulierend auf vertikale Bindungen Einfluss genommen werden sollte, wenn im relevanten Markt auf Endkundenstufe wirksamer Interbrandwettbewerb herrscht. Sonst sind volkswirtschaftlich schädliche Folgen auf Endkundenstufe zu erwarten. Die Freiheit der Kundschaft wird indirekt beeinträchtigt – im Widerspruch zum Zweck des Kartellgesetzes.

Im Fall Gaba/Elmex (2016) hat das Bundesgericht deklariert, dass gewisse vertikale Preis- oder Gebietsabreden unter allen Umständen zumindest als potenziell schädlich zu beurteilen und deshalb immer unzulässig sind. Eine vertiefte ökonomische Wirkungsanalyse sei nicht vorzunehmen. Damit hat das höchste Gericht seine ökonomische Inkompetenz dokumentiert und das Parlament desavouiert. Dieses hatte in der 2014 gescheiterten Kartellgesetzrevision die Einführung von Per-se-Regeln des Typs Gaba/Elmex klar abgelehnt. Das Parlament hat nun aber mit der Annahme einer Motion veranlasst, dass in der aktuell laufenden Kartellgesetzrevision im Gesetz ausdrücklich verankert wird, dass die Schädlichkeit von Abreden nach wie vor in jedem Einzelfall qualitativ und quantitativ (Erheblichkeit) nachzuweisen ist.

Endkundschaft hat keine Lobby

Betreffend den Glasfaserausbau haben die Wettbewerbsbehörden eine neue kosteneffiziente Ausbaumethode von Swisscom vorsorglich gestoppt, weil mit dieser Methode kein technologieneutraler Zugang von Konkurrenten zur Glasfaser gewährleistet werden könne. Damit regulieren die Wettbewerbsbehörden am Parlament vorbei, das in der Fernmeldegesetzrevision 2019 die Einführung einer technologieneutralen Zugangsregulierung ausdrücklich abgelehnt hat. Der Präsident der Wettbewerbskommission «rühmt sich» indes in öffentlichen Auftritten, seine Kommission werde nun auch noch dort tätig, wo der Gesetzgeber zu zurückhaltend reguliert habe.

Bei Geoblocking, Hotelbuchungsplattformen und im Automobilhandel hat leider auch der Gesetzgeber nicht zurückhaltend agiert. Es geht zwar um sehr komplexe Sachverhalte, doch in Märkten mit offensichtlich wirksamem Interbrandwettbewerb. Trotzdem hat das Parlament unter Drängen der Wettbewerbskommission dazu Hand geboten, die vertikalen Bindungen in diesen Märkten umfassend spezialgesetzlich zu regulieren.

Warum machen Behörden und Politik immer wieder krasse Regulierungsfehler? Die Antwort ist politökonomisch: weil kompetitive Märkte die Anbieter ungeliebten Zwängen aussetzen, über die sie ständig klagen und nach Hilfe rufen. Im Unterschied zu Wettbewerb, Effizienz und Endkunden, die keine ernsthafte Lobby haben, können sich diese Rufer in den Medien, der Verwaltung und der Politik ganz gut durchsetzen (Olson, 1971, The Logic of Collective Action).