

Meinung

Kartellgesetz droht fehlzuschlagen

Die im Parlament befindliche Vorlage hätte reinen Formalismus zur Folge, was zu kontraproduktiven Interventionen und Per-se-Verboten führen dürfte. Der Nationalrat ist jetzt gefordert.

Markus Saurer

Publiziert: 20.09.2024, 08:58

Die Kartellgesetzrevision wurde hier schon am 16. August vor einem Jahr kommentiert: «Wider Formalismus und Wissensanmassung im Kartellgesetz». Anschliessend ist bis zum Antrag der vorberatenden Kommission des Ständerats im Sinne dieses Kommentars alles gut verlaufen. Die Kommission hat im Mai Vertreter des Bundes und der Wettbewerbsbehörden sowie externe Experten und Unternehmer angehört, die strittigen Fragen eingehend diskutiert und schliesslich nicht den Vorschlag des Bundesrats gutgeheissen, sondern diesen verbessert.

Am diesjährigen 11. Juni folgte aber der Hammerschlag im Ständerat: Es kam zur Nullnummer in den strittigen Punkten. Die Verbesserungen der Kommission wurden ebenso abgelehnt wie der Vorschlag des Bundesrats. Im Sinne unseres früheren Kommentartitels kommt dies einem Entscheid für Formalismus und Wissensanmassung im Kartellgesetz gleich. Jetzt kann es nur noch der Nationalrat richten. Im Oktober werden die Kartellgesetzberatungen in der nationalrätlichen Kommission fortgesetzt. Deshalb müssen wir noch einmal auf die Streitpunkte dieser Revision zurückkommen.

Den Einzelfall betrachten

Es geht um die Motionen der freisinnigen Ständeräte François (VD) und Wicki (NW), die vom Parlament überwiesen wurden und in der Revision umgesetzt werden müssten, wogegen jetzt aber eben der Ständerat votiert hat. Seit den Bundesgerichtsentscheiden «Gaba/Elmex» (2016) und «Six/DCC» (2022) folgen die Wettbewerbsbehörden bei gewissen Abreden sämtlicher Unternehmen – ob gross oder klein – sowie bei gewissen Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen in ihrer Beurteilung einem reinen Formalismus, der einem Per-se-Verbot der davon betroffenen Tatbestände gleichkommt. Es wird davon ausgegangen (behauptet), dass diese in aller Regel erhebliche und somit unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen darstellten und eine Analyse und Beurteilung ihrer tatsächlichen Auswirkungen oder ihrer tatsächlichen Schädlichkeit deshalb nicht nötig sei.

Dieser Vollzug folgt einem «Richterrecht», das nach Auffassung der meisten Experten im Widerspruch zu den wettbewerbsrechtlichen Grundlagen steht. Diese sehen keine Verbots-, sondern nur eine Missbrauchsgesetzgebung vor. Aus ökonomischer Sicht liegt das Problem einer rein formbasierten Vorgehensweise darin, dass sie in vielen fraglichen Fällen zu ungerechtfertigten und kontraproduktiven Interventionen führt. Denn es hängt immer von den konkreten technischen, ökonomischen und institutionellen Gegebenheiten des Einzelfalls ab, ob eine gewisse Abrede oder Verhaltensweise den wirksamen Wettbewerb beseitigt, erheblich beeinträchtigt, nicht beeinträchtigt oder vielleicht sogar intensiviert. Damit die Wirkungen und die Schädlichkeit fraglicher Tatbestände richtig beurteilt werden können, müssen Analysen mit geeigneten ökonomischen Methoden durchgeführt werden. Genauso, wie es im Kartellgesetzvollzug vor Gaba/Elmex und Six/DCC stets gemacht wurde und es der Gesetzgeber 1995 in der Botschaft zum Kartellgesetz festgelegt hat.

Heute verbieten und büßen Wettbewerbskommission (Weko) und Gerichte mit ihrem formalistischen Ansatz immer wieder auch Verhaltensweisen, die keine volkswirtschaftlich und sozial relevanten Schäden generieren. Sie massen sich – aus Bequemlichkeit? aus eigennützigem Machtstreben oder Gelungsdrang? – Wissen an, das sie nicht haben. Zumindest die Ökonominnen und Ökonomen in der Weko und im Weko-Sekretariat wissen aber, dass sie mit einem Teil ihrer Interventionen der Typen Gaba/Elmex und Six/DCC den Wettbewerb beeinträchtigen statt schützen (andernfalls müsste man sie sofort ersetzen). Mit der Umsetzung der Motionen wird dieses Problem beseitigt, indem die Wettbewerbsbehörden per Kartellgesetz gezwungen werden, in jedem Verfahren das nötige Einzelfallwissen wieder erarbeiten und umsetzen zu müssen.

«Je mehr Fälle mit nachvollziehbaren

Darlegungen gelöst worden sind, desto mehr starke Präjudizien haben wir.»

Die ständerätliche Kommission hat es zur Umsetzung der Motionen nicht an Augenmass fehlen lassen und eine recht moderate Form der «Beweisführung» vorgeschlagen. Abreden: «Eine Wettbewerbsabrede, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, liegt nur dann vor, wenn ihre Schädlichkeit für den wirksamen Wettbewerb im konkreten Fall dargelegt ist. Dabei sind stets qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.» Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen: «Ein missbräuchliches Verhalten [...] liegt dann vor, wenn seine Schädlichkeit für den wirksamen Wettbewerb im konkreten Fall dargelegt ist.»

Diese Formulierungen tragen dem Umstand Rechnung, dass in der Ökonomie die Analytiker fast nie über alles Wissen verfügen, das für eine physikalisch-mathematisch stringente Beweisführung nötig wäre. Deshalb wird zwingend gefordert, dass die Schädlichkeit plausibel, nachvollziehbar dargelegt und nicht wie heute nur auf der Basis von Fiktionen behauptet wird. Dies reicht aus, um dem verfassungsmässigen Missbrauchsprinzip Nachahmung zu verschaffen. Je mehr Fälle mit nachvollziehbaren Darlegungen gelöst worden sind, desto mehr starke Präjudizien haben wir, was bei den Unternehmen Rechtssicherheit schafft (was mit der Gaba/Elmex- und Six/DCC-Willkür nicht mehr der Fall ist). Und anhand dieser Darlegungen können Unternehmen, die mit dem Urteil der Weko nicht einverstanden sind, mit fundierten Gegenargumenten aus ihrer Sicht Beschwerde führen (was mit der Gaba/Elmex- und der Six/DCC-Praxis offenbar weder möglich noch sinnvoll ist).

Verfolgt man die Debatte zur Kartellgesetzrevision in den Medien, in der ständerälichen Kommission und im Ständerat, dann kommt der Verdacht hoch, dass die Haltung der Kommissionsminderheit und der Mehrheit des Ständerats auf einem Grundlagenirrtum beruht. Es herrscht die Meinung vor, mit einer Umsetzung der Motionen würde das Kartellgesetz materiell geschwächt und die Interventionshürden höhergestellt. Die Vorschläge der Kommission (Zitate oben) belegen aber, dass dem nicht so ist, da das materielle Recht davon nicht tangiert wird. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Behörden künftig die Schädlichkeit eines Tatbestands nicht mehr nur behaupten dürfen, sondern plausibilisieren müssen.

Belegen nicht behaupten

Dieser Grundlagenirrtum in Politik und Medien (bis hin zur NZZ!) ist wohl auf eine etwas verunglückte Kommunikation der Weko unter deren neuen Präsidentin zurückzuführen, die unter anderem sagte, das Bündner Baukar-

tell könnte mit einer strikten Umsetzung der Motionen kaum mehr geknackt werden. Dabei liegt auf der Hand, dass eine plausible Darlegung der Schädlichkeit in einem ökonomisch derart trivialen Fall höchst einfach ist (die Schwierigkeit lag hier im Nachweis der Absprache, an dem sich nichts ändert).

Es wird auch davor gewarnt, dass die Umsetzung der Motionen die Verfahrensdauern verlängern würde. Der jüngste Fall betreffend Berner Kiesfirmen hat aber auch mit der Gaba/Elmex- oder Six/DCC-Doktrin über zehn Jahre gedauert, in eine achthundertseitige Verfügung gemündet und geht jetzt dem Vernehmen nach noch in Revision. Das Problem der Verfahrensdauern müssen wir anders angehen – mit Effizienzsteigerungen in den Behörden, gesetzlichen Fristen und mit der Behördenreorganisation, die bereits in Vorbereitung steht.

Die nationalrätliche Kommission ist aufzurufen, sich dieser Revision mit grösster Sorgfalt anzunehmen und unabhängige Experten anzuhören. Sie und der Nationalrat müssen den ständerätslichen Fehlentscheid unbedingt korrigieren. Ein Rechtsstaat schweizerischer Qualität muss die Notwendigkeit seiner Interventionen belegen, nicht behaupten.

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