

Wettbewerb der Wettbewerbsbehörden?

HENRIQUE SCHNEIDER*

Wenn der Wettbewerb die Effizienz eines Systems insgesamt erhöht und sich wohlfahrtssteigernd auswirkt, ist es merkwürdig, dass gerade jene Institutionen, die über ihn wachen, ihm nicht ausgesetzt werden. Diese ökonomische Intuition kann pointiert als Frage gestellt werden: Warum gibt es keinen Wettbewerb unter den Wettbewerbsbehörden? In diesem Beitrag wird ein Modell, das die Schaffung eines begrenzten Wettbewerbs unter den Institutionen ermöglichen wollte, diskutiert. Der «Antrag Schmid» im Ständerat sah vor, dass an Kartellverfahren beteiligte Unternehmen die Wahl haben, welche Behörde den Erstentscheid fällen soll: die WEKO oder das BVGer. Aus ökonomischer Perspektive wird nun gefragt, welche Auswirkungen dies hätte.

Si, dans l'ensemble, la concurrence augmente l'efficacité d'un système et a des effets positifs sur la prospérité, il est étonnant que les institutions chargées de sa surveillance n'y soient elles-mêmes pas soumises. Ou pour formuler cette intuition économique en termes plus percutants: pourquoi n'y a-t-il aucune concurrence entre les autorités de la concurrence? Le présent article traite d'un modèle visant à instaurer une concurrence limitée entre les institutions. La «proposition Schmid» déposée au Conseil des Etats prévoyait ainsi que les entreprises participant à une procédure cartellaire puissent choisir la première instance décisionnelle: la COMCO ou le TAF. Quelles conséquences cette disposition aurait-elle d'un point de vue économique?

- I. Institutionelle Monopole
- II. Die Institutionenfrage in der Kartellgesetzrevision
- III. Der «Antrag Schmid»
- IV. Eine Würdigung – aus ökonomischer Perspektive
 - 1. Der Markt
 - 2. Die Wohlfahrt

Zusammenfassung / Résumé

I. Institutionelle Monopole

Aus ökonomischer Perspektive ist auffallend – und irritierend –, dass jene Behörden, die über den Wettbewerb wachen, in der Regel «institutionelle Monopolisten» sind, das heisst, selbst nicht den Marktkräften ausgesetzt werden, welche zu schützen ihre Aufgabe ist. Es scheint sogar, dass diese Alleinstellung vielen Behörden als Merkmal ihres Selbstverständnisses gilt. In der deutschen Sprache wird dies im Begriff des «Wettbewerbschüters», von dem es nur einen gibt, konnotiert. Die koreanische Behörde beispielsweise macht ihre Stellung unmissverständlich klar, wenn ihr Präsident schreibt «Ever since, the country's competition authority, Korea Fair Trade Commission (KFTC), has fulfilled its role as the [Betonung H.S.] guardian of the market economy for sustained national economic growth amid a fair and free competition climate¹.»

Freilich bestehen in einigen Staaten mehr als eine Behörde, welche jedoch zur Zusammenarbeit verpflichtet werden. Grossbritannien wird ihre zwei Institutionen – die «Office of fair trading» und die «Competition Commission» – im Jahr 2014 in eine «Competition and Markets Authority» zusammenführen². Die Vereinigten Staaten von Amerika, ein weiteres Beispiel für ein Land mit mehr als einer Behörde, verlangt eine intensive Zusammenarbeit von der «United States Department of Justice Anti-trust Division» mit der «Federal Trade Commission»³.

* Ökonom, Schweizerischer Gewerbeverband sgv, Mitglied WEKO, Bern.

¹ FAIR TRADE COMMISSION (Republic of Korea), Annual Report, Seoul 2012, 4.

² Enterprise and Regulatory Reform Act 2013.

³ E. M. FOX, US and EU competition law: a comparison, Washington 1997, 339–354.

Die Frage des Wettbewerbs ist selbstredend nicht mit der Zahl der Institutionen und Behörden zu beantworten, sondern mit dem Hinweis auf die Wahlmöglichkeit ihrer Nutzer. Ein Wettbewerb liegt vor, wenn eine Auswahl zwischen einander exkludierenden Alternativen besteht. Um auf eine krude Analogie zurückzugreifen, befinden sich zwei Kioske im Wettbewerb, wenn die Konsumentin die Möglichkeit hat, ihre Wasserflasche in einem oder im anderen zu kaufen und die freie Entscheidung hat, wo sie dies tut. Dieser Wettbewerb wird von Ökonomen als effizient oder effizienzsteigernd eingestuft und von Kartellrechtlern als Ziel ihres Rechtsgebiets behandelt⁴.

Wenn der Wettbewerb derart positive Auswirkungen hat, ist es erstaunlich, dass er im Wettbewerbsrecht als Verfahren fehlt. Im Zuge der Revision des Schweizerischen Kartellgesetzes (KG) ist ein Vorschlag im Ständerat eingebracht worden, der ein Konkurrenzverhältnis zwischen Behörden einführen wollte. Die parlamentarische Diskussion hat es nicht erlaubt, dem Vorschlag jene Aufmerksamkeit zukommen zu lassen, die er schon aufgrund seines Paradigmenwechsels verdient hätte. Nun soll in diesem Artikel der Frage nachgegangen werden: Mit welchen Auswirkungen könnte ein Wettbewerb unter Wettbewerbsbehörden eingeführt werden? Als Antwort darauf wird der «Antrag Schmid» einer kritischen Würdigung unterzogen.

II. Die Institutionenfrage in der Kartellgesetzrevision

Die derzeitige Diskussion um die Revision des KG wird vom Teilkartellverbot und von der Preisdiskriminierung dominiert, doch angefangen hatte sie mit der institutionellen Frage: damit nämlich, wie eine Entflechtung von Untersuchung und Entscheidung institutionell verankert werden sollte.

Die 2008 publizierte Evaluation zum KG hielt fest⁵: «Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt für die erforderliche Optimierung der gesetzlich vorgeschriebenen Aufstellung und Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden gesetzliche Anpassungen: – Die Wettbewerbsbehörden sind – ob in einer ein- oder zweistufigen Organisationsform – umfassend unabhängig zu strukturieren: unabhängig von der Politik, ohne Einsitz von Interessenvertretern/innen, ohne Verwaltungsratsmandate; die Ausschreibung der Posten für das Entscheidgremium in der ein- oder zweistufigen Behörde erfolgt auf Basis eines Vorschlages eines Fachgremiums und die Wahl durch den Bundesrat oder das Parlament. – Das Entscheidgremium [...] ist zu professionalisieren. – Die Kompetenzzuordnung innerhalb der Wettbewerbsbehörden – der Kommission (Entscheidbehörde) und ihrem Sekretariat (Untersuchungsbehörde) – ist klarer zu gestalten, sei es durch die Vereinigung der beiden Behörden (einstufige Behörde) oder durch eine klare Trennung (zweistufige Behörde). Im Vordergrund steht für die Evaluationsgruppe Kartellgesetz die einstufige Behörde. Empfehlung: Die Wettbewerbsbehörden sind von Politik und Wirtschaft unabhängig zu strukturieren und die Entscheidträger zu professionalisieren. Kommission und Sekretariat sind in eine einstufige Behörde zu überführen.»

Aus dieser eher pragmatisch formulierten Forderung nach Professionalisierung wurde jedoch ein Verlangen nach Trennung (also zweistufig) abgeleitet, indem eine Wettbewerbsanstalt Untersuchungen führt und «Strafanträge» stellt und eine Kammer des BVGer erstinstanzlich Urteile fällt. Kartellrechtsexperten, beispielsweise EMCH⁶ oder HOFFET/DIETRICH⁷ plädierten für dieses Trennungsmodell, das auch in der bundesrätlichen Vorlage Eingang fand.

Der Bundesrat begründet seinen Vorschlag in der Botschaft zur Revision⁸: «In Fällen betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen wird, dies als zweites Element, das Entscheidstadium deutlicher als bisher vom Untersuchungsstadium abgetrennt sein. Die Wettbewerbsbehörde untersucht, das Wettbewerbsgericht entscheidet und spricht allfällige Sanktionen aus. Da zukünftig bereits in erster Instanz ein BV17- und EMRK18-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. Das Wettbewerbsgericht ist Teil des Bundesverwaltungsgerichts. Voraussichtlich wird hierfür eine neue Kammer gebildet werden. [...] Die vorgeschlagene Trennung von Untersuchung mit Antrag einerseits und Entscheid mit Sanktionsbemessung andererseits kompensiert eine allfällig kritisierte Schwächung des Rechtsschutzes aufgrund des Wegfalls einer Be-

⁴ P. AGHION/R. GRIFFITH, *Competition and growth: reconciling theory and evidence*, London 2008. S. BISHOP/M. WALKER, *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*, London 2010.

⁵ EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, *Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG*, Bern 2008, 107.

⁶ D. EMCH, *Gefährliche Doppelrolle von Wettbewerbsbehörden*, NZZ vom 28. Mai 2010, 31.

⁷ F. HOFFET/M. DIETRICH, *Mehr Fairness und Effizienz im Kartellverfahren*, NZZ vom 28. August 2012, 26.

⁸ BBl 2012, 3923.

schwerdeinstanz. Diese Trennung führt nämlich zu einer beträchtlichen Verbesserung des Gleichgewichts zwischen den Parteien und der Wettbewerbsbehörde.»

Befürworter des zweistufigen Modells mit dem vorgeschlagenen Wettbewerbsgericht sehen neben der erhöhten Rechtssicherheit auch die Verhandlung der Untersuchten «auf Augenhöhe» mit der Wettbewerbsbehörde als entscheidenden Vorteil an. Sie geben zwar zu, dass die Verfahren dadurch verlängert werden (HOFFET/DIETRICH gehen von 4 bis 5 Jahren bis zum Erstentscheid aus) messen jedoch dem Legitimitätsvorsprung des BVGer (als erste Instanz) höhere Bedeutung zu und denken, dass letztlich, d.h. bis zur letztmöglichen Entscheidung, die Verfahren doch noch verkürzt werden, weil nur noch eine Beschwerdeinstanz angegangen werden kann, das BGer⁹.

Doch es gibt auch Verfechter des einstufigen Modells: BAUDENBACHER¹⁰ bewertet den bundesrätlichen Vorschlag negativ. Er führe zur Schwächung der Rechtsdurchsetzung und sei wissenschaftlich nicht fundiert. Darüber hinaus sei das Rechtsstaatlichkeitsargument (Art. 17 BV und Art. 6 und 7 EMRK) nicht überzeugend. Im Jahr 2013 wurde diese Ansicht auch vom Schweizerischen BGer bestätigt, der im Urteil «Publigroupe» die EMRK-Konformität des Schweizer Modells bestätigte¹¹. KELLERHALS¹² macht darauf aufmerksam, dass die heutige Wettbewerbskommission «gerichtsähnlich» ist und eine Vielzahl anderer Aufgaben erfüllt, insbesondere die Vertretung des Anliegens des Wettbewerbs in der Öffentlichkeit, was ein Gericht kaum erfüllen könnte. Auch er hält wenig von den EMRK-spezifischen Bedenken und schlägt daher vor, das geltende System fortzuentwickeln und zu professionalisieren.

Befürworter des einstufigen Modells mit der WEKO als Untersuchungs- und Entscheidbehörde sehen die Rechtssicherheit nicht gefährdet, im Gegenteil, die Tatsache dass der Erstentscheid bereits nach etwa 2,5 Jahren vorliegt, wird als Vorteil und Stärkung gerade der Rechtssicherheit für die am Verfahren Involvierten angesehen. Darüber hinaus geben sie zu bedenken, dass zwei Beschwerdeinstanzen vorhanden sind – davon eine mit voller Kognition –, was auch positiv zu werten sei. Der «dialogale» Umgang mit der Behörde wird als zielführender und günstiger für Unternehmen beurteilt. Letztlich wird auch die Vergleichbarkeit namentlich mit europäischen Systemen in diese Liste der Vorzüge des einstufigen Modells inkludiert¹³.

Beide Positionen scheinen sich nun in einer argumentativen Pattsituation zu befinden. Beide Systeme haben begründbare Vorteile, aber auch Probleme. Es stellt sich also die Frage (nicht nur im Rahmen der Gesetzesrevision), welches Modell zu wählen ist. Doch möglicherweise müsste der Gesetzgeber gar nicht wählen müssen, sondern könnte genau diese Entscheidung den involvierten Unternehmen überlassen. Schliesslich kennt niemand ihre Bedürfnisse besser als sie selbst. In dieser Intuition gründet das Modell des «Wettbewerbs unter den Wettbewerbsbehörden» oder der «Antrag Schmid»¹⁴.

III. Der «Antrag Schmid»

In der Diskussion um das KG behandelte die kleine Kammer die Vorlage als Erstrat. In der eingehenden Beratung durch die zuständige Kommission brachte Ständerat MARTIN SCHMID (Graubünden) einen Antrag bezüglich der «Institutionenreform» ein. Dieser sah vor, die Wettbewerbskommission auf 5 Mitglieder zu verkleinern und zu professionalisieren und gleichzeitig für die untersuchten Unternehmen ein Antragsrecht zu schaffen. Untersuchte Unternehmen dürfen demnach wählen, ob ihr Fall erstinstanzlich von der WEKO oder vom BVGer behandelt werden soll. Die Abwägung zwischen verstärkter Rechtsstaatlichkeit und Geschwindigkeit würden damit die Unternehmen selber treffen. Falls sie von Anfang an, beispielsweise wegen der Höhe der zu erwartenden Bussen, einen Entscheid durch das BVGer wünschen, verzichten sie auf eine Instanz im Instanzenzug. Falls sie hingegen die –

⁹ HOFFET/DIETRICH (Fn. 7) berechnen, dass es im einstufigen System, das in der Schweiz heute herrscht, etwa 2,5 Jahre bis zum Erstentscheid braucht, aber 7 bis 8 Jahre bis zu einem Entscheid des BGer. Im einstufigen Modell hingegen sind es 4 bis 5 Jahre bis zum Erstentscheid und etwa 6 bis zum letzten.

¹⁰ C. BAUDENBACHER, Kritische Bemerkungen zum geplanten Bundeswettbewerbsgericht, Jusletter 11. Juli 2011.

¹¹ BGer vom 29. Juni 2012, 2C_484/2010, E. 4.5.

¹² 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., 63–79.

¹³ Dies ist nicht der Ort, um auf die Diskussion um die sog. «Interessensvertreter» einzugehen. Siehe dafür KELLERHALS (Fn. 12).

¹⁴ Es sei noch darauf hinzuweisen, dass mit dem Art. 12 E-KG ein weiteres «Konkurrenzmerkmal» in die Rechtsordnung aufgenommen werden soll, die Öffnung der Zivilverfahren in Kartellsachen auf Konsumenten. Damit besteht mindestens für die unter dem Artikel Genannten die Wahl zwischen dem Zivilgericht und der Kartellbehörde.

als Grunddisposition anvisierte – Entscheidung durch die WEKO wünschen, tragen sie die Folgen dieses Wegs.

Als die Vorlage dann im Rat besprochen wurde, ging es vor allem um juristische Argumente. SR SCHMID begründete seinen Antrag wie folgt¹⁵: «Ich habe einen Minderheitsantrag eingereicht, der den Unternehmen, denen ein wettbewerbswidriges Verhalten vorgeworfen wird, die Möglichkeit geben würde zu verlangen, dass erstinstanzlich nicht mehr die WEKO, sondern das Bundesverwaltungsgericht entscheidet. Wenn ein Unternehmen den Entscheid freiwillig ans Bundesverwaltungsgericht delegieren würde, hätte das zur Folge, dass die WEKO die Untersuchung führen und dann eben dem Bundesverwaltungsgericht entsprechende Anträge stellen müsste, sodass ein rechtsstaatliches Verfahren mit sämtlichen Verteidigungsrechten gewährleistet wäre. Ich meine eben, dass dieser Weg der effizienteste ist, wenn man den Gesichtspunkt der Geschwindigkeit und Beschleunigung der Verfahren vor Augen hat; auch der Kommissionspräsident hat das nicht in Abrede gestellt. [...] Es wurde darauf hingewiesen, dass dies ein in unserer Rechtsordnung unübliches Vorgehen sei. Ich möchte zumindest den Juristen zur Antwort geben, dass wir gerade im Verwaltungsbereich Verfahren wie die Sprungbeschwerde oder den Sprungrekurs kennen. [...] Unausgesprochen [...] wird meinem Modell vorgeworfen, dass es dazu führen könnte, dass die WEKO in eine Situation käme, in der sie erpresst werden könnte: Die Unternehmen könnten, wenn kein mildes Urteil zu erwarten wäre, darauf hinweisen, dass sie direkt ans Bundesverwaltungsgericht gelangen wollten. [...] Ich möchte Ihnen hier zu bedenken geben, dass wir, wenn wir eine professionalisierte WEKO einführen, dort wirklich qualifizierte Personen haben, welche letztlich dieses Wettbewerbsrecht beurteilen und sich nicht ohne Weiteres von einem solchen Motiv leiten lassen. [...] Mir geht es aber um das Wettbewerbsrecht und – ich möchte das in einer generellen Aussage doch nochmals wiederholen – auch um die Geschwindigkeit. [...] Mir geht es auch nicht um die Maximierung der Kartellbussen. Mir geht es eher darum, dass auch in Zukunft die Wettbewerbsbehörde wieder vermehrt präventiv tätig werden könnte. In der Vergangenheit hat sich die WEKO sehr stark zu einer repressiven Behörde entwickelt, nicht zu Unrecht. [...] Für den Wettbewerb und den Konsumenten wären präventive Aussagen im Wettbewerb viel wichtiger. Wenn nämlich die WEKO Zeit hätte, präventiv darauf hinzuweisen, wo sie wettbewerbswidrige Absprachen vermutet und auch entsprechende Signale aussenden könnte, die dann von den Unternehmen auch aufgenommen würden, hätte das einen grösseren Einfluss, als wenn sie einfach ein Unternehmen herauspicks und sämtliche Ressourcen darauf konzentriert. Mit diesem neuen System der Minderheit würde sozusagen ein Checks-and-Balances-System eingeführt. Wenn die Unternehmen die Möglichkeit haben, ein Gerichtsverfahren direkt einzugehen, hat die WEKO umgekehrt einen Anreiz, ihre Verfahren den üblichen rechtsstaatlichen Prinzipien anzupassen, ihre Entscheidungen noch sorgfältiger zu begründen und zu fällen und gleichzeitig schneller als ein Gericht zu sein. Ich meine, das wären genügend Argumente, um hier der Minderheit zu folgen.»

SR PIRMIN BISCHOF (Solothurn) referierte gegen den «Antrag Schmid», indem er darauf hinwies, dass¹⁶ «was Kollege Schmid vorschlägt, wirklich ein mögliches Modell ist. Man nennt es Forum Shopping. Das ist eine amerikanische Konstruktion, und die sieht vor, dass ich, wenn ich vor Gericht muss, wählen können sollte, wohin ich vor Gericht will. [...]» Und weiter¹⁷: «Das ist an sich schon rechtsdogmatisch meines Erachtens grundfalsch. Dieses Wahlrecht sollte bei einem möglichen Kartellverstoss nicht bestehen. Es sollte im Gegenteil der Staat klar vorschreiben, welches Verfahren gilt. Das schafft Rechtssicherheit. Das würde in unserem Fall jetzt im Modell der Mehrheit heissen, dass ein solches Verfahren immer zur Wettbewerbskommission führt. Das hat nicht nur den Vorteil, dass alle wissen, dass die Wettbewerbskommission die zuständige Instanz ist, sondern auch, dass sie alle Fälle behandeln kann. Sie schafft also eine gewisse Kontinuität für das Kartellrecht in der Schweiz, und das macht die Wettbewerbskommission gut, weil sie das allein und den ganzen Tag macht: Wettbewerbsrecht. Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht als erstinstanzliche Wettbewerbsbehörde eingerichtet. Das Bundesverwaltungsgericht ist eigentlich zugeschnitten als Rekurs- oder Beschwerdeinstanz; für das ist es gut.»

SCHMID selber entgegnete dieser Argumentation¹⁸: «[...] Das von der Minderheit vorgeschlagene Modell ist kein klassisches Forum Shopping, bei dem Sie den Gerichtsstand wählen könnten. Das Modell geht nur davon aus, dass Sie eine Instanz sozusagen überspringen können, und zwar schon beim

¹⁵ Amtl. Bull. SR 2013, 326.

¹⁶ Amtl. Bull. SR 2013, 327.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Amtl. Bull. SR 2013, 328.

Start. [...] Gemäss Modell der Minderheit – damit dies auch im Amtlichen Bulletin stimmt – können Sie nur wählen, ob Sie zuerst einen Entscheid der WEKO wollen, den Sie dann später ans Bundesverwaltungsgericht weiterziehen können, oder ob Sie direkt einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes als erster Instanz haben wollen. Das ist ein Unterschied zum Modell des Forum Shopping. Es geht um die Frage, ob Sie auf eine Instanz verzichten wollen. Und wenn Sie das freiwillig tun, ist das auch EMRK-konform.»

Der Präsident der vorberatenden Kommission, SR KONRAD GRABER (Luzern), fasste die Diskussion zusammen, beziehungsweise brachte den herrschenden Mindset auf den Punkt¹⁹. «Wir haben uns in der Kommission, denke ich, sehr intensiv mit diesem Modell der Minderheit Schmid Martin auseinandergesetzt. Wenn man ihm zuhört, dann kann man ja auch feststellen, dass dieses Modell einen gewissen Charme aufweist. Die Kommission wollte zwar Wettbewerb – das war unsere Hauptmotivation –, aber nicht Wettbewerb zwischen der WEKO und dem Bundesverwaltungsgericht; [...]» Der Antrag blieb so in der Minderheit.

IV. Eine Würdigung – aus ökonomischer Perspektive

1. Der Markt

Zusätzlich zu den juristischen Argumenten soll der «Antrag Schmid» nun primär aus ökonomischer Perspektive kritisch gewürdigt werden. Unter «ökonomische Perspektive» soll ein Ansatz verstanden werden, der sich fragt, wie sich der mögliche Wettbewerb zwischen den Wettbewerbsbehörden etablieren könnte und welche Auswirkungen er hätte.

Indem SR SCHMID von «checks and balances» spricht, benennt er auch das ökonomische Argument für sein Modell. Nicht nur würden beide Behörden in Konkurrenz zueinander stehen, sondern es würde eine Dynamik in Gang gesetzt, jeweils «bessere» Urteile zu fällen. Bessere Urteile sind nicht jene mit der höchsten Busse, sondern jene mit der Qualität, die sowohl Unternehmen als auch die Wettbewerbshüter – nun im Plural – als optimal ansehen. Mit dieser Dynamik könnten sowohl die Marktkräfte als auch die allgemeine Wohlfahrt besser gestellt werden, was im Folgenden zu analysieren ist.

Das Konzept des Marktes als Treffpunkt von Ansichten und Anliegen ist für eine ökonomische Perspektive zentral, weil der Wettbewerb seine Kräfte nur dort entfaltet. Der Markt bringt Anbieter und Nachfrager zusammen und es liegt in ihrem Zusammenspiel – sowohl untereinander als auch «gegeneinander» –, dass sich die Präferenzen offenbaren und sich langfristig ausbalancieren.

Die Anbieter von Entscheidungen sind im «Antrag Schmid» sowohl die Wettbewerbsbehörde als auch das Gericht²⁰. Ihre «Angebotsfunktionen» werden von jeweiligen Besonderheiten bestimmt. Die Wettbewerbsbehörde verfügt über einen vermeintlich einfacheren Zugang zu den Unternehmen und kann von ihnen Informationen verlangen. Damit wird sie immer näher an den verwertbaren Wissensquellen bleiben als das Gericht, denn selbst wenn das Gericht erstinstanzlich entscheiden würde, bliebe die Führung der Untersuchung und Antragsstellung bei der Behörde. Es ist also folgerichtig, dass Unternehmen, unabhängig des Wegs, den sie wählen, zunächst in Kontakt zur Behörde treten, was der Behörde auch noch einen anderen Vorteil beschert: Mit dem Dialog zwischen Behörde und Unternehmen erhöht sich auch die Wahrscheinlichkeit einer Einigung.

Andererseits kann sich das Gericht ebenso auf gute angebotsseitige Argumente berufen, wie die normativ²¹ höhere Rechtsstaatlichkeit seiner Entscheide und seine Neutralität. Dadurch, dass das Gericht nicht nahe an den Unternehmungen ist, könnte es – gerade aus der Sicht der Unternehmen – als unabhängig betrachtet werden und würde damit nicht in den Verdacht geraten, Informationen zum eigenen Nutzen einzusetzen oder gar zu missbrauchen. Das Gericht würde die Plattform für den «Kampf» beider Kontrahenten zur Verfügung stellen und je nach Ausgang unbelastet entscheiden. Die Informationsasymmetrie würde daher als Unvoreingenommenheit in einen Vorteil umgedeutet.

¹⁹ Ebd.

²⁰ In diesem Abschnitt wird bewusst auf die Verwendung von Eigennamen wie WEKO und BVGer verzichtet, erstens, um der Diskussion aus dem Weg zu gehen, ob unter allen Gerichten das BVGer tatsächlich das richtige ist und zweitens, um die andere Diskussion zu vermeiden, ob die Behörde nun Anstalt oder Kommission oder Behörde heissen soll.

²¹ Im Sinne von zugeschriebener Normativität: Urteile eines Gerichts werden von den «Marktteilnehmern» als «höherwertiger» eingestuft als Entscheide der Behörde.

Im einstufigen Modell werden verschiedene Wahrnehmungsverzerrungen geortet, darunter «prosecutorial», «confirmation», «policy» und «hindsight bias»²². Stehen nun Behörde und Gericht im Wettbewerb zueinander, könnten diese epistemischen Unzulänglichkeiten minimiert werden. Beide Institutionen würden schon alleine wegen des öffentlichen und politischen Drucks versuchen, mit «guten» Ergebnissen die Anspruchsgruppen von ihrer Arbeit zu überzeugen. Gute Ergebnisse sind beschwerdefeste Entscheide, die gleichzeitig die Anreize für schädigendes Verhalten minimieren und Unternehmen Rechtssicherheit geben, mit anderen Worten: Optima.

Nachfrageseitig stellen sich die Unternehmen den Abwägungen, welche Geschwindigkeit sie in etwa von einem Kartellverfahren erwarten, wie viel Informationen sie geben möchten, wie weit der Kreis der Informierten gezogen werden soll, wie wahrscheinlich eine Einigung ist oder wie der allfällige Instanzenzug sich gestaltet. Während der Weg über die Wettbewerbsbehörde es ermöglicht, schnell auf eine Erstentscheidung zu kommen, die preisgegebenen Informationen zu minimieren sowie den Kreis der Informierten kleiner zu halten und die Wahrscheinlichkeit erhöht, eine Einigung zu finden, birgt es die Gefahr der normativ schwächeren Rechtsstaatlichkeit der Entscheidungsinstitution und des unangenehmen Umgangs mit einer Behörde, die prozedural weniger optimiert vorgeht (zum Beispiel mit «Anhörungen» mit einem gleichzeitig explanativen und defensiven Charakter)²³. Auch ist dieser Weg, wenn alle Instanzenzüge ausgenützt werden, länger und teurer.

Die Alternative ist ebenfalls mit Abwägungen und damit mit Opportunitätskosten verbunden. Wählt das Unternehmen den Gerichtsweg, so profitiert es von der normativ höheren Rechtssicherheit und es ist geschützt gegen den Fall, dass die Behörde ihren Informationsvorsprung ausspielt. Auch kann es sein, dass der vollständige Instanzenzug doch kürzer und günstiger ist als im ersten Weg. Auf der anderen Seite ist die Erstentscheidung sicher intensiver und teurer, dauert länger und zieht viel intensivere und öffentlichere Untersuchungen mit sich.

Es ist also festzuhalten, dass der «Antrag Schmid» in der Lage ist, typisches Marktverhalten hervorzurufen. Während die Angebotsseite gute «Produkte» präsentiert, welche ihre jeweiligen Vorteile einsetzen, ist die Nachfrageseite mit verschiedenen Alternativen konfrontiert, wobei jedes «Produkt» einen Preis hat (die Opportunitätskosten aus der entgangenen Alternative). Jeder Akteur muss also seine Handlungsoptionen abwägen und muss so effiziente Wege wählen, um seine Interessen zu verwirklichen (Unternehmen) oder Leistungen zu platzieren (Gericht und Behörde). Damit sind die Anreize richtig gesetzt, um Optima (anstatt Maxima) herzustellen.

2. Die Wohlfahrt

Im Bereich der Wettbewerbsregulierung kommt noch eine andere Dimension dazu. Nicht nur Anbieter und Nachfrager sollen profitieren, sondern vor allem die breite Öffentlichkeit. Der Wettbewerb soll allen nützen. Damit muss der «Antrag Schmid» aufzeigen, wie die breite Öffentlichkeit durch ihn bessergestellt wird, beziehungsweise, wie die allgemeine Wohlfahrt von diesem Wettbewerb zwischen Entscheidungsinstanzen gesteigert wird.

Wenn der Wettbewerb die Effizienz in einem allgemeinen Sinn erhöht, dann ist auch zu erwarten, dass sein Effekt in casu nicht anders sein wird. Die Effizienz in Kartellverfahren kann erhöht werden, indem sie beispielsweise schneller (d.h. kürzere Dauer für Entscheide), stabiler (d.h. es werden weniger Beschwerden eingelegt und die ursprünglichen Entscheide werden aufrechterhalten) oder qualitativer (d.h. der materielle Gehalt der Entscheide wird besser) werden.

Auf der Ebene der Institutionenökonomik ist davon auszugehen, dass sowohl das Gericht als auch die Behörde rationale Akteure sind, d.h., solche die ihren Nutzen maximieren. Selbst wenn sie keinen direkten Nutzen für sich in der Vertretung des Wettbewerbs ableiten würden²⁴, leiten sie davon Nutzen ab, positiv wahrgenommen zu werden. Aus der positiven Wahrnehmung in der Öffentlichkeit, Wissenschaft und Politik folgen in der Regel Aufstockungen im Budget und Personalbestand sowie die Erhöhung des Prestiges. Es ist also im eigennützigen Sinne der Institutionen, schnelle, stabile und qualitative Entscheide zu treffen. Damit ist nicht die Wohlfahrt erhöht, doch eine notwendige Bedingung dafür ist erfüllt. Dieser Appell an die Eigennützigkeit der Institution wirkt sich nämlich weiter aus.

²² S. HIRSBRUNNER/J. WERNER, Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?, Jusletter 20. September 2010, 4.

²³ Diese Frage ist speziell wichtig bei einer allfälligen Umkehr der Beweislast, wie sie in der Revision angedacht ist. Eine umgekehrte Beweislast oder ein Tragen der Folgen der Beweislosigkeit zu Lasten der Unternehmen zusammen mit einer nicht-gerichtlichen Entscheidung verstösst höchstwahrscheinlich gegen Art. 6 und 7 EMRK.

²⁴ Womit nicht gesagt ist, dass sie es heute nicht tun.

Im Wettbewerbsmodell kann mit der Erhöhung der Geschwindigkeit der Verfahren gerechnet werden, denn vor allem das Gericht tritt unter dem Druck an, dass die Wettbewerbsbehörde schneller entscheiden kann. Dieser Druck bringt das Gericht dazu, auch seine Prozesse beschleunigen zu wollen; er macht aber auch die Behörde willens, diesen Vorteil nicht aufzugeben, was sich ebenfalls beschleunigend auswirkt. Dass damit die Qualität der Entscheide nicht aufs Spiel gesetzt wird, ist mit der dynamischen Komponente des Wettbewerbs garantiert. Insbesondere die Behörde, die im normativ-rechtsstaatlichen Gehalt ihrer Entscheidungen im Vergleich zum Gericht im Nachteil ist, wird ein grosses Interesse entwickeln, gute, d.h. fundierte Entscheide zu fällen, um dieses Manko zu kompensieren. Im Übrigen wird die Behörde vermehrt auch auf das qualitative Instrument setzen, das das Gericht nicht hat: die Vertretung des Wettbewerbs in der Öffentlichkeit. Damit versucht die Behörde, sich Respekt und Ansehen zu verschaffen, was wiederum nur gelingt, wenn ihre Aktivitäten durchwegs als qualitativ hochstehend wahrgenommen werden. Das Gericht wiederum wird dies mit dem Mittel kompensieren, das es hat: mit gehaltvollen Urteilen. Es sind beide auch an die Stabilität ihrer Entscheide interessiert, d.h. daran, dass möglichst wenige Beschwerden eingereicht werden, und wenn es geschieht, dass ihre Erstentscheide bestätigt werden. Es bleibt also, dass der «Antrag Schmid» eine Dynamik in Kraft setzt, welche Verfahren besser, schneller und stabiler macht, weil sich Behörde und Gericht gegenseitig in allen drei Hinsichten herausfordern. Damit wird die breite Öffentlichkeit der Anspruchsgruppen auch bessergestellt, weil sowohl der Wettbewerb gestärkt als auch die Rechtssicherheit erhöht wird.

Dem «Antrag Schmid» kann jedoch vorgeworfen werden, dass er den Unternehmen – den «Kartellsündern» – einen Hebel gibt, der ihnen nicht zustünde. Das kann nur stimmen, wenn das Verschulden der Unternehmen von Anfang an feststeht. Doch auch im Verwaltungsverfahren gilt die Unschuldsvermutung. Ethisch scheint nichts dagegen zu sprechen, einem Unschuldigen Mittel zu seiner Verteidigung zu geben. Viel wichtiger noch: Wohlfahrtsökonomisch zählt nicht die Höhe der Busse, die eventuell verhängt würde (denn die Konsumentinnen und Konsumenten werden damit nicht bessergestellt; sie erhalten das Geld ja nicht), sondern die Stärkung des Wettbewerbs. Wohlfahrtssteigernd wirkt sich die Unterbindung von schädlichen Absprachen beziehungsweise ihre Auflösung. Mit anderen Worten: jede Lösung, welche abschreckend wirkt, ist positiv.

Auch hier gilt: Mit dem Wettbewerbsmodell würde die Behörde mehr Zeit in die Früherkennung von Wettbewerbsverzerrungen investieren wollen, was wiederum Signale an Unternehmen sendet. Die oben angesprochene Effizienzsteigerung im Verfahren führt zur schnelleren und qualitativ besseren Behebung schädlichen Verhaltens. Letztlich wirkt sich auch die höhere Wahrscheinlichkeit von Einigungen positiv auf den Wettbewerb aus.

Ein letztes Gegenargument kommt aus komparatistischer Perspektive und besagt, dass ein solches Antragsrecht der Unternehmen weder in den schweizerischen noch in den internationalen Ordnungen besteht. Davon abgesehen, dass es in vielen Ordnungen, auch in der Schweiz, Sprungbeschwerden gibt, ist die ökonomische Logik dieses Arguments interessant. Sie verlangt nämlich, dass man sich an das hält, was alle anderen tun. Mit anderen Worten, sie vertritt, dass eine Änderung oder Anpassung des Systems – eine Innovation – aus dem Grunde unerwünscht ist, weil sie die bestehende Kollusion bricht. Dieses Argument kann unter seinem rechtsdogmatischen Mantel sogar korrekt sein, ist aber ein Indiz dafür, dass ökonomisch nichts anderes gegen den Wettbewerb der Institutionen spricht als der Wille zur Kollusion – gerade das Phänomen, das man im Markt bekämpfen will, weil es die allgemeine Wohlfahrt verringert. Hier wäre dann von den Verteidigern dieses Arguments eine Erklärung zu erwarten, warum die Kollusion im Fall des Marktes negative, im Fall der Institutionen aber positive Auswirkungen haben sollte und umgekehrt der Wettbewerb in einem Fall positive, im anderen negative Folgen hat.

Zusammenfassung

In diesem Artikel wurde versucht zu zeigen, dass aus ökonomischer Perspektive viele Gründe für einen Wettbewerb unter den Wettbewerbsbehörden sprechen. Es herrscht Wettbewerb zwischen den Behörden, wenn mehr als eine Institution herangezogen werden kann, um einen Entscheid zu fällen und die im Verfahren Involvierten die Wahl haben, welche Institution heranzuziehen ist. Im Kontext der schweizerischen KG-Revision wurde der «Antrag Schmid», der eben dies bezweckt, einer kritischen Würdigung unterzogen.

Diese fällt insgesamt positiv aus, ohne eine direkte Kausalität von Wettbewerb der Behörden und Verbesserung der Kartellrechtsordnung zu postulieren. Die Analyse zeigt, dass der Antrag richtige, d.h. effizienz- und wohlfahrtssteigernde Anreize setzt, die in eine Dynamik münden können, welche qualitativ bessere, schneller gefällte und auch im Instanzenzug stabilere Entscheide der Wettbewerbsbehörden hervorbringen. Der Grund dafür ist, dass der Antrag einen Markt für das «Produkt Urteil/Entscheid» kreiert. Beide Anbieter – in diesem Fall eine Behörde und ein Gericht – unternehmen ihr Möglichstes, um ihre jeweiligen Vorteile auszuspielen. Auch die Nachfrageseite, d.h. die am Verfahren Involvierten müssen ihre Alternativen optimieren, denn die Wahl eines Weges bedeutet automatisch den Verzicht auf die Vorteile des anderen Weges.

Aus ökonomischer Perspektive ist der «Antrag Schmid» also in der Lage, Optima hervorzubringen, welche wiederum alle Anspruchsgruppen besser tellen.

Résumé

Dans cet article, nous avons tenté de démontrer que, d'un point de vue économique, de nombreuses raisons plaident pour l'instauration d'une concurrence entre les autorités de la concurrence. Il y a concurrence entre les autorités lorsque plus d'une institution peut être appelée à prendre une décision et que les entreprises concernées par une enquête peuvent choisir l'institution à laquelle elles veulent faire appel. La «proposition Schmid», dont le but est justement celui-là, a été soumise à une appréciation critique dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels.

Le résultat de cette appréciation est de manière générale positif, sans postuler de lien de causalité direct entre la concurrence entre autorités et l'amélioration de la législation sur les cartels. L'analyse montre que la «proposition Schmid» génère de bonnes incitations, favorisant l'efficacité et la prospérité, qui pourraient déclencher une dynamique permettant d'améliorer la qualité, la rapidité et la stabilité des décisions dans les différentes instances. Cette proposition crée en effet un marché pour le «produit jugement/décision». Les deux fournisseurs – dans le cas présent une autorité et un tribunal – font tout leur possible pour jouer leurs atouts l'un contre l'autre. Du côté de la demande, les entreprises concernées doivent elles aussi optimiser les possibilités qui leur sont imparties, car le choix d'une voie signifie automatiquement l'abandon des avantages de l'autre voie.

D'un point de vue économique, la «proposition Schmid» est donc en mesure de générer des optimaux dont bénéficient toutes les parties prenantes.