

Änderung des Schweizerischen Kartellgesetzes: eine Kritik

HENRIQUE SCHNEIDER*

Dieser Aufsatz kritisiert die geplante Änderung des Schweizerischen Kartellgesetzes aus ökonomischer Perspektive. Der Autor analysiert, wie die Institutionenreform in Verbindung mit der Beweislastumkehr und der «Compliance Defense» Regulierungskosten schafft und wie das anvisierte Teilkartellverbot ökonomisch problematisch ist und sogar der Bundesverfassung widerspricht. Vor allem aber wird auf das Marktverständnis, auf dem der Änderungsvorschlag beruht, einer Kritik unterzogen. Es entspricht weder den aktuellen Lehrmeinungen noch den Bedürfnissen der Realwirtschaft. Zuletzt wird die Frage aufgegriffen (und verneint), ob die Änderung des Kartellgesetzes in der Lage ist, das allgemeine Preisniveau der Schweiz zu senken, so wie es verspricht.

La présente contribution évalue de manière critique le projet de modification de la loi suisse sur les cartels du point de vue économique. L'auteur analyse la manière dont la réforme des institutions, en relation avec le renversement du fardeau de la preuve et la «Compliance Defense», engendre des coûts de réglementation et soutient que l'interdiction partielle des cartels est problématique d'un point de vue économique, et même contraire à la Constitution fédérale. C'est cependant tout particulièrement la compréhension du marché sur laquelle repose le projet de modification qui fait l'objet de la critique. Cette compréhension ne correspond en effet ni aux avis actuels défendus dans la doctrine, ni aux besoins de l'économie réelle. Finalement, la question de savoir si le projet de modification de la loi sur les cartels est réellement en mesure de faire baisser le niveau des prix en Suisse, comme il le promet, est posée. L'auteur répond à cette question par la négative.

- I. **Einleitung**
- II. **Die Änderungsvorschläge**
 - 1. Allgemeine Ziele der Teilrevision
 - 2. Spezifische Neuerungen
- III. **Generelle Beurteilung der Vorlage**
 - 1. Widersprüche
 - 2. Fragwürdiges Verständnis des Marktes
- IV. **Zusammenfassung / Résumé**

I. Einleitung

Am 22. Februar 2012 unterbreitete der Bundesrat seine Vorschläge zur Revision des Kartellgesetzes den eidgenössischen Räten, insbesondere dem Ständerat als Erstkammer. Nach Angaben der Botschaft¹ geht es grundsätzlich um eine Institutionenreform, welche die Schaffung von unabhängigen Untersuchungs- und Entscheidungsbehörden vorsieht. Daneben werden weitere Punkte in die als Änderung bezeichnete Teilrevision aufgenommen, beispielsweise ein Verbot von fünf bestimmten Arten von Abreden (sogenanntes Teilkartellverbot mit Beweislastumkehr) oder die «Compliance Defense».

Gegenstand dieses Artikels ist eine kritische Beurteilung dieser Vorlage. Es wird hier eine besondere Sicht eingenommen, nämlich die ökonomische Perspektive, die sich aber wohl mit den rechtlichen Instituten auseinandersetzt. In diesem Sinne wird sich die Kritik primär, aber nicht exklusiv ökonomischer Argumente bedienen. Insbesondere wird die vom Bundesrat angeführte Argumentationslogik kritisch überprüft. Im Folgenden soll die Ausgangslage, nämlich die Änderungsvorschläge mit seinen Begründungen in der Botschaft, dargelegt werden. Im späteren Teil dieses Artikels folgt die kritische Beurteilung.

* Ökonom, Schweizerischer Gewerbeverband, Mitglied WEKO, Bern.

¹ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012 (BBI 2012, 3905 ff.), [fortan «Botschaft»].

II. Die Änderungsvorschläge

1. Allgemeine Ziele der Teilrevision

Die Botschaft nennt fünf allgemeine Ziele der Teilrevision des Kartellgesetzes². Einerseits will sie die Wettbewerbsdynamik in der Schweiz intensivieren, andererseits beabsichtigt sie, sowohl die Präventionsinstrumente gegen Kartellbildung zu schärfen als auch den Wettbewerbsbehörden mehr Unabhängigkeit einzuräumen. Damit sollen Rechtssicherheit und die Wirksamkeit des Kartellgesetzes erhöht werden.

2. Spezifische Neuerungen

a) Teilkartellverbot für bestimmte Abredeformen

Der Bundesrat hat im Verlauf des Revisionsprozesses auf die ursprünglich vorgesehene Lockerung der Vorgaben zu Wettbewerbsabreden verzichtet und stattdessen ein Teilverbot für fünf Formen von «harten Abreden» in den Revisionsentwurf eingefügt. Bei diesen handelt es sich um die zwei Formen von Absprachen zwischen Lieferanten und Händlern, nämlich Preis- und Gebietsabschottungsabreden (vertikale Abreden, heute in Art. 5 Abs. 4 KG), sowie um Preis-, Gebiets- und Mengenabsprachen zwischen Konkurrenten (horizontale Abreden, heute in Art. 5 Abs. 3 KG). Diese Abredeformen sollen neu grundsätzlich verboten werden und nur durch Gründe der ökonomischen Effizienz gerechtfertigt werden können. Deren Nachweis müssen neu die Unternehmen erbringen.

In der Botschaft wird erklärt, die Abweichung vom ursprünglichen Vorschlag sei «keine radikale Positionsänderung»³. Denn die beiden Ziele der Rechtssicherheit und der ökonomischen Einzelfallbeurteilung, die mit dem ursprünglichen Entwurf verfolgt werden sollten, würden auch für den aktuellen Regelungsvorschlag gelten. Der Erlass eines Teilkartellverbots sei im Hinblick auf die Rechtssicherheit optimal, da nun lediglich auf die Art der Abrede (etwa Preisabrede) und nicht mehr zusätzlich auch auf ihre ökonomischen Wirkungen («Erheblichkeitsprüfung») abgestellt werde.

In der Botschaft wird ferner ausführlich die Änderung des Gesetzestextes erläutert, wonach die Unternehmen die Beweislast für die Rechtfertigung von Wettbewerbsabreden aus Gründen der ökonomischen Effizienz tragen. Es wird zudem daran erinnert, dass den Unternehmen bei Unsicherheiten, insbesondere, wenn schwer zugängliche Marktdaten wie z.B. über die Konkurrenten erforderlich sind, das sogenannte Widerspruchsverfahren zur Verfügung stehe.

b) Anforderungen an Compliance-Programme zur Milderung von finanziellen Sanktionen

Mit der Revision soll gesetzlich verankert werden, dass Vorkehrungen von Unternehmen zur Verhinderung von Verstössen gegen das Kartellgesetz («Compliance») bei der Bemessung der Sanktionshöhe berücksichtigt werden (Art. 49a Abs. 2 E-KG, sogenannte «Compliance Defense»). Diese Massnahmen müssen Ausdruck nachhaltiger Bemühungen eines Unternehmens sein, Kartellrechtsverstösse generell und insbesondere auch der begangenen Art zu verhindern. Nach der Botschaft ist Compliance als wichtiger Teil der Unternehmenskultur zu betrachten und durch einen angemessenen Aufbau in personeller, finanzieller und organisatorischer Hinsicht zu sichern. Die Massnahmen müssten dabei der jeweiligen Grösse des Unternehmens, der Geschäftstätigkeit und der Branche angemessen sein und innerbetrieblich wirksam umgesetzt werden. Das Aufstellen blosser Verhaltensrichtlinien genügt gemäss Botschaft nicht⁴.

c) Institutionenreform

Die Vorlage verspricht, das heutige Sekretariat der Wettbewerbskommission (Weko) zu einer eigenständigen, vom Bundesrat und von wirtschaftlichen Interessen unabhängigen Wettbewerbsbehörde aufzuwerten. Die neue Wettbewerbsbehörde soll bei Wettbewerbsbeschränkungen die Untersuchung führen und vor dem zu schaffenden «Wettbewerbsgericht» Antrag erheben. Weiterhin soll sie die Un-

² Botschaft (Fn. 1), 3916.

³ Botschaft (Fn. 1), 3919.

⁴ Botschaft (Fn. 1), 3931 f.

ternehmen beraten und selbst öffentlich für den Wettbewerb einstehen. Sie soll darüber hinaus in der Zusammenschlusskontrolle die erstinstanzlichen Verwaltungsentscheide fällen, da Unternehmenszusammenschlüsse unter besonders hohem Zeitdruck stehen. Bei Zusammenschlussverfahren ist zudem «nur» ein die zukünftigen Marktverhältnisse gestaltendes Element und kein Sanktionselement vorhanden.

Die konkrete Aufgabenteilung ist wie folgt eingeleitet: Die Wettbewerbsbehörde untersucht, das Wettbewerbsgericht (eine Kammer des Bundesverwaltungsgerichts) entscheidet und spricht allfällige Sanktionen aus. Da – nach Argumentation der Botschaft – künftig bereits in erster Instanz ein BV15- und EMRK16-konformes Gericht entscheidet, sind die Unternehmen, die eine Beurteilung durch ein Gericht wünschen, nicht mehr wie heute nach einem Entscheid der Weko gezwungen, ein Rechtsmittel einzulegen.

Die komplexen und fachlich anspruchsvollen Kartellrechtsfälle setzen indes voraus, dass im darüber befindenden Spruchkörper nebst juristischem Wissen auch volkswirtschaftliche Kenntnisse sowie unternehmerische Erfahrung vorhanden sind. Um dem zu genügen, sollen Richterinnen und Richter mit entsprechenden Kenntnissen ins Bundesverwaltungsgericht gewählt werden. Es ist jedoch vorgesehen, dass diese nebenamtlichen Richter kein volles Stimmrecht erhalten⁵.

d) Zivilrechtliche Verfahren

Die Möglichkeit der zivilrechtlichen Klage, die heute auf Wettbewerber beschränkt ist, soll auf alle von Kartellen Betroffenen ausgedehnt werden. Dadurch werden in Zukunft auch die Endkonsumenten, darunter die öffentlichen Auftraggeber, ihre Rechte zivilrechtlich geltend machen können. Richtet ein Unternehmen gestützt auf einen Entscheid eines Zivilgerichts Leistungen an Geschädigte aus, so ist dies bei der Bemessung der Verwaltungsanktion angemessen zu berücksichtigen⁶.

e) Zusammenschlusskontrolle

Gemäss Botschaft sollen die Doppelspurigkeiten bei internationalen Zusammenschlüssen angegangen werden. Zusammenschlüsse, die zumindest die Schweiz und den EWR einschliessen oder noch grössere Märkte betreffen, sollen in der Schweiz in Zukunft in einem stark vereinfachten Verfahren behandelt werden, da sie ohnehin bereits von den EU-Instanzen beurteilt werden. Damit werden finanzielle und personelle Ressourcen bei Wettbewerbsbehörde und Unternehmen geschont, die anderweitig besser eingesetzt werden können.

Zweitens unterbreitet der Bundesrat eine Anpassung der Beurteilungskriterien, die dazu beiträgt, dass in Zukunft volkswirtschaftlich schädliche Zusammenschlüsse besser angegangen werden können. Dazu soll das in der EU und in den meisten modernen Industrienationen angewendete Beurteilungskriterium übernommen werden (SIEC-Test). Ausgleichend können die Unternehmen Effizienzgründe, die für den Zusammenschluss sprechen, geltend machen. Dergestalt hat diese neue Beurteilung den Vorteil, den negativen und positiven Auswirkungen der Zusammenschlüsse auf die Wirtschaft und auf die Konsumentinnen und Konsumenten umfassend Rechnung zu tragen. Zudem trägt sie zu einer Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle mit dem System der EU bei⁷.

III. Generelle Beurteilung der Vorlage

Der ursprünglich angegebenen Zielsetzung dieser Revision wird durch die Vorlage mehrfach widersprochen. Die Hauptkritik an den unterbreiteten Vorschlägen richtet sich genau gegen diese Widersprüche. Die Revision zeichnet sich darüber hinaus durch eine problematische Vorstellung vom Markt aus, auf die ebenfalls eingegangen werden soll.

⁵ Botschaft (Fn. 1), 3921 ff.

⁶ Botschaft (Fn. 1), 3928 f.

⁷ Botschaft (Fn. 1), 3929 ff.

1. Widersprüche

a) *Durch Institutionenreform und «Compliance Defense» entstehen Regulierungskosten*

Es ist richtig, dass die Institutionenreform bereits seit der Evaluation 2008 eine wichtige Stossrichtung ist⁸. Mit ihr sollen zwei Anliegen in Erfüllung gehen, nämlich die Trennung zwischen der untersuchenden und entscheidenden Behörde einerseits und die Beschleunigung der Verfahren andererseits. Die Trennung wurde verlangt, weil das Sekretariat der Wettbewerbskommission und die Weko als Kommission im engeren Sinne zu wenig unabhängig voneinander seien, um neutrale Entscheide zu fällen. Dem ist insofern zu widersprechen, als die Weko dank ihres Praxisbezugs bisher Entscheide gefällt hat, welche sowohl juristisch als auch ökonomisch gut abgestützt waren. Dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung diesen Entscheiden mehrheitlich gefolgt ist, zeugt von der Neutralität des Gremiums⁹. Die Behauptung der Botschaft indes, dass mit der Schaffung eines Wettbewerbsgerichtes ein EMRK16-konformes Instanzengebilde geschaffen wird, ist irreführend, denn bereits die heutige Konstellation genügt diesen Anforderungen¹⁰.

Die versprochene Beschleunigung der Verfahren ist mit der Vorlage wohl nicht zu erreichen, denn die heute angeblich herrschende Trägheit ist auf einen Mangel an Praxis zurückzuführen. Verfahren können erst dann schneller werden, wenn ein Grundstock referenzierbarer Fälle aufgearbeitet ist; dies bedingt jedoch eine stabile Rechtsgrundlage. Das Kartellgesetz ist in den vergangenen Jahren verschiedentlich geändert worden, so dass die Etablierung einer solchen Basis erschwert wurde. Ein neues Kartellgesetz mit materiellen Änderungen, wie sie vorgesehen sind, wirft die Praxis zurück an den Anfang. Es ist darüber hinaus zweifelhaft, ob das zu schaffende Wettbewerbsgericht die versprochene Vereinfachung der Verfahren überhaupt bewirken kann, denn es läuft Gefahr, den Untersuchungsaufwand zu verdoppeln. Es ist vorgesehen, dass die zu schaffende Wettbewerbsanstalt ähnlich wie die heutige Weko Untersuchungen einleitet¹¹. Sie würde ihre Ergebnisse in einem Antrag zuhanden des Wettbewerbsgerichts festhalten, das seinerseits auch Untersuchungen verlangen kann. Damit kann die Verfahrensdauer erheblich verlängert werden. Wenn heute die Weko in etwa zwei bis drei Jahren einen Erstentscheid fällen kann, gehen Experten davon aus, dass das zu schaffende Wettbewerbsgericht etwa vier Jahre dafür bräuchte¹².

Nicht zu unterschätzen ist auch die Rechtsentwicklung, die aufgrund der «Compliance Defense» ansteht. Wenn sie zum heutigen Zeitpunkt der Sanktionsmilderung dient, kann sie in der späteren Entwicklung als vorausgesetzte Grundlage gelten, deren Fehlen das Gericht zu Ungunsten des Unternehmens würdigen kann. Damit hat die Vorlage auch einen zweifach negativen Effekt vor allem auf die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). Erstens würde ein solches Unternehmen gegen die Wettbewerbsanstalt zweimal antreten müssen (Untersuchung und Gerichtsverfahren), und zweitens müssten sie bald rechtfertigen, wieso sie nicht über die geforderten Compliance-Mechanismen verfügen. Die Frage sei darüber hinaus erlaubt, ob die «Compliance Defense» nicht auch der Praxis der heutigen «Bonus-Meldung» widerspricht. Das Besondere der «Compliance Defense» ist, dass sie dem Prinzip der Rechtsannäherung an die EU widerspricht. So weist die EU-Kartellbehörde ausdrücklich darauf hin, dass ein solches Instrument gerade jenes Compliance-System, das fehlerhaft war, belohnen würde. Die Möglichkeit, eine solche Verteidigungsstrategie aufzubauen, ist bereits heute in einer Verordnung im Rahmen eines ausdrücklichen «Kann-Kriteriums» vorgesehen.

Damit werden zwei wesentliche Schwachstellen der Vorlage deutlich. Erstens verlängert sie die Kartellverfahren, indem sie auf einen praktisch längeren Verfahrensweg setzt, und zweitens schafft sie dadurch Zusatzregulierungen und Regulierungskosten, die insbesondere für die KMU – gemessen an den Kostenstrukturen des Unternehmens – übermässig aufwändig sind¹³.

⁸ EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008 [fortan «Evaluation»].

⁹ Vgl. A. KELLERHALS, Soll die Wettbewerbskommission abgeschafft werden? Überlegungen zur institutionellen Reform der Wettbewerbsbehörden, in: R. Zäch/R. H. Weber/A. Heinemann (Hg.), Revision des Kartellgesetzes. Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich 2012, 63 ff.

¹⁰ C. BAUDENBACHER, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, St. Gallen 2008.

¹¹ Botschaft (Fn. 1), 3925.

¹² Botschaft (Fn. 1), 3925.

¹³ KPMG, Messung der Regulierungskosten für Schweizerische KMU, Bern 2010.

b) Teilkartellverbot ist ökonomisch problematisch und widerspricht der Bundesverfassung

Der zweite Widerspruch zum EU-Recht, aber auch zu den Ergebnissen der gleichen Evaluation, welche die Vorlage zu erfüllen versucht, ist die Einführung eines sogenannten Teilkartellverbots (ohne Legalausnahmen). Im Sinne einer semantischen Vorbemerkung ist zu fragen, ob es im Vergleich dazu ein «Kartelltotalverbot» gibt. Verbotene Kartelle sind insgesamt untersagt und nicht nur in Teilen. Doch auch materiell ist der Änderung wenig abzugewinnen. Sowohl die europäische Rechtsprechung als auch die ökonomische Lehre und damit die Evaluation sehen keinen Grund, zu vermuten, dass insbesondere vertikale Kooperationen an sich wettbewerbsschädliche Auswirkungen haben. Der Einzelfall sollte – entsprechend der heute gültigen Regelung – als solcher und mit dem Nachweis seiner Erheblichkeit überprüft werden. Das Gegenteil ist in der vorgeschlagenen Revision der Fall: Das vorgesehene Teilkartellverbot mit der Beweislastumkehr – ohne dass Legalausnahmen oder mögliche Effizienzgründe im Gesetz angegeben wären – schafft einerseits eine Differenzierung zur EU und andererseits eine doppelte Verschärfung im Vergleich zur heute gültigen Regelung. Damit ist die Einführung eines Teilkartellverbots mit Beweislastumkehr eindeutig unverhältnismässig, weil sie nicht dem mildesten Mittel entspricht und das schweizerische Kartellrechtsgefüge in entscheidender Weise verändert¹⁴. Gerade im Zusammenhang mit der Wahl des mildereren Mittels ist zu fragen, was das Teilkartellverbot bezweckt. Gemäss Botschaft soll es ein Mittel gegen die «Hochpreisinsel Schweiz» darstellen¹⁵. Doch gemäss Evaluation ist eine Lockerung von Art. 5 Abs. 4 KG (Vertikalabsprachen) das bessere Mittel gegen das Schweizerische Preisniveau¹⁶. Wenn der Urheber der Änderung des Kartellrechts widersprüchliche Ansichten zum gleichen Phänomen pflegt, entspricht die Reduktion seiner Position auf lediglich eine Sicht nicht dem mildesten Mittel.

Es sei zusätzlich darauf hingewiesen, dass mit dem Teilkartellverbot nochmals die KMU überproportional stärker getroffen werden. Grundsätzlich werden Abmachungen im Bereich des Vertriebs, des Einkaufs, der Logistik und sogar der anwendungsorientierten Forschung für wettbewerbsschädlich erklärt. Nun müssten die Unternehmen selber zeigen, dass ihre Kooperation eine positive Auswirkung auf den Markt hat. Damit ist möglich, dass die geldmässigen Effizienzgewinne ebenso geldmässig im aufwändigen Effizienzbeweis verloren gehen. Dies ist umso problematischer, als die Botschaft ausdrücklich anerkennt, dass lediglich die Form unabhängig von ihrer ökonomischen Beurteilung verboten wird. Das schafft insbesondere für KMU den (nicht intendierten, aber in Kauf genommenen) Anreiz, nicht einmal effiziente Kooperationen einzugehen.

Noch negativer wirkt sich dies in Verbindung mit der Vereinfachung der Zusammenschlusskontrolle aus, die letztlich auch eine Vereinfachung der Zusammenschlüsse ist. Die «Kriminalisierung» der vertikalen Kooperation einerseits und die gleichzeitige Vereinfachung der Zusammenschlüsse andererseits führt zu vermehrtem Druck in Richtung von Vertikalintegrationen, was wiederum bedeutet, dass der Wettbewerb potenziell verringert wird. Es gilt: Je einfacher es ist, sich zusammenzuschliessen und je schwieriger es ist, Kooperationen einzugehen, desto mehr vertikal-integrierte Unternehmen werden entstehen oder desto mehr KMU werden durch grössere Unternehmen einverleibt. In diesem Sinne begeht die Gesetzesänderung nicht nur den Typ-1-Fehler (Untersagung von effizientem Verhalten), sondern auch den Typ-2-Fehler (Zulassung von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten).

Damit schliesst sich der Kreis der Widersprüche. Die Vorlage möchte nämlich der sogenannten Hochpreisinsel Schweiz entgegentreten, schafft aber ideale Voraussetzungen, um den Wettbewerb weiter einzuschränken und damit das allgemeine Preisniveau in die Höhe zu treiben. Denn gegen Preisfestsetzungen innerhalb eines Unternehmens kann das Kartellgesetz nicht angewendet werden.

Aus ordnungspolitischer und juristischer Perspektive ist ebenfalls zu bemängeln, dass die Vorlage die Bundesverfassung verletzt. Diese gibt dem Bund in Art. 96 die Pflicht, gegen schädliche Kartelle vorzugehen; nicht gegen Kartelle insgesamt. Würde sie Kartelle insgesamt für missbräuchlich halten, hätte sie ein Kartellverbot vorgesehen, stattdessen verlangt sie, gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen. Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Absicht der Verfassung geht hervor, dass Kooperationen an

¹⁴ Vgl. D. EMCH/M. SAURER, Wettbewerber in der Zwangsjacke von Art. 5 Abs. 4 KG, sic! 2008, 335 ff.; M. MOTTA, Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge 2004; P. REY/F. CABALLERO-SANZ, The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints, Directorate-General for Economic and Financial Affairs of the European Commission (Hg.), Economic Papers no. 119, Brüssel 1996.

¹⁵ Botschaft (Fn. 1), 3926.

¹⁶ Evaluation (Fn. 8), 78.

sich existieren dürfen, solange sie den Wettbewerb nicht behindern oder keine volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen haben.

2. Fragwürdiges Verständnis des Marktes

Das ökonomisch wichtigere Problem der Vorlage sind nicht ihre Widersprüche und Inkonsistenzen, sondern ihr Marktverständnis. Leicht entsteht der Eindruck, dass neoklassische Marktmodelle, die lediglich für didaktische Zwecke existieren, zum Fundament einer weitreichenden Neuordnung gemacht wurden, ohne dass eine kritische Reflexion über ihre Annahmen und Konsequenzen stattgefunden hätte. Damit ist die Frage zu stellen, von welchem Markt die Revision *eigentlich* ausgeht.

Das Bild des neoklassischen Marktes, das hinter den Vorschlägen steht, ist von vielen durchaus üblichen Annahmen geprägt. Trotzdem sind in den Vorschlägen des Bundesrates ebenfalls Denkfiguren enthalten, welche von der ökonomischen Lehre nicht geteilt werden. Zu den üblichen und innerhalb der Lehrmodelle unumstrittenen Annahmen gehören die konstante Faktorsubstitution und die Unterstellung, Wettbewerb sei atomistisch organisiert. Es wird im Übrigen auch angenommen, dass wer Recht hat, bereit ist, sein Recht durchzusetzen (und möglicherweise in einer normativen Konnotation bereit sein sollte, so zu handeln).

Die Idee des vollständig atomistischen Wettbewerbs genauso wie das Theorem der konstanten Faktorsubstitution (Homogenitätsgebot) gehören zur mikroökonomischen Theorie der Marktgleichgewichte, genauer gesagt, es sind jene Vorbedingungen, welche die Herausbildung eines einzigen Gleichgewichts im Markt ermöglichen¹⁷. So bekannt beide Annahmen sind, beschränkt sich ihre Anwendung dennoch auf die einführende Lehre der Ökonomie; wenige Wirtschaftswissenschaftler würden die Wirksamkeit dieser Annahmen in der Realwirtschaft unkritisch entgegennehmen¹⁸. Finanzmärkte, in denen eine höhere Effizienz zu beobachten ist, nähern sich diesen Annahmen besser an als Realmärkte. Dies hat aber damit zu tun, dass die Aktionen auf den Finanzmärkten auf mathematischen Modellen basieren, welche ihrerseits jene zwei Ausgangsgrössen voraussetzen. Mit anderen Worten, Finanzmärkte sind auf diesen Grundlagen basierende autopoietische Systeme¹⁹.

Bei den Realmärkten hingegen – und in der Schweiz wird das Kartellgesetz vor allem auf diese angewendet – greifen diese Annahmen zu kurz. Erstens entstehen Transaktionskosten, um eine wettbewerbliche, kommerzielle oder rechtliche Beziehung einzugehen, aber auch, um sie aufzulösen; zweitens entstehen sie nochmals, wenn Produktionsfaktoren ausgetauscht werden. Diese Kosten wirken jeweils weniger stark, wenn sie auf eine grössere Struktur umverteilt werden können, denn je grösser die Umlagebasis, desto kleiner der Durchschnittskostensatz. Mit anderen Worten, Grossunternehmen können diese zusätzlichen Kosten auf ihre Strukturen besser verteilen, und durch diese Absorption kommen sie dem Homogenitätsgebot näher. KMUs gelingt dies nicht. Damit ist auch gesagt, dass jede Regelung, welche die Transaktionskosten nicht bedenkt, beziehungsweise sie gleich Null voraussetzt, gleichzeitig eine strukturelle Verzerrung des Marktes zu Gunsten der Grossunternehmen bewirkt²⁰.

Selbst die unreflektierte Übernahme der unkritischen Annahmen der Lehrbuchmodelle durch die Botschaft steht im Widerspruch zu ihrer Änderungsabsicht. Gerade die Annahme der atomistischen Konkurrenz basiert darauf, dass die Marktteilnehmer weder Transaktions- noch Substitutionskosten tragen. Doch diese Kosten fallen real an, und gerade, um sie zu verringern, können sich Marktteilnehmer – Anbieter und Nachfrager – in Gemeinschaften zusammenschliessen, beispielsweise als Einkaufsgenossenschaft, Vertriebsgemeinschaft, Vertikalstrukturen und so weiter. Um dem Homogenitätsgebot näher zu kommen und damit die Vorteile der ökonomischen Kostensenkungen zu geniessen, welche sich später in den tieferen Preisen zeigen, geben die Marktakteure die atomistische Konkurrenz punktuell auf, ohne auf sie als Option insgesamt zu verzichten. Wettbewerb ist ein Institut, das Zusammenarbeit erlaubt und diese dadurch diszipliniert, dass sie jederzeit unilateral aufgekündigt werden kann.

¹⁷ K. ARROW/F. HAHN, *General Competitive Analysis*, San Francisco/Edinburgh 1971.

¹⁸ R. COASE, *The Nature of the Firm*, *Economica* 4, November 1937, 386 ff.

¹⁹ K. BRODBECK, *Wirtschaft als autopoietisches System? Zeitschrift für Politik* 1991, 317 ff. Autopoietische Systeme leben von dem «scheinbaren Paradox, ihren kognitiven Bereich innerhalb ihres kognitiven Bereichs zu enthalten».

²⁰ O. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, *Journal of Law and Economics* 1979, 233 ff.; G. ARCHIBALD, *Theory of the Firm*, in: J. Eatwell/M. Milgate/P. Newman (Hg.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, London 1987, 357ff. MANI REINERT, *Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen*, Zürich 2004, 130 ff.

Damit ist der nächste Schritt in der Argumentation erreicht. Das heute gültige schweizerische Kartellgesetz und die ökonomische Lehre wissen um den Wert der Absprachen als Marktkorrektiv. Insbesondere vertikale Absprachen nehmen eine positive Stellung ein. Dies wird aber von dem zur Diskussion stehenden Änderungsvorschlag verkannt, indem er annimmt, dass jede Kooperation negative Auswirkungen hat. Insbesondere fünf Abreden sollen ja explizit verboten werden. Damit entfernen sich die Vorschläge von dem aktuellen Stand der ökonomischen Forschung, welche zugibt, dass vertikale Absprachen zu intensiverem Interbrand-Wettbewerb führen (Senkung der Distributionskosten, Erschließung neuer Märkte, Erhöhung der Umsätze)²¹. Es ist daher anzunehmen, dass die Vorlage Wettbewerb mit Intra-brand-Wettbewerb gleichsetzt, was aber nicht nur falsch wäre, sondern sich auch von den üblichen Parametern neoklassischer Marktmodelle entfernen würde.

Es ist also festzustellen, dass das sich hinter der Vorlage verbergende Marktverständnis weder einer ausgereiften Ökonomie entspricht noch der Realwirtschaft angepasst ist. Genauso wie es Transaktionskosten gibt (welche die Vorlage gleich Null setzt), kann die Kooperation zwischen den Wettbewerbern (Anbieter und Nachfrager) dazu führen, dass Marktpreise gesenkt werden, weil durch die Kooperation allgemeine Kosten, insbesondere Transaktionskosten, auf Strukturen umgelegt werden, welche diese Kosten absorbieren und sie demzufolge verringern. Die Vorlage hingegen ist der Ansicht, dass in einer Welt ohne Transaktionskosten jede Kooperation die Insider gegenüber den Outsidern besserstellt. Dies ist aber die falsche Schlussfolgerung aus den falschen Annahmen.

Zusammenfassung

In einer allgemeinen Beurteilung der intendierten Gesetzesänderung ist zunächst zu fragen, welche Ziele die Vorlage eigentlich verfolgt, d.h., was versprochen wird. Schon dies ist schwer zu beantworten. Zunächst stand das Ziel im Vordergrund, den institutionellen Rahmen der Wettbewerbsbehörden zu klären. Schnell aber gerät dieses in den Hintergrund, wenn die Botschaft und die Stellungnahmen des Bundesrates analysiert werden. Vielmehr scheint die materielle Neuregelung des Artikels 5, das Teilkartellverbot mit Beweislastumkehr, prioritär.

Mit anderen Worten scheint es, dass die Vorlage als politisches Signal gegen die sogenannte Frankenstärke eingesetzt wird. Es ist aber unklar, wie eine derartige Änderung des Kartellrechts, welche betriebswirtschaftliche Kosten erhöht und Vertikalintegrationen fördert, zu einer allgemeinen Reduktion des Preisniveaus führen kann. Es ist überhaupt verwunderlich, dass, um einem zyklischen Phänomen zu begegnen, ein für den Wirtschaftsstandort grundlegendes Gesetz, das lediglich die Rahmenbedingungen absteckt, geändert wird.

Freilich ist es möglich, dass ein Teilkartellverbot mit Beweislastumkehr die Arbeit der neu zu gründenden Wettbewerbsanstalt vereinfacht. Doch daraus folgt weder, dass das Preisniveau sinkt, noch dass es das mildeste Mittel ist, gegen schädliche Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen (es ist lediglich das einfachste Mittel). Wenn die materiellen Änderungen so stark in den Vordergrund rücken, dass die ursprünglich als prioritär deklarierte Institutionenreform an Bedeutung verliert, ist davon auszugehen, dass die Vorlage nicht mehr in der Lage ist, das einzuhalten, was sie verspricht.

In diesem kurzen Aufsatz ist gezeigt worden, wie die gesamte Änderung aus ökonomischen Gründen falsch ist und wie sie sich in juristischen Widersprüchen verliert. Nun ist es an den eidgenössischen Räten, ihren Willen als Gesetzgeber walten zu lassen.

Résumé

Dans le cadre d'une appréciation générale du projet de modification de la loi, la question qui se pose tout d'abord est de savoir quels sont les buts visés par la modification et quelles en sont les promesses. Il est difficile de répondre à cette première question. S'il s'agissait à l'origine de clarifier le cadre institutionnel de l'autorité de concurrence, on peut déduire du message et de la prise de position du Conseil fédéral que cet élément est rapidement devenu secondaire. La nouvelle réglementation matérielle de l'art. 5, l'interdiction partielle des cartels avec le renversement du fardeau de la preuve, apparaît comme prioritaire.

²¹ D. SCHMIDTCHEN, Der «more economic approach» in der Wettbewerbspolitik, WuW 2006, 6 ff.

En d'autres termes, le projet semble être utilisé comme un signal politique contre la force du franc suisse. Ce qui n'est cependant pas clair, c'est la question de savoir comment une telle modification du droit des cartels, qui engendre une augmentation des coûts économiques et favorise l'intégration verticale, pourrait avoir comme effet une réduction du niveau des prix. De manière générale, il paraît étonnant qu'une loi qui pose des bases pour un site économique en n'en réglant que les conditions cadres soit modifiée pour répondre à un phénomène cyclique.

Il est bien sûr possible qu'une interdiction partielle des cartels avec un renversement du fardeau de la preuve facilite le travail de l'institution de concurrence qui doit être créé; on ne peut cependant pas en déduire que le niveau des prix va baisser, ni qu'il s'agit du moyen le plus clément d'agir contre les effets néfastes des restrictions à la concurrence (il s'agit uniquement du moyen le plus simple). Si les modifications matérielles prennent tellement d'importance qu'elles passent avant les réformes institutionnelles, d'abord déclarées comme prioritaires, le projet n'est plus en mesure de tenir ses promesses.

Dans cette brève contribution, l'auteur démontre que la modification dans son ensemble est erronée pour des raisons économiques et qu'elle se perd dans des contradictions juridiques. Les Chambres fédérales doivent désormais faire valoir leur volonté en tant que législateur.