

Ökonomische Analyse der Schweizer Wettbewerbsaufsicht

Studie im Auftrag von Think Tank Fairer Wettbewerb

Ökonomische Analyse der Schweizer Wettbewerbsaufsicht

Dr. Stephan Vaterlaus
Dr. Yves Schneider
Patrick Zenhäusern

Olten, 28. August 2024

Inhaltsverzeichnis

Das Wichtigste in Kürze	4
1 Ausgangslage.....	11
1.1 Ausgangslage und Projektziele	11
1.2 Die Wettbewerbsbehörde und ihre Instrumente: Eine Bestandesaufnahme.....	12
1.3 Fokus der Expertenkommission «Reform Wettbewerbsbehörden».....	17
2 Ambivalenz in der wettbewerbsökonomischen Analyse	18
2.1 Unternehmen wollen den Wettbewerb gewinnen.....	18
2.2 Der Markt ist eine mögliche Art zur Organisation ökonomischer Aktivitäten.....	20
2.3 Illustration der Ambivalenz	21
3 Entscheiden unter Unsicherheit	26
3.1 Die Verkehrsdelikt-Analogie greift zu kurz – es braucht Schadenstheorien	26
3.2 Kartellrechtliche Entscheide bringen Fehler unterschiedlicher Art mit sich.....	27
3.3 Differenzierung des Beweismasses mittels Vermutungstatbeständen.....	32
4 Politökonomische Sicht auf staatliche Institutionen	34
4.1 Individuelle Interessen der Behördenmitarbeitenden spielen eine Rolle.....	34
4.2 Informationsasymmetrien.....	36
4.3 Wirkung von Sanktionen, einvernehmliche Regelungen und Bonusregelung.....	37
5 Ansätze zu einer Verbesserung der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden	40
5.1 Stärkung des kontradiktorischen Verfahrens.....	40
5.2 Reduktion von Informationsasymmetrien	44
5.3 Umgang mit Sanktionen bei der Analyse von Marktmachtmissbrauch	45
5.4 Einsatz von Safe-Harbor-Regeln insbesondere bei Vertikalvereinbarungen.....	46
5.5 Erste Beurteilung der vorgeschlagenen Ansätze	47
6 Fazit.....	48
7 Quellenverzeichnis	52

Das Wichtigste in Kürze

Ausgangslage und Studienziel

Im Mai 2023 hat der Bundesrat die Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes verabschiedet. Die während der Vernehmlassung aufgekommene und durch breite Kreise gestützte Forderung nach einer Institutionenreform war nicht Teil dieses Revisionsvorhabens. Der Bundesrat hat aber das Anliegen aufgenommen und lässt durch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) verschiedene Möglichkeiten zur Institutionenreform prüfen. Das WBF hat dazu im Mai 2023 die rechtliche Expertenkommission «Reform Wettbewerbsbehörden» eingesetzt. Basierend auf ihren Empfehlungen hat der Bundesrat im März 2024 das WBF beauftragt, bis Mitte 2025 eine Vernehmlassungsvorlage für eine Reform der Wettbewerbsbehörden vorzubereiten. Vor dem Hintergrund der geplanten Vernehmlassung hat sich der Verein «Think Tank Fairer Wettbewerb»¹ entschlossen, zwei Studien in Auftrag zu geben, welche sich mit der Frage der Schweizerischen Wettbewerbsaufsicht auseinandersetzen. Die eine Studie nimmt eine rechtliche Optik ein. Sie betrachtet die heutige Wettbewerbsaufsicht im Lichte der Kompatibilität mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), der Verfassungsmässigkeit und der Kohärenz mit strafrechtlichen Maximen.

In der vorliegenden zweiten Studie steht dagegen die ökonomische Optik im Vordergrund. Mit der Studie sollen zwei übergeordnete Ziele anvisiert werden, nämlich:

1. das Verständnis für Wettbewerb und für Wettbewerbsverzerrungen aus ökonomischer Sicht schärfen;
2. das institutionelle Setting der schweizerischen Wettbewerbsbehörde politökonomisch untersuchen und Verbesserungspotenzial in Organisation und Verfahren der Behörden identifizieren.

Aufgaben und Instrumenteneinsatz der WEKO

Im Rahmen der Studie werden unter den Schweizer Wettbewerbsbehörden das Sekretariat der WEKO, die WEKO sowie die Gerichte betrachtet. Die WEKO ist für die Durchsetzung des Kartellrechts zuständig und soll somit «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» verhindern und «den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung» fördern (Art. 1 KG). Hierzu kann sie entsprechende Untersuchungen durchführen.

Zu Beginn einer solchen Untersuchung steht eine Vorabklärung auf Basis eigener Marktbeobachtungen, der Erkenntnisse der laufenden Screenings von Ausschreibungen sowie von Hinweisen oder Anzeigen von Marktakteuren. Je nach Ergebnis dieser Vorabklärung wird das Verfahren eingestellt, es werden Verhaltensanpassungen von den Marktakteuren gefordert oder es wird eine Untersuchung eröffnet. Nach Abschluss der Untersuchung wird das Verfahren entweder eingestellt, es wird eine einvernehmliche Lösung mit den betroffenen Unternehmen gefunden oder das Sekretariat der WEKO schlägt Massnahmen und/oder Sanktionen vor. Zu diesem Antrag können die Parteien Stellung beziehen, bevor der Antrag der WEKO zur Entscheidung vorgelegt wird. Nach erfolgter Entscheidung durch die WEKO in Form einer Verfügung steht den betroffenen Unternehmen der Rechtsweg offen, indem die Entscheidung vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) angefochten werden kann.

¹ www.think-tank-fairer-wettbewerb.ch

Die Beurteilung, inwieweit das Verhalten der untersuchten Unternehmen den wirksamen Wettbewerb behindert, ist oft nicht eindeutig. Für die WEKO stellen sich dabei die folgenden Herausforderungen:

- Das Verhalten von Unternehmen und die damit verbundene Wirkung auf den Wettbewerb ist oft **ökonomisch ambivalent** zu beurteilen.
- Die Beurteilung des Verhaltens der Unternehmen durch die WEKO ist nicht zuletzt aufgrund der ökonomischen Ambivalenz **mit Unsicherheiten verbunden** und birgt so die Gefahr von Fehlentscheidungen.
- **Politökonomische Faktoren** können die Beurteilung des Verhaltens der Unternehmen durch Sekretariat und WEKO beeinflussen.

Ökonomische Ambivalenz

Wettbewerbsbeschränkungen können nur verhindert und beseitigt werden, wenn sie korrekt erkannt werden. Dazu ist ein robuster Referenzrahmen eines intakten (wirksamen) Wettbewerbs notwendig. Um zu beurteilen, ob ein bestimmtes Verhalten der Marktakteure den Wettbewerb beschränkt, muss zuerst der «unbeschränkte» Wettbewerb verstanden werden, damit die Abweichung davon zumindest qualitativ, im Idealfall aber auch quantitativ, beurteilt werden kann. Das Abstellen auf den «vollkommenen» Wettbewerb als Referenzmassstab greift dabei zu kurz. Bei der Beurteilung des Verhaltens der Unternehmen ist zu berücksichtigen, dass Unternehmen dem Wettbewerbsdruck ausweichen wollen, indem sie die Kundenwünsche am besten befriedigen und damit eine vorteilhafte Marktposition erlangen. Da diese Marktstellung, sofern keine Markteintrittsbarrieren vorliegen, von Wettbewerbern angegriffen wird, ist diese unternehmerische Dynamik die Triebfeder von Wettbewerb und führt zu einer Wohlfahrtssteigerung.

Bei der Beurteilung von potenziell wettbewerbshinderlichem Verhalten ist zudem zu beachten, dass der Markt nicht immer die beste Institution zur Organisation ökonomischer Aktivitäten darstellt. So wird beispielsweise ein beachtlicher Teil ökonomischer Aktivitäten innerhalb von Unternehmen organisiert und dabei bewusst auf Preisanreize verzichtet. Insbesondere bei hohen Transaktionskosten oder hohem Koordinationsbedarf von verschiedenen Produktions- und Arbeitsschritten sind Markttransaktionen nicht ideal. Eine Abschwächung der starken Marktanreize durch den Einsatz alternativer Mechanismen (Unternehmen, Kooperationen etc.) können wohlfahrtssteigernd sein.

Aus diesen Gründen ist die Beurteilung von ökonomischen Verhaltensweisen der Unternehmen oft mit einem beträchtlichen Spannungsfeld (Ambivalenz) verbunden. Betrachtet man wichtige potenzielle Wettbewerbsbeschränkungen wie «horizontale» und «vertikale» Wettbewerbsabreden oder den Missbrauch von Marktmacht, ist diese ökonomische Ambivalenz unterschiedlich ausgeprägt.

- **Horizontale Abreden:** Unter horizontalen Absprachen wird ein koordiniertes Vorgehen zwischen Unternehmen auf der gleichen Wertschöpfungsstufe verstanden. Betroffen von diesen Absprachen können Preise (inkl. Löhne), Mengen oder Absatzgebiete sein. Die ökonomische Ambivalenz ergibt sich dadurch, dass sich einerseits die Koordinationen ökonomischer Aktivitäten effizienzsteigernd auswirken kann. Andererseits können horizontale Absprachen zu Lasten der Konsumenten erfolgen und so die Gesamtwohlfahrt reduzieren. Die ökonomische Ambivalenz ist dabei je nach Gegenstand der Absprachen unterschiedlich:

- **Preisabsprachen:** Grundsätzlich können Absprachen bei verschiedenen Preiselementen stattfinden. Werden beispielsweise Transaktionspreise und damit die vom Konsumenten effektiv bezahlten Preise abgesprochen, ist die Wohlfahrtschädigung offensichtlich und die ökonomische Ambivalenz nicht gegeben. Werden hingegen Bruttopreise (Listenpreise) unter Wettbewerbern kommuniziert, ist die Wohlfahrtschädigung nicht mehr offensichtlich, da je nach Marktsituation keine Auswirkungen auf die Konsumentenpreise (z. B. aufgrund eines funktionierenden Rabattsystems) feststellbar sind.
- **Einkaufskooperationen:** Noch weniger offensichtlich ist die Wirkung von koordiniertem Verhalten zwischen Wettbewerbern, wenn es sogar plausible ökonomische Gründe für wohlfahrtsfördernde Effekte gibt, wie dies beispielsweise bei Einkaufskooperationen der Fall sein kann. In diesem Fall bündeln mehrere Unternehmen ihre Nachfrage auf dem Beschaffungsmarkt, damit überhaupt ein Zugang zu Herstellern möglich ist und/oder Grösseneffekte realisiert werden können, was sich wohlfahrtssteigernd auswirkt. Dieser kompetitiven Wirkung steht jedoch die Gefahr gegenüber, dass die einkaufsseitige Zusammenarbeit auch zu einer absatzseitigen Koordination führt: Die Wettbewerber könnten nicht nur gemeinsam einkaufen, sondern auch ihre Verkaufspreise absprechen. Zudem könnte aus Einkaufsgemeinschaften zu starke Marktmacht resultieren, wenn sich zu viele oder zu grosse Wettbewerber derselben Einkaufsgemeinschaft anschliessen.
- **Vertikale Abreden:** Vertikale Abreden sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind und auf diese Weise die Entscheidungsfreiheit einer Partei beschränken. Vertikale Abreden wirken oft kompetitiv, indem zum Beispiel Investitionsanreize oder Innovationen gefördert werden. Diese kompetitive Wirkung ergibt sich dadurch, dass die Abrede typischerweise zwischen Komplementären stattfindet. Komplementäre sind untereinander an Innovationen interessiert, um ihre gegenseitige Effizienz zu steigern und so Kosten einzusparen und Preise senken zu können. Die ökonomische Ambivalenz bzw. die Gefahr der antikompetitiven Wirkung von Vertikalabreden beruht auf ihrer möglichen horizontalen Wirkung. Deshalb sind Vertikalabreden dann wohlfahrtsschädlich, wenn sie den Interbrand-Wettbewerb beeinträchtigen oder beseitigen. Ansonsten geht von ihnen in der Regel kaum eine wohlfahrtsschädigende Wirkung aus.
- **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung:** Nach dem Kartellgesetz gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es sich auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann (Art 4 KG). Gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, verletzt es das Kartellgesetz, wenn sein Verhalten anderen Unternehmen die Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt (Art 7 KG). Die ökonomische Ambivalenz ergibt sich dadurch, dass es oft sehr schwierig ist, diese Behinderung zu beurteilen. Dies vor dem Hintergrund, dass die Triebfeder des dynamischen Wettbewerbs gerade darin besteht, Markteintritte zu erschweren oder Konkurrenten zu verdrängen. Mit anderen Worten: Je besser ein Unternehmen ist, indem es attraktivere Angebote, bessere Rabatte etc. als die Konkurrenten anbietet, desto schwieriger ist es für den Konkurrenten, im Wettbewerb zu bestehen. Die besondere Herausforderung in der Bekämpfung von Marktmachtmissbrauch ist es somit, zu erkennen, wann dieses in der Regel wohlfahrtsfördernde Verhalten wohlfahrtsschädigende Wirkung entfaltet. Dies hängt auch damit zusammen, dass die Feststellung einer Marktbeherrschung auf einer geografischen und sachli-

chen Marktabgrenzung beruht. Diese wird vom Sekretariat erst während einer Untersuchung vorgenommen. Es ist für das Unternehmen somit nicht ex ante klar, dass es marktbeherrschend ist und damit gewisse Geschäftspraktiken, die ohne Marktbeherrschung zulässig sind, missbräuchlich sind.

Erstes Fazit:

Der unterschiedlich ausgeprägten ökonomischen Ambivalenz ist bei der Definition und dem Einsatz der Instrumente der WEKO Rechnung zu tragen.

Entscheidungen unter Unsicherheit

Es ist offensichtlich, dass die wettbewerbsökonomische Beurteilung von Verhaltensweisen «Entscheiden unter Unsicherheit» bedeutet. Sicherheit über die tatsächlichen Auswirkungen des Verhaltens einer oder mehrerer Unternehmen in einem konkreten Marktumfeld gibt es nicht. Die Unsicherheit kann zwar grösser oder kleiner sein, vollständig abwesend ist sie aber nicht. Je grösser die ökonomische Ambivalenz ist, desto grösser ist auch die Unsicherheit in der Beurteilung des Verhaltens von Unternehmen. Eine Möglichkeit, das Ausmass der Ambivalenz «zu messen» besteht darin, Schadens- und Nicht-Schadens-Theorien aufzustellen. Eine Schadenstheorie ist eine konzise ökonomische Argumentation, weshalb ein konkretes Verhalten zu Wohlfahrtseinbussen führt – oder auch nicht. In der Schadenstheorie geht es darum zu klären, ob eine überzeugende ökonomische Argumentation unter Berücksichtigung der konkreten Umstände existiert, die plausibel einen Wohlfahrtsschaden kausal aus dem Verhalten der Unternehmung vermuten lässt. Damit geht die Prüfung einher, ob das untersuchte Verhalten auch kompetitive Effekte haben kann (Nicht-Schadens-Theorie). So ist sich beispielsweise die ökonomische Literatur einig, dass Preisabsprachen auf der Konsumentenebene wohlfahrtsschädlich sind, wohingegen Vertikalabreden oft wohlfahrtsfördernde Wirkungen aufweisen, die mit allenfalls bestehenden wohlfahrtsschädlichen Wirkungen «verrechnet» werden müssen.

Je grösser die Unsicherheit bei der Beurteilung eines ökonomischen Verhaltens ist, desto grösser ist auch die Wahrscheinlichkeit, dass ein beobachtetes Verhalten falsch eingeschätzt wird, wobei grundsätzlich zwei Fehler auftreten können:

- **Fehler erster Art:** Untersuchtes Verhalten der Unternehmen wird als wettbewerbsschädlich eingestuft, obwohl es dem wirksamen Wettbewerb nicht schadet.
- **Fehler zweiter Art:** Untersuchtes Verhalten der Unternehmen wird nicht als wettbewerbsschädlich eingestuft, obwohl es dem wirksamen Wettbewerb schadet.

Die Herausforderung besteht darin, die Wahrscheinlichkeiten, mit der die beiden Fehler auftreten, unter Berücksichtigung der damit verbundenen Kosten möglichst optimal zu «kalibrieren». Als Richtschnur kann auch hier auf die Schadenstheorie abgestellt werden. Ist beispielsweise zu erwarten, dass in den meisten Fällen ein bestimmtes Verhalten schädlich ist (z. B. Absprachen von Endkonsumentenpreisen) kann es sinnvoll sein, das Verhalten per se unter Strafe zu stellen und nicht jeden einzelnen Fall zu beurteilen. Damit dürfen die Kosteneinsparungen aufgrund der verkürzten Verfahren die Kosten von (geringen) Fehlentscheidungen kompensieren. Ist jedoch die Schadenstheorie unklar (z. B. bei Vertikalabreden), sind Einzelfallbetrachtungen gekoppelt mit Safe-harbor-Regeln zielführender, da hier die höheren Verfahrenskosten geringer ausfallen dürften, als die Kosten von Fehlentscheidungen, die mit einem Ex-ante-Verbot verbunden sind.

Zweites Fazit:

Um die Kosten der Fehler von Fehlentscheidungen bei der Beurteilung des Verhaltens von Unternehmen zu minimieren, ist der Nachweis der Schädlichkeit auf Basis von Schadenstheorien wichtig. Je klarer die Schadenstheorie, desto geringer die Unsicherheit und desto niedriger fallen die Kosten von Fehlentscheidungen aus. Dieser Zusammenhang ist beim Instrumenteneinsatz der WEKO adäquat zu berücksichtigen.

Politökonomische Rahmenbedingungen

Schliesslich ist bei der Beurteilung von Verhaltensweisen von Unternehmen durch Wettbewerbsbehörden zu beachten, dass die Ergebnisse der Abklärungen durch politökonomische Effekte beeinflusst sein können. So ist zu erwarten, dass auch die Mitglieder einer Wettbewerbsbehörde – wie alle anderen Individuen in einer Volkswirtschaft – Eigeninteressen verfolgen. Stichworte wie Karriereentwicklung, Budget-Maximierung oder Reputationsaspekte können die Entscheide von Wettbewerbsbehörden beeinflussen. Dazu gesellen sich verhaltensökonomische Effekte wie beispielsweise der «confirmation bias». Beim «confirmation bias» (Bestätigungsfehler) handelt es sich um die Neigung, vor allem nach Information und Evidenz zu suchen, die die eigene Position bestätigt und Informationen, die dieser Position widersprechen, auszublenden.

Zusätzlich zu den polit- und verhaltensökonomischen Effekten sind Informationsasymmetrien zu beachten. In kartellrechtlichen Untersuchungen sind sie auf verschiedenen Ebenen zu beobachten. Unternehmen verfügen über detailliertere Kenntnisse zu ihrem eigenen Verhalten und dem Markt, in dem sie aktiv sind, als die Wettbewerbsbehörden. Die Wettbewerbsbehörde verfügt über Ermittlungsinstrumente, mit denen sie ein umfassenderes Bild über die Positionen und Verhalten der Marktakteure gewinnen kann. Ein oft eingesetztes Instrument sind Befragungen von Marktakteuren. Das Design dieser Fragen sowie die möglicherweise nicht interessensfreie Beantwortung derselben ist immer wieder Gegenstand von Auseinandersetzungen zwischen Behörde und Unternehmen. Die Behörde kann Daten einfordern und auswerten. Die beschuldigte Partei verfügt nicht über dieselben Möglichkeiten zur Auswertung der Daten. Informationsasymmetrien lassen sich nicht vollständig beseitigen, da sie – wie auch die wettbewerbsökonomische Ambivalenz – in der Natur der Sache liegen. Es ist aber wichtig, diese Limitationen zu erkennen.

Schliesslich ist auch die Wirkung von Instrumenten abhängig vom Ausmass der ökonomischen Ambivalenz. Die oft zitierte abschränkende Wirkung von Sanktionen oder Bonusregelungen bezieht sich weitestgehend auf den Fall, dass der zugrundeliegende Kartellrechtsverstoss ein Hardcore-Preiskartell ist, womit das Verhalten der Unternehmen keinerlei wettbewerbsökonomischer Ambivalenz unterliegt. Liegt hingegen eine hohe ökonomische Ambivalenz vor, sind aufwändige Untersuchungen nötig. Sanktionen oder Bonusregelungen sind keine Substitute dafür, denn Erkenntnisgewinn ist nur durch die Untersuchung des Sachverhalts und nicht durch Abschreckung möglich. Im Gegenteil können hohe Sanktionen, Bonusregelungen und einvernehmliche Regelungen bei Vorliegen einer grossen ökonomischen Ambivalenz unerwünschte wohlfahrtsschädigende Nebenwirkungen haben.

Drittes Fazit:

Polit- und verhaltensökonomische Aspekte spielen auch bei den Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden eine Rolle und sind bei der Ausgestaltung von Wettbewerbsbehörden und deren Instrumente zu berücksichtigen.

Drei Thesen zur institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörde

Aufgrund der diskutierten Herausforderungen sehen wir drei Thesen, um die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden zu verbessern.

These 1: Das kontradiktorische Verfahren ist zu stärken

These 2: Informationsasymmetrien sind zu reduzieren

These 3: Der Instrumenteneinsatz ist der ökonomischen Ambivalenz anzupassen

These 1: Das kontradiktorische Verfahren ist zu stärken

Politökonomische Überlegungen weisen darauf hin, dass Wettbewerbsbehörden nur bedingt Anreize haben, Fehler einzugestehen und der ökonomischen Ambivalenz des unternehmerischen Verhaltens dadurch Rechnung zu tragen. Eine robuste institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden muss deshalb zwingend die Eigeninteressen der Behördenmitglieder beachten. Dazu bieten sich verschiedene Massnahmen mit unterschiedlicher Eingriffstiefe an.

- Stärkung der Parteisicht und Parteirechte im Sekretariat der WEKO: Dies kann z. B. durch eine Stärkung der Rolle des Chefökonom, den Aufbau eines expliziten Verteidigungsteams innerhalb des Sekretariats oder den Einsatz eines sogenannten Anhörungsbeauftragten, wie er auch im Expertenbericht des Bundesrates erwogen wird, erfolgen.
- Unabhängigkeit und Fachkompetenz der WEKO stärken: Dies kann z. B. dadurch erreicht werden, dass nicht mehr ein Mitglied der WEKO Hausdurchsuchungen genehmigt, dass externe Gutachten zur Einholung von Zweitmeinungen vergeben werden, dass die Zusammensetzung der WEKO angepasst wird und dass Minderheitsmeinungen von WEKO-Mitgliedern in den Beschlüssen dokumentiert werden.
- Ex-post-Evaluationen von WEKO und Sekretariat: Ausserhalb der WEKO könnte eine Art «Evaluationsbehörde» die kartellrechtliche Entscheidungspraxis in öffentlichen Gutachten regelmässigen beurteilen (in Anlehnung an die Praxis der Monopolkommission in Deutschland). Auch könnte ein unabhängiges Beratergremium als Beobachtungsinstitution fungieren, wie sie beispielsweise für die Schweizerische Nationalbank vom «SNB Observatory» wahrgenommen wird.
- Mehr Fachkompetenz beim BVGer: Dies kann erreicht werden, indem die ökonomische Fachkompetenz gestärkt wird und/oder vermehrt Gerichtsgutachten vergeben werden, wie dies beispielsweise in Österreich regelmässig der Fall ist.

Der Fokus dieser Ansätze liegt auf der Stärkung der Robustheit der Institutionen gegenüber politökonomischen und verhaltensökonomischen Effekten. Durch die Stärkung des kontradiktorischen Verfahrens sollen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden an verschiedenen Stellen des Verfahrens kritisch beurteilt werden können. Durch den Einbezug solcher «Checks and Balances» sowohl innerhalb der Behörde als auch durch die vorgeschlagene Ex-post-Evaluation kann zudem der ökonomischen Ambivalenz in den Verfahren besser Rechnung getragen werden. Viele der Ansätze sind organisatorischer Natur und folglich auch mit relativ geringen administrativen Kosten verbunden.

These 2: Informationsasymmetrien sind zu reduzieren

Das Sekretariat der WEKO verfügt über umfangreichere Möglichkeiten, Informationen und Daten zu erheben. Von diesen Möglichkeiten sollte, soweit möglich, auch die beklagte Partei zur

Sammlung entlastender Evidenz profitieren können. Wichtig dabei ist, dass die Rahmenbedingungen für Sekretariat und Partei symmetrischer gestaltet werden können, damit die Analysen auf Augenhöhe erfolgen können. Hierzu können Massnahmen auf zwei Ebenen ansetzen:

- Einbezug der Parteien bei der Datenerhebung: Beim Einsatz von Fragebögen durch das Sekretariat könnte der Partei die Möglichkeit gegeben werden, beim Design mitzuarbeiten bzw. dazu Stellung zu nehmen. Eine weiterführende Massnahme wäre, dass der Partei selbst das Recht eingeräumt wird, einen Fragebogen an dieselben Adressaten zu erstellen, die das Sekretariat zu befragen beabsichtigt. Das Sekretariat müsste dann Antworten zu den eigenen als auch zu den Fragen der Partei erheben.
- Möglichkeiten der Datenauswertungen verbessern: Hier ist sicherzustellen, dass die Partei wie das Sekretariat auch die Möglichkeiten hat, frei Hypothesen zu testen und Vermutungen anzustellen. Dies selbstverständlich unter Wahrung der Vertraulichkeit.

Bei diesen Vorschlägen steht der Prozess der Datenerhebung und der Datenauswertung im Fokus. Durch den Einbezug der Parteien und der verbesserten Möglichkeiten zur Datenauswertung werden vor allem Grundlagen geschaffen, damit die unterschiedliche ökonomische Ambivalenz in den verschiedenen Verfahren besser erkannt und entsprechend mit einem angepassten Instrumenteneinsatz darauf reagiert werden kann. Die Umsetzung dieser Massnahmen sind mit niedrigen Kosten verbunden.

These 3: Der Instrumenteneinsatz ist der ökonomischen Ambivalenz anzupassen

Die wettbewerbsökonomische Ambivalenz und die Gefahr, dass nicht rein dem wirksamen Wettbewerb verpflichtete Behördenmitarbeiter ihre Instrumente strategisch einsetzen, verlangen danach, die bestehenden Instrumente kritisch zu prüfen. Folgende Ansätze könnten den beschriebenen Herausforderungen Rechnung tragen:

- **Verzicht auf Sanktionen bei Marktmachtmissbrauch, dafür ergänzende Sektortuntersuchung:** Da die ökonomische Ambivalenz bei der Analyse von Marktmachtmissbrauch oft sehr gross ist, sollte der Fokus auf Verhaltensanpassungen und nicht auf Sanktionen liegen. Ergänzend können Sektoruntersuchungen sinnvoll sein. Diese ermöglichen es dem Sekretariat ex ante, transparente und sektorspezifische Verhaltensregeln festzulegen.
- Einsatz von Safe-Harbor-Regeln insbesondere bei Vertikalvereinbarungen: Einführung von Safe-Harbor-Regeln, um Rechtssicherheit zu erhöhen und unnötige Verfahren zu vermeiden. Diese Regeln sollen klarstellen, unter welchen Bedingungen bestimmte Verhaltensweisen als kartellrechtlich unbedenklich gelten.

Bei diesen Ansätzen steht vor allem die ökonomische Ambivalenz, die bei Fragen des Marktmachtmissbrauchs und den Vertikalabreden besonders ausgeprägt ist, im Fokus. Kostenseitig sind insbesondere die Sektoruntersuchungen mit mehr Aufwand verbunden, sofern diese entsprechend vertieft vorgenommen werden.

Die vorgeschlagenen Ansätze zielen darauf ab, durch Berücksichtigung der wettbewerbsökonomischen Ambivalenz und der Eigeninteressen der Behörden die institutionellen Rahmenbedingungen der Schweizer Wettbewerbsbehörden zu verbessern. Die Ansätze bleiben auf einer hohen Abstraktionsebene und weisen unterschiedliche Tragweiten auf. Für die konkrete Umsetzung sind sie natürlich detaillierter auszugestalten und zu untersuchen.

1 Ausgangslage

1.1 Ausgangslage und Projektziele

Im Mai 2023 hat der Bundesrat die Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes verabschiedet.² Das ursprüngliche Kernelement der Revision bildet mit der Einführung des SIEC-Tests die Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle. Auch soll das Kartellzivilrecht gestärkt und das Widerspruchsverfahren verbessert werden. Ausgelöst durch parlamentarische Vorstösse³ wird vom Gesetzgeber schliesslich gefordert, umstrittene kartellrechtliche Fragen zu klären, inwieweit bei der Prüfung von Abreden qualitative und quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.

Die während der Vernehmlassung aufgekommene und politisch breit gestützte Forderung nach einer Institutionenreform war nicht Teil dieses Revisionsvorhabens. Der Bundesrat hat das Anliegen aufgenommen und lässt durch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) verschiedene Möglichkeiten zur Institutionenreform prüfen.⁴ Das WBF hat dazu im Mai 2023 die rechtliche Expertenkommission «Reform Wettbewerbsbehörden» unter dem Vorsitz von alt Bundesrichter Hansjörg Seiler eingesetzt. Die Expertenkommission hat ihren Schlussbericht und Empfehlungen am 1. Dezember 2023 dem Bundesrat übergeben.⁵ Basierend darauf hat der Bundesrat am 15. März 2024 das WBF beauftragt, bis Mitte 2025 eine Vernehmlassungsvorlage für eine Reform der Wettbewerbsbehörden vorzubereiten.

Vor dem Hintergrund der geplanten Vernehmlassung hat sich der Verein «Think Tank Fairer Wettbewerb» entschlossen, zwei Studien in Auftrag zu geben, welche sich mit der Frage der Schweizerischen Wettbewerbsaufsicht auseinandersetzen. Die eine Studie nimmt erneut eine rechtliche Optik ein. Sie betrachtet die heutige Wettbewerbsaufsicht im Licht der Kompatibilität mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), der Verfassungsmässigkeit und der Kohärenz mit strafrechtlichen Maximen.

Think Tank Fairer Wettbewerb

Der Verein «Think Tank Fairer Wettbewerb»⁶ hat sich zum Ziel gesetzt, einen Beitrag für faire Wettbewerbsbedingungen und eine zweckmässige Wettbewerbsaufsicht zu leisten. Er möchte Unsicherheiten und Missbehagen auf dem Gebiet der Wettbewerbsaufsicht nach Möglichkeit beseitigen und zu einem konstruktiven und respektvollen Verhältnis von Wirtschaft und Behörden beitragen. Er versteht sich als Ansprechpartner für Unternehmen, Behörden und Politiker.

² Siehe <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/revision-fusionskontrolle.html>.

³ Motion 16.4094 Fournier «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren», Motion 18.4282 Français «Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» und Motion 21.4189 Wicki «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz».

⁴ Bei der vorangehenden KG-Revision 2012 ging der Bundesrat anders vor. Das Reformvorhaben enthielt zusätzlich zur Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle ebenfalls eine Institutionenreform. Insbesondere letztere liessen das Revisionsvorhaben 2014 schliesslich scheitern. (siehe dazu <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-43503.html>)

⁵ Siehe SECO, 2023 (<https://polynomics.slack.com/archives/D1LN5RB89/p1724656456428319>)

⁶ www.think-tank-fairer-wettbewerb.ch.

In der vorliegenden zweiten Studie steht die ökonomische Optik im Vordergrund. Dabei sollen zwei übergeordnete Ziele anvisiert werden, nämlich:

1. das Verständnis für Wettbewerb und für Wettbewerbsverzerrungen aus ökonomischer Sicht schärfen;
2. das institutionelle Setting der schweizerischen Wettbewerbsbehörde politökonomisch untersuchen und Verbesserungspotenzial in Organisation und Verfahren der Behörden identifizieren.

1.2 Die Wettbewerbsbehörde und ihre Instrumente: Eine Bestandesaufnahme

1.2.1 Organisation der Wettbewerbskommission

Die Schweizer Wettbewerbsbehörden umfassen das Sekretariat der WEKO, die WEKO sowie die Gerichte. Gegen Verfügungen der WEKO kann beim BVGer und anschliessend beim Bundesgericht Beschwerde erhoben werden.

Die WEKO wurde 1996 als Nachfolgerin der seit 1962 bestehenden Kartellkommission geschaffen. Sie ist entscheidungs- und weisungsunabhängig. Administrativ ist sie dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) zugeordnet. Der wettbewerbspolitische Preisüberwacher nimmt mit beratender Stimme an den Sitzungen der WEKO teil⁷. Die WEKO ist das Entscheidungsgremium und das Sekretariat der WEKO ist die Untersuchungsbehörde. Der Präsident der WEKO beaufsichtigt die Geschäftsführung des Sekretariats.

Die im Milizsystem tätige Kommission der WEKO besteht aus 11-15 Mitgliedern (Art. 18. Abs. 2 KG)⁸. Sie findet periodisch alle 2-4 Wochen zusammen (WEKO, 2022, 4). Die Sitzungen der Kommission werden durch separate Sitzungen des Präsidiums vorbereitet. Der Bundesrat ernennt die Kommissionsmitglieder und die drei Mitglieder des Präsidiums. Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder müssen unabhängige Sachverständige sein, also Gelehrte der Rechts- oder Wirtschaftswissenschaften. Auch Mitglieder grosser Wirtschaftsverbände und Konsumentenorganisationen sind nach wie vor vertreten, wobei bereits der Vorentwurf zur ersten Gesetzesrevision vor über zwanzig Jahren vorsah, die WEKO auf sieben unabhängige Sachverständige zu verkleinern (Bundesrat, 2001, S. 2030).⁹

⁷ Mit dem Preisüberwachungsgesetz ist dem sogenannten Ausbeutungsmisbrauch (im Unterschied zum Behinderungsmisbrauch als Kernelement des Kartellgesetzes) bei marktbeherrschenden Stellungen ein zusätzlicher Riegel vorgeschoben. Vorliegend wird die Institution der wettbewerbspolitischen Preisüberwachung nicht weiter untersucht. Zum einen werden die unterschiedlichen Aufgaben gemäss Preisüberwachungsgesetz und Kartellgesetz von zwei verschiedenen Behörden wahrgenommen. Zum anderen ist im Rahmen der vom Bundesrat in Auftrag gegebenen Prüfung verschiedener Möglichkeiten der Institutionenreform eine allfällige Integration oder Teilintegration der Preisüberwachung in die Wettbewerbskommission ausgenommen.

⁸ In den vergangenen Jahren waren es jeweils 12 Mitglieder.

⁹ Auch im Rahmen einer Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs des Kartellgesetzes wurde u. a. die Verkleinerung des Gremiums wiederum aufgegriffen (Schweizerischer Bundesrat, 2009); und im Rahmen der Beratungen zur gescheiterten Kartellgesetzrevision hat sich der Ständerat ebenfalls für eine punktuelle Reform durch Verkleinerung und Professionalisierung der Kommission ausgesprochen.

Das vollamtliche Sekretariat der WEKO bereitet die Geschäfte der Kommission vor. Es führt die kartellrechtlichen Untersuchungen¹⁰ durch, stellt Anträge an die Kommission und vollzieht deren Entscheide. Drei Viertel der angestellten Personen im Sekretariat¹¹ sind für die Anwendung des Kartell- und Binnenmarktgesetzes verantwortlich (WEKO, 2022, S. 4)¹². Das Sekretariat ist in vier Diensten organisiert:

- Bau (Bau-, Beschaffungs- und Umweltmärkte);
- Dienstleistungen (Banken und Versicherungen, Gesundheitswesen, freie Berufe und gewerbliche Dienstleistungen, Tourismus, Sport und Kultur);
- Infrastruktur (Telekommunikation, Energie, Verkehr, Medien, Post);
- Produktmärkte (Konsumgüterindustrie, Chemie und Gesundheitsprodukte, Metall- und Maschinenindustrie, Handel, Land- und Forstwirtschaft).

1.2.2 Instrumente zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen

Die WEKO ist für die Durchsetzung des Kartellrechts zuständig. Sie soll «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» verhindern und «den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung» fördern (Art. 1 KG). Zur Erfüllung dieser Aufgabe bedienen sich die Kommission und das Sekretariat verschiedener Instrumente. Für den vorliegenden Bericht von besonderem Interesse sind die Instrumente, die im Rahmen der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen eingesetzt werden (vgl. Tabelle 1).

Tabelle 1 Instrumentenkoffer des Sekretariats der WEKO

Vor einer Untersuchung	Während einer Untersuchung	Nach einer Untersuchung
Marktbeobachtungen	Hausdurchsuchungen und Beweismittelsicherstellen	Verhaltensanpassungen der Unternehmen
Vorabklärungen	Anordnung vorsorglicher Massnahmen	Verwaltungssanktionen
Screenings von Ausschreibungen	Einvernahmen von Parteien und Zeugen	Einvernehmliche Regelungen
Verhaltensanpassungen der Unternehmen	Auskunftsbegehren stellen und Marktbefragungen durchführen	
	Qualitative und quantitative Analysen	

In der Tabelle sind die wichtigsten Instrumente der WEKO aufgeführt, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit einsetzen kann. Die Instrumente unterscheiden sich dahingehend, in welchem Stadium sich eine Untersuchung befindet.

Quelle: Eigene Darstellung.

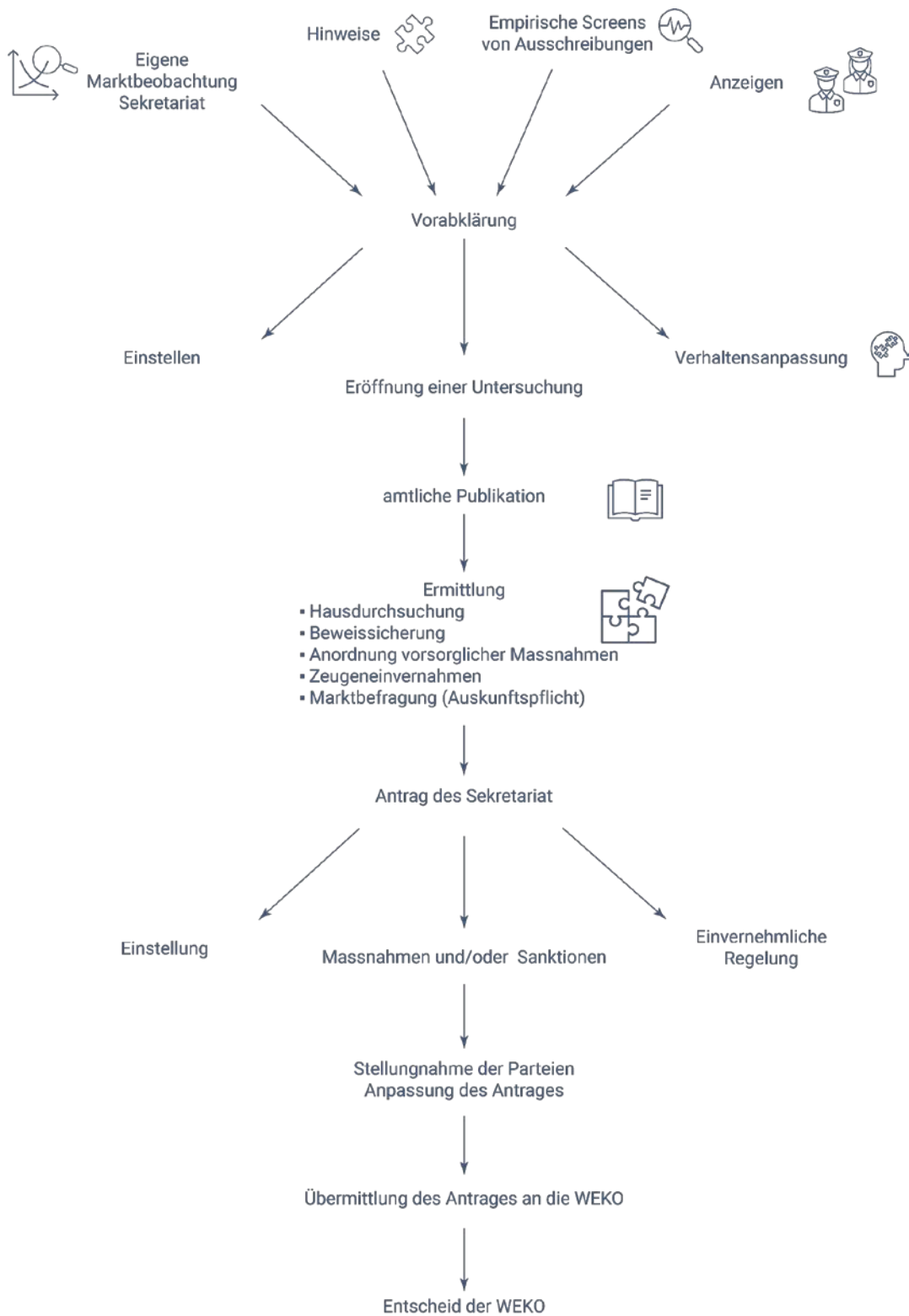
Der Ablauf einer Untersuchung ist in Abbildung 1 schematisch dargestellt.

¹⁰ Für eine Untersuchungseröffnung benötigt das Sekretariat das Einvernehmen eines Mitglieds des Kommissionspräsidiums.

¹¹ Ende 2022 umfasste das Sekretariat 76 Angestellte, die insgesamt 65.3 Vollzeitstellen besetzten.

¹² Weitere Aufgaben sind das Begutachten zivilrechtlicher Verfahren zuhanden der kantonalen Zivilgerichte, die Beobachtung der Wettbewerbsverhältnisse, Empfehlungen zur Förderung wirksamen Wettbewerbs zuhanden anderer Behörden, Stellungnahmen zu wirtschaftsrechtlichen Erlassen und im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren sowie Verfassen von Gutachten zu Wettbewerbsfragen für andere Behörden.

Abbildung 1 Prozessschritte einer WEKO-Untersuchung



In der Abbildung sind vereinfacht die verschiedenen Prozessschritte dargestellt, die von den ersten Hinweisen auf ein wettbewerblich schädliches Verhalten von Marktakteuren bis zu einem allfälligen Entscheid der WEKO zu durchlaufen sind.

Quelle: Eigene Darstellung Polynomics.

Aufgrund eigener Marktbeobachtungen, dem Ergebnis der laufenden Screenings von Ausschreibungen sowie aufgrund von Hinweisen oder Anzeigen von Marktakteuren eröffnet das Sekretariat der WEKO eine Vorabklärung. Je nach Ergebnis dieser Vorabklärung wird das Verfahren eingestellt, es werden Verhaltensanpassungen von den Marktakteuren gefordert oder es wird eine Untersuchung eröffnet. Letztere ist öffentlich bekannt zu geben. Nach Abschluss der Untersuchung wird das Verfahren entweder eingestellt, es wird eine einvernehmliche Lösung mit den betroffenen Unternehmen gefunden oder das Sekretariat der WEKO schlägt Massnahmen und/oder Sanktionen vor. Zu diesem Antrag können die Parteien Stellung beziehen, bevor der Antrag der WEKO zur Entscheidung vorgelegt wird. Nach erfolgtem Entscheid durch die WEKO in Form einer Verfügung stehen den betroffenen Unternehmen der Rechtsmittelweg offen. Die Entscheidung kann vor dem BVGer angefochten werden.

In Bezug auf den Einsatz der verschiedenen Instrumente schreibt die WEKO, dass das Sekretariat der WEKO jedes Jahr mehrere hundert Meldungen und Anzeigen von Bürgerinnen und Bürgern, der öffentlichen Hand, Unternehmen, Verbänden etc. erhält (WEKO, 2022). Daraus resultieren durchschnittlich jährlich 80–90 Verfahren, wobei 75 Prozent davon kleine informelle Marktbeobachtungen sind. Etwa 18 Prozent sind mittelgrosse Verfahren («Vorabklärungen») und etwa 7 Prozent münden in grössere Verfahren («Untersuchungen»). Wertet man die Jahresberichte der letzten zwanzig Jahre aus, kann die Tätigkeit des Sekretariats der WEKO und der WEKO gemäss Tabelle 2 zusammengefasst werden.

Tabelle 2 Quantitative Bedeutung der einzelnen Instrumente

Instrument	Durchschnittlicher Umfang pro Jahr	Entwicklung über die Zeit
Marktbeobachtungen	62	Kein Trend über die Zeit erkennbar.
Vorabklärungen	11	In den letzten 10 Jahren ist eine sinkende Tendenz auf jährlich rd. 5 Vorabklärungen festzustellen.
Abschlüsse von Vorabklärungen	17% der Vorabklärungen werden mit der Eröffnung einer Untersuchung abgeschlossen	Zwischen 1997 und 2015 wurden rund die Hälfte der Vorabklärungen ohne Folgen abgeschlossen. Seither hat sich der Anteil der folgenlosen Vorabklärungen reduziert.
Untersuchungen	6 Entscheide	Seit 2019 ist ein sinkender Trend festzustellen.
Hausdurchsuchungen	2.6 Fälle mit Hausdurchsuchungen	Zwischen 2006 (erstmalige Hausdurchsuchung) und 2011 kam es bei durchschnittlich 1.5 Fällen pro Jahr zu Hausdurchsuchungen. In den letzten zehn Jahren verdoppelte sich dieser Wert auf durchschnittlich 3 Fälle pro Jahr mit Hausdurchsuchungen. Meistens verhängt die WEKO bei Fällen, in denen es zu Hausdurchsuchungen kam, Sanktionen.

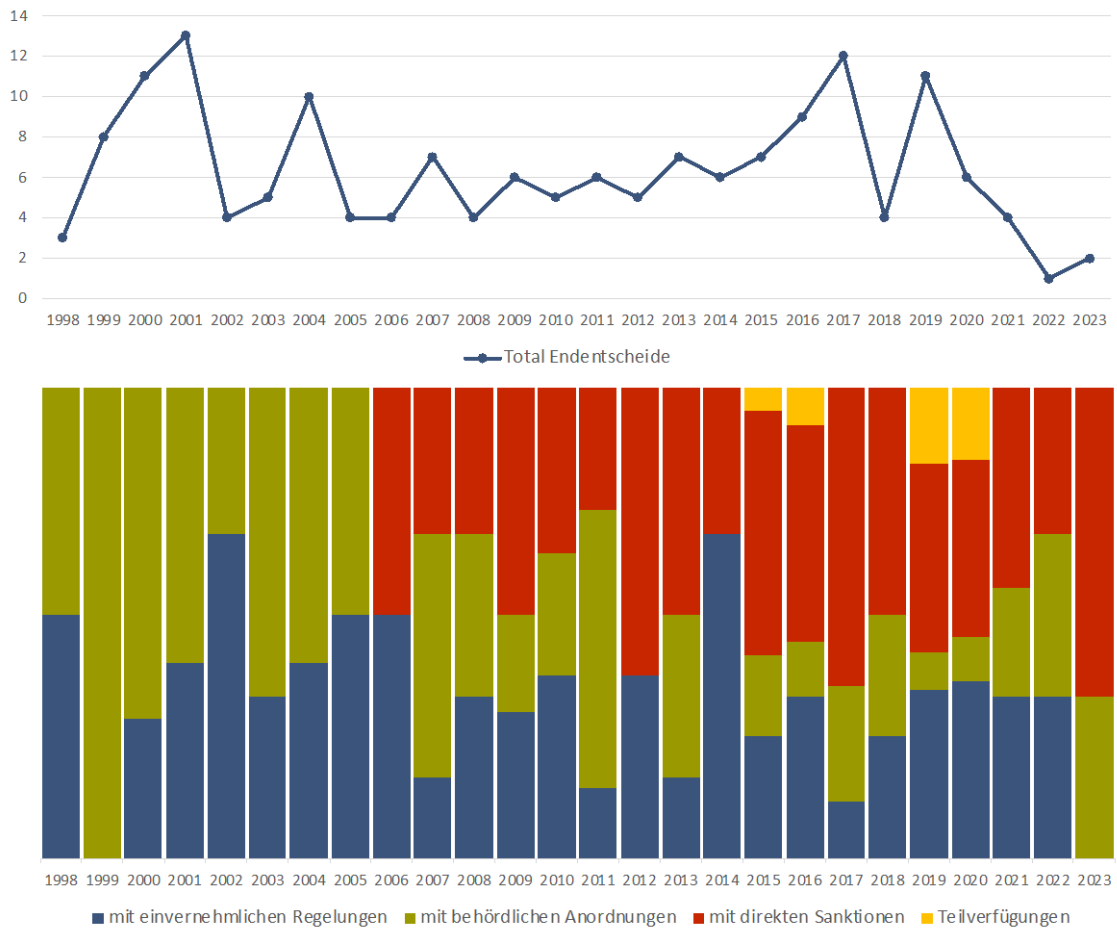
In der Tabelle sind einige empirische Fakten zum Einsatz ausgewählter Instrumente des Sekretariats der WEKO und der WEKO abgetragen. Die jährlichen Durchschnitte beziehen sich auf die Jahre 2003 bis 2023. Es ist zu beachten, dass die Behörden sehr viel mehr Zeit für Untersuchungen als für weniger invasive Instrumente (Marktbeobachtungen, Vorabklärungen) aufwenden.

Quelle: Eigene Darstellung auf Basis des Expertenberichts 2024, diverser Jahresberichte der WEKO sowie Kohler (2017).

Im Hinblick auf die in den folgenden Abschnitten diskutierten ökonomischen Herausforderungen und möglichen Lösungsansätze beim Einsatz der Instrumente ist von Bedeutung, mit wel-

chen Massnahmen abgeschlossene Untersuchungen der WEKO verbunden werden. In Abbildung 2 finden sich die Untersuchungsentscheide, untergliedert, ob eine einvernehmliche Regelung vereinbart wurde, ob es behördliche Anordnungen gab, ob Sanktionen gesprochen wurden oder ob es sich um Teilverfügungen¹³ handelte.

Abbildung 2 Übersicht über die Untersuchungsentscheide pro Jahr und Anteile in Prozent



In der Abbildung sind die Anzahl der pro Jahr abgeschlossenen Untersuchungen (Endentscheide einschliesslich einvernehmlicher Regelungen) sowie die Anteile der einzelnen Untersuchungsergebnisse abgetragen. Unterschieden werden einvernehmliche Regelungen, behördliche Anordnungen, Sanktionen und Teilverfügungen. Direkte Sanktionen kann die WEKO erst seit der KG-Revision 2003 aussprechen. Die erste direkte Sanktion wurde 2006 verfügt. Die WEKO hat bisher insgesamt Sanktionen in der Höhe von CHF 1.3 Mrd. ausgesprochen (Wettbewerbskommission, 2024, S. 2), wobei nur einem Teil davon bisher Rechtskraft erwachsen ist. Vor Einführung der direkten Sanktionen konnte die WEKO lediglich Verstösse gegen ihre behördlichen Anordnungen sanktionieren.

Quelle: Eigene Darstellung auf Basis der Jahresberichte der WEKO und Kohler (2017).

¹³ Seit der Revision des Geschäftsreglements der WEKO im Jahr 2015 können Untersuchungsverfahren nach Parteien aufgeteilt und mit Teilverfügungen abgeschlossen werden.

1.3 Fokus der Expertenkommission «Reform Wettbewerbsbehörden»

Die vom WBF im Mai 2023 eingesetzte rechtlich ausgerichtete Expertenkommission bewertete Grundmodelle der möglichen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden und Gerichte mit Blick auf die Verfahrensdauer, den wirksamen Schutz des Wettbewerbs und die Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) (Expertenkommission Reform Wettbewerbsbehörden, 2023). Ökonomisches Fachwissen (Wettbewerbsökonomie, Anforderungen an die Datenarbeit etc.) und politökonomische Aspekte (bounded rationality, confirmation bias, etc.) wurden dabei nicht tangiert.

Die Expertenkommission strukturiert die institutionellen Grundmodelle nach der Trennung zwischen untersuchender und entscheidender Behörde, der rechtlichen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden und der Ausgestaltung des Rechtsmittelwegs. Auch spiegelt sie die Modelle an zentralen Status-quo-Kritikpunkten. Dabei geht es vor allem um die institutionelle Verflechtung zwischen Untersuchung und Entscheidung, lange Verfahrensdauern und die Abhängigkeit zwischen der WEKO und der Politik bzw. der Bundesverwaltung sowie dem Bundesrat.

Die Expertenkommission fokussiert ihre Empfehlungen auf die Optimierung des Status quo mit ergänzenden Reformen des Bundesverwaltungsgerichts. In diesem Sinne hat der Bundesrat das WBF Mitte März 2024 beauftragt, ihm bis Mitte 2025 eine Vernehmlassungsvorlage für eine Institutionenreform vorzulegen. Dabei soll die Vernehmlassungsvorlage folgende Aspekte umfassen:¹⁴

- **Wirksamere Ausgestaltung der Trennung zwischen Untersuchung und Entscheid:** Das Sekretariat soll die Untersuchung konsequent ohne Einbezug der WEKO durchführen, dies, um die Unabhängigkeit der WEKO beim Entscheid zu stärken.
- **Verkleinerung der Kommission als Milizbehörde:** Die WEKO soll in der Absicht einer Professionalisierung und Stärkung gegenüber dem Sekretariat von heute 11-15 auf 5-7 Mitglieder verkleinert und die Pensen der Mitglieder aufgestockt werden.
- **Einbezug eines «Hearing Officers»:** Das WBF hat einen Prüfauftrag, ob die WEKO durch einen Verfahrensbeauftragte oder einen Verfahrensbeauftragten entlastet werden kann, dies, um v. a. die Einhaltung der Parteirechte im Verfahren sicherzustellen. Das Sekretariat der WEKO soll den beschuldigten Unternehmen das vorläufige Beweisergebnis die erhobenen Vorwürfe und die geplanten Rechtsfolgen mitteilen, sobald die wesentlichen Ermittlungen abgeschlossen sind.
- **Gerichtsreform:** Der Bundesrat will das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) stärken. Zur Verfahrensbeschleunigung und Stärkung der ökonomischen Expertise sollen am BVGer für Kartellrechtsfälle (nebenamtliche) Fachrichterinnen und -richter eingesetzt werden.

Auf diese aus vorwiegend juristischer Sicht erarbeiteten Ergebnisse der Expertenkommission gehen wir in Kapitel 5 bei der Diskussion möglicher Ansätze zur Verbesserung der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden ein.

¹⁴ <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-100426.html#downloads>.

2 Ambivalenz in der wettbewerbsökonomischen Analyse

Wettbewerbsbeschränkungen können nur verhindert und beseitigt werden, wenn sie korrekt erkannt werden. Dazu ist ein klarer Referenzrahmen eines intakten (wirksamen) Wettbewerbs notwendig. Um zu beurteilen, ob ein bestimmtes Verhalten der Marktakteure den Wettbewerb beschränkt, muss zuerst der «unbeschränkte» Wettbewerb verstanden werden, damit die Abweichung davon zumindest qualitativ, im Idealfall auch quantitativ, beurteilt werden kann. Wir skizzieren im Folgenden, wie «wirksamer Wettbewerb» aus ökonomischer Sicht umrissen werden kann und mit welchem teilweise beträchtlichen Spannungsfeld (Ambivalenz) die Beurteilung von Verhaltensweisen von Marktakteuren verbunden ist.¹⁵

Das Vorhandensein dieser Ambivalenz von gewissen ökonomischen Verhaltensweisen ist zentral für das Verständnis der inhaltlichen Herausforderungen, denen sich die Wettbewerbsbehörden stellen müssen. Ob ein bestimmtes Verhalten Wettbewerbsbeschränkungen darstellt, ist in vielen Fällen nicht offensichtlich. Um dieses Problem bei der Beurteilung des ökonomischen Verhaltens zu umgehen, wird deshalb zuweilen die Analogie zu Verkehrsdelikten herangezogen: Für jeden Autofahrer ist zum Voraus präzise bekannt, wie schnell er fährt und welche Geschwindigkeitsbegrenzung er einhalten muss. Die Polizei misst mit Radargeräten die tatsächliche Geschwindigkeit und büsst Übertretungen gemäss dem anzuwendenden Bussenkatalog. Für die Mitteilung der Gesetzesüberschreitung genügt ein einseitiger Brief. Indessen ist einem Unternehmen bei bestimmten Verhaltensweisen nicht ex ante klar, dass sein konkretes Marktverhalten gegen das Kartellrecht verstösst. Dies widerspiegelt sich in den teilweise über mehrere hundert Seiten umfassenden Sekretariatsanträgen und WEKO-Verfügungen. Weder verfügt das Unternehmen über eine «Geschwindigkeitsanzeige» noch das Sekretariat der WEKO über exakt messende «Radargeräte».

2.1 Unternehmen wollen den Wettbewerb gewinnen

Das Schutzobjekt der Wettbewerbsbehörden ist der wirksame Wettbewerb. Die Unternehmen ihrerseits sind stets bestrebt, den Wettbewerb zu gewinnen. Dies erreichen sie, indem sie sich gegenüber den Wettbewerbern einen Vorteil verschaffen. Hierzu müssen sie die Kundenbedürfnisse erfolgreich identifizieren und bedienen. Im Fokus der unternehmerischen Tätigkeit steht die langfristige Maximierung der Gewinne¹⁶. Somit ist wirksamer Wettbewerb das Ergebnis davon, dass die Unternehmen ständig versuchen, im Wettbewerb zu gewinnen und ihre Marktstellung zu verbessern.

Der Wettbewerb ist gerade dann wirksam, wenn die Gewinnoptimierung der Unternehmen dazu führt, dass die Gesamtwohlfahrt erhöht und Effizienzsteigerungen umgesetzt werden. Weder die Absicht, eine vorrangige Marktstellung zu erreichen, noch das tatsächliche (vorübergehende) Erreichen einer solchen Marktstellung sind per se wettbewerbsschädlich. Sie sind vielmehr Triebfeder funktionierender Wettbewerbs. In Deutschland wird dies teils auch mit dem Begriff des «Leistungswettbewerbs» umschrieben, um ihn vom Wettbewerb mit unlauteren Mitteln (etwa Verdrängungspreisen, Marktabschottung o. ä.) abzugrenzen.

¹⁵ Aus ökonomischer Sicht ist unklar, was unter «wirksamer Wettbewerb» genau zu verstehen ist. Das dieser Referenzpunkt diffus bleibt, veranschaulicht beispielsweise Philips in Kapitel 1.4 seines Buches (Philips, 1995, S. 8 ff.).

¹⁶ Unter langfristiger Gewinnmaximierung wird dabei auch die Befriedigung der diversen Anspruchsgruppen durch die Unternehmenstätigkeit verstanden (Stakeholder-Ansatz).

Der unternehmerische Alltag im Wettbewerb ist unangenehm. In der Tat: «Der Wettbewerb ist das Zwangssystem, das den Produzenten befiehlt, diejenigen Güter zu produzieren, die die Konsumenten im Rahmen ihres Budgets und bei kostendeckenden Preisen zu verbrauchen wünschen. Die Wahlfreiheit des Konsumenten gäbe es nicht, wenn es den Wettbewerb unter den Produzenten nicht gäbe.»¹⁷ Um diesem Druck zu entfliehen, versuchen Unternehmen Produkte und Dienstleistungen anzubieten, die kein Konkurrent in dieser Qualität für ein bestimmtes Kundensegment zu einem bestimmten Preis bieten kann.

Wettbewerb ist insofern ein Prozess, bei dem sich gegenüber Wettbewerbern durchsetzt, wer den Kundenansprüchen am besten genügt. Doch auch wer einmal einen Vorsprung im Wettbewerb erzielt hat, muss ständig damit rechnen, dass seine vorteilhafte Marktposition angreifbar ist, sofern keine erheblichen Markteintrittsbarrieren bestehen. Kein Unternehmen kann sich als Marktführer ausruhen, sondern muss sich ständig weiterentwickeln und immer wieder erneut durch ein attraktives Preis-Leistungsverhältnis die Kunden überzeugen. Die höheren Preise, die der Unternehmer realisieren kann, solange er mit seinen Produkten und Dienstleistungen eine Sonderstellung einnimmt, sind der Lohn für seine Anstrengungen. Indem Unternehmen ihr Eigeninteresse verfolgen, tragen sie in diesem Sinne gleichsam zur Wohlfahrt bei.

In einer Marktordnung, die den Wettbewerb schützen und fördern will, müssen die gesetzlichen Rahmenbedingungen diese unternehmerische Dynamik bewahren. Die Rahmenbedingungen müssen verhindern, dass Unternehmen ihre Marktstellung auch auf andere Weise als durch Erbringung möglichst hoher «Marktleistungen» halten oder ausbauen können. Alternativ könnten die Unternehmen nämlich auch Massnahmen ergreifen, um die Konkurrenten vom Markt (ganz) fernzuhalten oder diese zumindest in ihrem Wachstum einzuschränken. Im selben Ausmass, wie der Unternehmer Markteintrittsbarrieren errichtet, entzieht er sich aber der Notwendigkeit, sich an den Präferenzen der Kunden zu orientieren und stets bessere Produkte und Dienstleistungen entwickeln zu müssen. Er wird seine bestehenden Produkte zu hohen Preisen absetzen und vergleichsweise wenig in deren Weiterentwicklung investieren. Dadurch sinkt die Gesamtwohlfahrt relativ zu einem wirksamen Wettbewerb.

Unternehmen in einem Markt können dem Wettbewerbsdruck auch dadurch ausweichen, indem sie ihre Aktivitäten koordinieren. Sie können ihre Verkaufspreise absprechen und damit den Preisdruck abschwächen. Dies ist zweifelsfrei wohlfahrtsschädigend, weil dadurch dieselben Produkte zu einem zu hohen Preis an zu wenig Kunden verkauft werden. Würden sich die Unternehmen nicht absprechen, würde der kurzfristige Preiswettbewerb dazu führen, dass die Produkte zu niedrigeren Preisen erhältlich sind; und damit können sie sich potenziell mehr Kunden leisten.

Die Preisabsprache führt auch zu langfristigem Schaden, indem sie den dynamischen Wettbewerb einschränkt: Der Anreiz nimmt ab, dem kurzfristigen Preisdruck durch Innovation auszuweichen. Eine ähnliche wohlfahrtsschädigende Wirkung entfalten Gebietsabsprachen. Indem sich Konkurrenten ihre Absatzgebiete aufteilen und sich in den jeweiligen Territorien gegenseitig «in Ruhe lassen», schwächen sie den Preiswettbewerb und damit auch den dynamischen Wettbewerb durch weniger Investitionen in Innovation und Produktentwicklung. Den Wettbewerb schützen bedeutet nicht, den Wettbewerber, die Kunden oder die Lieferanten zu schützen. Wie eingangs erwähnt, ist Wettbewerb unangenehm und führt im Extremfall zum Ausscheiden von Unternehmen aus dem Markt. Konkurse und Übernahmen sind in aller Regel Ausdruck funktionierendem Wettbewerb, sofern sie nicht die Folge eines Marktmachtmissbrauchs sind.

¹⁷ <https://www.zeit.de/wirtschaft/2010-04/markt-freiheit/komplettansicht>. Siehe auch (von Weizsäcker, 2000. 7 ff.).

2.2 Der Markt ist eine mögliche Art zur Organisation ökonomischer Aktivitäten

Das Schutzobjekt der Wettbewerbsbehörden ist der wirksame Wettbewerb und damit die marktliche Organisation. Nicht alle ökonomischen Aktivitäten werden jedoch über den Markt organisiert. Vielmehr existieren alternative Organisationen und die Marktanreize sind nicht immer die optimale Art, ökonomische Aktivitäten zu organisieren. Wie bereits Coase bemerkt hat, besteht die Wirtschaft zu einem erheblichen Teil aus Unternehmen, innerhalb derer die ökonomischen Aktivitäten nicht durch den Preismechanismus gesteuert werden.¹⁸

Die wettbewerbsökonomische Analyse darf sich somit nicht nur auf den idealtypischen Referenzpunkt des perfekten Wettbewerbs beziehen: «What parades as perfect competition is a model that has much to say about the price system, but little to say about competition or the organization of firms. [...] What is modeled is not competition but extreme decentralization [...]» (Demsetz, 1988, S. 142). Vielmehr gilt es die konkreten Umstände sorgfältig zu berücksichtigen.

Welche Organisationsform und welches Zusammenspiel von mehreren Organisationsformen das effizienteste Ergebnis liefern, hängt von den spezifischen Umständen des jeweiligen ökonomischen Prozesses ab. Märkte haben den Vorteil, dass sie starke Anreize zur Effizienzsteigerung setzen und Preissignale liefern, die Informationen über die relative Knappheit von Gütern und Dienstleistungen enthalten. Sie verursachen jedoch für gewisse Transaktionen hohe Kosten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Gegenstand der Transaktion komplex ist und nicht vollständig vertraglich geregelt werden kann. Würden solche Transaktionen trotzdem über den Markt abgewickelt, drohen hohe Kosten für die Durchsetzung eines unweigerlich unvollständigen Vertrags.

Diesem Problem wirken Unternehmen entgegen, indem sie innerhalb ihrer Organisation sogenannte «residual claimants» errichten, die sämtliche Gewinne und Verluste tragen, die aus den Aktivitäten der Unternehmung entstehen, sofern diese nicht vertraglich anderweitig geregelt sind. Diese «residual claimants» haben Kontrollrechte, die es ihnen ermöglichen, die ökonomische Aktivität durch hierarchische Vorgaben zu organisieren. Im Unternehmen ersetzt «Command-and-Control» in der Regel die Preissignale.

Die Organisation ökonomischer Aktivitäten innerhalb eines Unternehmens (gegenüber Markttransaktionen) kann insbesondere dann von Vorteil sein, wenn die Erstellung des Produkts oder der Dienstleistung eine enge Koordination verschiedener Produktions- und Arbeitsschritte erfordert. Da nicht alle möglichen Situationen ex ante vertraglich geregelt werden können, ist die interne Organisation durch Unternehmen oft effizienter als die Koordination über Märkte. Nebst dieser Dichotomie zwischen Hierarchie (Unternehmen) und Märkten gibt es in der Realität verschiedene Zwischenformen (vgl. beispielsweise Williamson, 1979).

An dieser Stelle geht es nicht darum, alle möglichen Formen zur Organisation wirtschaftlicher Aktivität darzulegen; vielmehr gilt es klarzustellen, dass die Organisation über Märkte nicht der einzig logische Referenzpunkt sein kann. Die Transaktionskosten im konkreten Kontext der jeweiligen Transaktion bestimmen die effiziente Organisationsform. Dementsprechend ist auch die Kooperation von Unternehmen zur Erbringung einer gemeinsamen wirtschaftlichen Leistung ein möglicherweise effizientes Vorgehen. Dies manifestiert sich in extremis bei Zusammenschlussvorhaben, die eine maximale Koordination der Unternehmen darstellen.

¹⁸ «We find islands of conscious power in this ocean of unconscious co-operation like lumps of butter coagulating in a pail of buttermilk. But in view of the fact, that it is usually argued that co-ordination will be done by the price mechanism, why is such organization necessary?» (Coase, 1937, S. 388).

2.3 Illustration der Ambivalenz

Um die unterschiedliche ökonomische Ambivalenz zu verdeutlichen, fokussieren wir im Rahmen der folgenden Analyse auf Wettbewerbsbeschränkungen und deshalb auf horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden sowie auf den Missbrauch von Marktmacht. Es sprengt den Rahmen der vorliegenden Analyse, sämtliche Fallkonstellationen abzubilden.

2.3.1 Horizontale Abreden

Unter horizontalen Absprachen wird ein koordiniertes Vorgehen zwischen Unternehmen auf der gleichen Wertschöpfungsstufe verstanden. Betroffen von diesen Absprachen können Preise (inkl. Löhne), Mengen oder Absatzgebiete sein.

Die ökonomische Ambivalenz ergibt sich dadurch, dass sich einerseits die Koordinationen ökonomischer Aktivitäten effizienzsteigernd auswirken kann. So entstehen Unternehmen gerade deshalb, weil die Kosten für Markttransaktionen zu hoch sind. Im Rahmen einer Vielzahl von Make-or-Buy-Entscheidungen (outsourcing oder insourcing) ergibt sich die optimale Organisationsform. Andererseits können horizontale Absprachen zu Lasten der Konsumenten erfolgen und so die Gesamtwohlfahrt reduzieren.

Nachfolgend soll diese Ambivalenz von horizontalen Koordinationen anhand von

- Preisabsprache und
- Einkaufskooperationen

exemplarisch¹⁹ aufgezeigt werden.

Preisabsprachen

Bei Preisabsprachen stellt sich im Hinblick auf die Beurteilung der Ambivalenz von horizontalen Absprachen zuerst die Frage, welche Preiselemente abgesprochen werden. So sind Absprachen für Endkundenpreise, Listenpreise, Rabatte, Preisbestandteile (z. B. Restwert beim Leasing) etc. denkbar. Diese Absprachen können im Hinblick auf die Wohlfahrtschädigung unterschiedliche Auswirkungen auslösen. Werden beispielsweise Transaktionspreise²⁰ (also Nettopreise) unter Wettbewerbern explizit abgesprochen, ist die damit verbundene Wohlfahrtschädigung offensichtlich. Es liegt ein klassisches Preiskartell vor.

Werden hingegen Bruttopreise (Listenpreise) unter Wettbewerbern kommuniziert, ist die Wohlfahrtschädigung nicht mehr offensichtlich. Einerseits handelt es sich um einen privaten Austausch von Preisinformationen ohne jegliche explizite Absprache. Falls dieser Informationsaustausch tatsächlich zu einer Erhöhung der Bruttopreise führt, ist zudem zu erwarten, dass die höheren Bruttopreise – bei intaktem Wettbewerb – durch einen entsprechend ausgeprägteren Rabattwettbewerb kompensiert werden, sofern nicht der Informationsaustausch selbst ein solches Vertrauensverhältnis unter den Beteiligten schafft, dass auch der Wettbewerb bei Rabatten gehemmt wird.

¹⁹ Zu beachten ist, dass wir keine konkreten Fallbeispiele darstellen können, da eine detaillierte Auseinandersetzung mit konkreten Fällen den Rahmen dieser Studie sprengen würde. Vielmehr geht es darum aufzuzeigen, dass es Fallkonstellationen gibt, bei welchen die ökonomische Schädlichkeit eines Verhaltens offensichtlich ist und Fallkonstellationen von horizontalen Koordinationen, bei welchen dieser Nachweis deutlich schwieriger ist.

²⁰ Unter Transaktionspreisen werden die vom Kunden effektiv bezahlten Preise (also nach gewährten Rabatten, Rückerstattungen etc.) verstanden.

Falls Wettbewerber Bruttopreise untereinander austauschen, müssen sie aber auf jeden Fall überzeugend darlegen können, worin der Nutzen (Effizienzgewinn) eines solchen Austausches liegt und weshalb dieser notwendig ist. Wie Harrington (2022) darlegt, kann der Austausch von Bruttopreisinformationen unter Wettbewerbern durchaus zu überhöhten Transaktionspreisen führen. Dass dieser Schluss aber nicht in jedem Fall zutrifft, zeigt die Diskussion von Harringtons Aufsatz durch Klein und Neurohr (2023).

Grundsätzlich stellt sich somit bei Preisabsprachen die Frage, welche Auswirkungen diese auf die Transaktions- und damit die vom Konsumenten effektiv bezahlten Preise hat. Somit besteht die ökonomische Ambivalenz bei horizontalen Preisabsprachen in der Tatsache, dass nicht zwingend alle Formen von Absprachen zu höheren Transaktionspreisen führen und man zunächst einmal nicht jede Form der Preisabsprache unter den Generalverdacht eines Hardcore-Kartells stellen kann. Gleichwohl können Generalklauseln und Pauschalvermutungen aus ökonomischer Perspektive sinnvoll sein, um Transaktionskosten der Rechtsdurchsetzung zu reduzieren, wie in Kapitel 3 noch ausgeführt wird.

Einkaufskooperationen

Noch weniger offensichtlich ist die Wirkung von koordiniertem Verhalten zwischen Wettbewerbern, wenn es sogar plausible ökonomische Gründe für wohlfahrtsfördernde Effekte gibt, wie dies beispielsweise bei Einkaufskooperationen der Fall sein kann.

Bei Einkaufskooperationen bündeln mehrere Unternehmen ihre Nachfrage auf dem Beschaffungsmarkt. Beispielsweise treten mehrere Detailhändler gegenüber Herstellern gemeinsam als Nachfrager auf. Eine solche Bündelung der Nachfrage kann für die Händler notwendig sein, um überhaupt einen Zugang zu Herstellern zu schaffen, da für gewisse Hersteller die Belieferung eines Händlers erst ab einer gewissen Menge wirtschaftlich attraktiv sein könnte. Oftmals haben kleinere Händler zwar Zugang zu den Produkten der Hersteller, aber die Beschaffungskosten sind höher als bei ihren grösseren Konkurrenten. Dies liegt daran, dass bei vertikalen Geschäftsbeziehungen im Detailhandel Grössenvorteile erzielt werden können. Grössere Bestellmengen führen zu geringeren Stückkosten bei den Herstellern und grössere Nachfragemengen erleichtern die Kapazitätsplanung.

Die Koordination des Einkaufs unter Wettbewerbern kann somit kompetitive Wirkung entfalten. Dabei besteht aber die Gefahr, dass die einkaufsseitige Zusammenarbeit auch zu einer absatzseitigen Koordination führt: Die Wettbewerber könnten nicht nur gemeinsam einkaufen, sondern auch ihre Verkaufspreise absprechen. Zudem könnte aus Einkaufsgemeinschaften zu starke Marktmacht resultieren, wenn sich zu viele oder zu grosse Wettbewerber derselben Einkaufsgemeinschaft anschliessen. In diesem Fall können sie ihre starke Stellung (Nachfragemacht) zu Lasten der Produzenten ausnützen.

Die Ambivalenz zeigt sich gerade darin, zu beurteilen, ab welchem Umfang Einkaufskooperationen wohlfahrtsschädlich, also gerade nicht effizienzsteigernd sind. Das Sekretariat der WEKO hat anlässlich einer Beratung dargelegt, dass es bei niedrigen kumulierten Marktanteilen der an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen nicht von einer schädlichen Wirkung ausgeht. Im konkreten Fall betragen die kumulierten Marktanteile rd. 15 Prozent (Wettbewerbskommission WEKO, 2020, S. 405 ff.).

2.3.2 Vertikale Abreden

Güter und Dienstleistungen werden in modernen Wirtschaften in Wertschöpfungsprozessen mit mehreren Stufen erstellt. Einzelne Unternehmen fokussieren auf Stufen, koordinieren sich also

mit vor- und nachgelagerten Stufen. Unterschiedliche Formen von Abreden zwischen den verschiedenen Marktstufen sind denkbar, wie etwa nicht-lineare Preise bzw. Mengenrabatte, Mengenabreden (Mindest- und Höchstmengen), Preisbindung (Fixpreise, Höchstpreise, Mindestpreise) oder exklusive oder selektive Liefer- oder Bezugsverpflichtungen.

Im Unterschied zu horizontalen Abreden, wie etwa Preis- und Gebietskartellen, sind vertikale Abreden Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind und auf diese Weise die Entscheidungsfreiheit einer Partei beschränken. Die ökonomische Ambivalenz ergibt sich dadurch, dass vertikale Abreden oft kompetitiv wirken können, wie die folgenden Beispiele illustrieren:

- Hersteller und Händler fragen sich beispielsweise, wie sie ein neues Produkt erfolgreich vertreiben können. Der Händler will eine für den erfolgreichen Vertrieb erforderliche Anfangsinvestition amortisieren können. Mit Hilfe eines temporären Gebietsschutzes erhält er einen höheren Anreiz, die Investition zu tätigen.
- Ein anderes Beispiel sind Marketingaktivitäten. Investiert etwa ein Hersteller in umfassende Marketingaktionen, profitieren in aller Regel auch die das Produkt vertreibenden Händler davon. Eine Beteiligung der Händler an den Marketingkosten und eine gewisse Koordination der Handelspreise können dann sinnvoll sein, etwa damit der Händler nicht die Marketingaktivitäten des Herstellers konterkariert.

Industrielogik von Vertikalabreden

Auf unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfung arbeitende Unternehmen sind Komplementäre. Vertikalabreden finden typischerweise zwischen Komplementären statt, weil zwischen Komplementären mutmasslich die meisten Optimierungs- und Transaktionskostenprobleme der arbeitsteiligen Wirtschaft anfallen, die mittels Koordination optimal lösbar sind. Komplementäre sind untereinander an Innovationen interessiert, um ihre gegenseitige Effizienz zu steigern und so Kosten einzusparen und Preise senken zu können.

Komplementäre sind an mehr gegenseitiger Effizienz interessiert, weil sie beim Endprodukt des relevanten Marktes nicht miteinander im Wettbewerb stehen. Dies unterscheidet Komplementäre fundamental von Substituenten, also horizontalen Konkurrenten, die gerade nicht an der Innovation ihrer Kontrahenten interessiert sind, weil sie im Endkundenmarkt miteinander im Wettbewerb stehen.

Unternehmen arbeiten mit den beiden Koordinationsinstrumenten «Hierarchie» (Innenwelt des Unternehmens) und «Markt» (Aussenwelt des Unternehmens). Die Vertikalabrede ist funktional betrachtet eine optimale Zwischenoption. Sie erlaubt es, maximale Grössen- und Verbundvorteile zu geringstmöglichen Transaktionskosten auszuschöpfen, sprich: mittels Kooperationen grösstmögliche Synergien zu schaffen.

Aus ökonomischer Sicht wirken horizontale und vertikale Abrede insofern völlig unterschiedlich. Während harte horizontale Abreden Wettbewerb und Wohlfahrt schaden, ist dies bei vertikalen Abreden meistens nicht der Fall. Im Gegenteil können sie den Wettbewerb zwischen einzelnen Produkten und damit die Wohlfahrt stärken, dies solange keine starken Vertriebsketten involviert sind. (Bühler and Rutz, 2024).

Im Regelfall positive Wettbewerbswirkung

Die kompetitive Ambivalenz bzw. die Gefahr der antikompetitiven Wirkung von Vertikalabreden beruht auf ihrer möglichen horizontalen Wirkung. Im Kapitel «Vertical Restraint and Vertical Mergers» (Motta, 2004) stehen daher die Themen Intra-brand und Inter-brand im Zentrum der Analyse.

Mit Blick auf Effizienz bzw. Wohlfahrt sind Vertikalabreden nur dann schädlich, wenn sie den Inter-brand-Wettbewerb beeinträchtigen oder beseitigen. Vertikalabreden können in Kombination mit einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens nur aufgrund der damit einhergehenden möglichen horizontalen Wirkung schädlich sein. Beispielsweise verteilt die Automobilindustrie ihre Produktionsstätten auf viele Länder und führt weltweite Vertriebsnetze. Ohne eine marktbeherrschende Stellung im Inter-brand-Wettbewerb können jedoch Käufer weiterhin aus verschiedenen Hersteller-Händler-Organisationen auswählen und auf Alternativen ausweichen.

In der Tat ist es kaum vorstellbar, dass Unternehmen im Wettbewerb ohne eine marktbeherrschende Stellung den relevanten Markt mit Hilfe von Vertikalabreden zulasten der Endkunden schädigen können. Solange an einer Abrede kein Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung beteiligt ist, darf von einer kompetitiven Wirkung ausgegangen werden (Motta, 2004, S. 378).

2.3.3 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Nach dem Kartellgesetz gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es sich auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann (Art 4 KG).

Es ist ökonomisch nicht klar, wann sich eine Unternehmung «im Wesentlichen unabhängig von anderen Marktteilnehmern²¹ verhalten kann» (Motta, 2004, S. 35). Gemäss Motta ist eine Unternehmung als dominant einzustufen, falls sie einen hohen Grad an Marktmacht aufweist. Marktmacht wiederum bedeutet, dass eine Unternehmung ihre Preise über ein (zu definierendes) kompetitives Niveau hinaus anheben kann. Ein übliches Mass dafür ist die Differenz zwischen dem Preis, den die Unternehmung verlangt und den Grenzkosten: «Market power is defined as the ability of a firm to raise prices above its marginal cost» (Motta, 2004, S. 115). Da aber (fast) alle Unternehmen über ein gewisses Ausmass an Marktmacht verfügen, genügt es nicht, lediglich festzustellen, dass eine Unternehmung ihre Preise über den Grenzkosten ansetzt. Allein daraus lässt sich keine dominante Marktposition ableiten. Marktdominanz kann gemäss Motta ökonomisch dahingehend interpretiert werden, dass eine Unternehmung derart grosse Marktmacht hat, dass sie Preise verlangen kann, die nahe an den Preisen sind, die ein Monopolist auf demselben Markt verlangen würde. Die tatsächliche Situation müsste somit mit einer hypothetischen Monopolsituation oder zumindest mit einem hoch konzentrierten Oligopol²² verglichen werden (in anspruchsvolles Unterfangen mit vielen mehr oder weniger diskretionären Schrauben).

²¹ Selbst ein Monopolist kann sich nämlich nicht unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten. Die Preiselastizität der Nachfrage spielt für ihn eine zentrale Rolle bei der Preisfestsetzung.

²² Das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vermutet beispielsweise ab einem Marktanteil von 40 Prozent das Vorliegen von Marktbeherrschung, weist aber darauf hin, dass eine Gesamtbeurteilung aller wettbewerbsrelevanter Kriterien nötig ist.

Gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, dann verletzt das Unternehmen das Kartellgesetz, wenn sein Verhalten anderen Unternehmen die Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt (Art 7 KG). Hier zeigt sich die Problematik wettbewerbsökonomischer Ambivalenz am ausgeprägtesten. Unternehmen streben nach einer vorrangigen Marktstellung und wollen natürlicherweise anderen Unternehmen die Aufnahme des Wettbewerbs erschweren. Indem ein Unternehmen besser ist, attraktivere Angebote, bessere Rabatte etc. als die Konkurrenten anbietet, desto schwieriger ist es für den Konkurrenten, im Wettbewerb zu bestehen. Es ist also «ganz natürlich», dass Unternehmen sich gegen Konkurrenten mit einer Vielzahl von Massnahmen durchzusetzen versuchen.

Der Marktmacht-Artikel im KG besagt, dass solche Verhaltensweisen für ein nicht marktmächtiges Unternehmen zulässig sind, während sie für ein marktmächtiges Unternehmen unzulässig sind. Beispielsweise ist die Verweigerung eines Unternehmens, gewisse Kunden zu beliefern, unproblematisch, solange das Unternehmen nicht marktmächtig ist. Ebenso sind Preisdiskriminierung (unterschiedliche Preise für unterschiedliche Kundensegmente) und Rabattsysteme für nicht marktmächtige Unternehmen unproblematisch, für marktmächtige Unternehmen hingegen unzulässig, da sie es potenziell ermöglichen, Markteintritte zu verhindern oder Konkurrenten zu verdrängen.

Auch hier manifestiert sich die bereits mehrfach genannte zentrale Herausforderung in der Kartellrechtsdurchsetzung: Unternehmen streben danach, Markteintritte zu erschweren oder Konkurrenten zu verdrängen. Diese Absicht ist die Triebfeder dynamischen Wettbewerbs. Die besondere Herausforderung in der Bekämpfung von Marktmachtmissbrauch ist es insofern, zu erkennen, wann dieses in der Regel wohlfahrtsfördernde Verhalten wohlfahrtschädigende Wirkung entfaltet. Dies stellt eine besonders grosse Herausforderung dar. So weisen beispielsweise Fumagalli, Motta und Calcagno in der Einleitung zu ihrem Buch darauf hin, dass Marktmachtmissbrauch «sicherlich der umstrittenste Bereich der Wettbewerbspolitik [ist], und einer, in dem die Ökonomie die politischen Entscheidungsträger bei der Ausarbeitung vernünftiger Regeln und Durchsetzungspraktiken bislang wohl nicht anleiten konnte.»²³ (Fumagalli u. a., 2018)

Nach dem Kartellgesetz muss in einem ersten Schritt eine marktbeherrschende Stellung nachgewiesen werden. Dazu ist die sachliche und räumliche Definition des relevanten Marktes notwendig, da ja zuerst geklärt werden muss, welche Produkte und Dienstleistungen ein Unternehmen mit welcher geografischen Reichweite anbietet. Für solche Marktabgrenzungen gibt es zwar unterschiedliche ökonomische Instrumente, aber keine klaren Regeln. Es kommt jeweils auf den konkreten Einzelfall darauf an; und es verbleibt unweigerlich ein teilweise grosser Ermessungsspielraum für die Wettbewerbsbehörden.

Die Zusammenfassung des OECD-Roundtables, an dem Vertreter verschiedenster Wettbewerbsbehörden teilgenommen haben, bringt dies mit folgender Aussage auf den Punkt: «Es ist oft schwierig zu bestimmen, ob ein Unternehmen dominant ist, und es kann ausserordentlich schwer sein, Verhalten, das den Wettbewerb fördert, von solchem, das ihm schadet zu unterscheiden»²⁴ (West, 2007, S. 7).

²³ Eigene Übersetzung aus dem englischen Original.

²⁴ Eigene Übersetzung aus dem englischen Original.

3 Entscheiden unter Unsicherheit

3.1 Die Verkehrsdelikt-Analogie greift zu kurz – es braucht Schadenstheorien

«Die Weko müsse deshalb nicht in jedem Einzelfall den konkreten Schaden nachweisen. So wie zum Beispiel auch bei Verkehrsdelikten wie Fahren mit überhöhtem Tempo ein Schadensnachweis im konkreten Einzelfall für das Verhängen einer Busse nicht nötig ist.» (NZZ, 17.6.2024)

In der öffentlichen Diskussion wird oft eine Analogie zu Verkehrsdelikten gemacht. Dabei ist eine Geschwindigkeitsüberschreitung strafbar, unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einem Schaden kommt. Es genügt bereits der Nachweis der Geschwindigkeitsüberschreitung für eine Busse. Es sei somit auch in der Anwendung des Kartellrechts nicht notwendig, eine tatsächliche Schädigung nachzuweisen.

Unsere Ausführungen in Kapitel 2 zeigen jedoch auf, dass die inhaltlichen Herausforderungen im Rahmen des Kartellrechts um ein Vielfaches höher sind als bei der Kontrolle von Verkehrsdelikten. Bei einem Gefährdungsdelikt ist von dem unter Strafe gestellten Verhalten (Trunkenheit am Steuer, Geschwindigkeitsübertretung etc.) kein oder ein vernachlässigbarer positiver Effekt zu erwarten. In kartellrechtlichen Fällen ist es jedoch oft nicht offensichtlich, ob ein bestimmtes Verhalten tatsächlich volkswirtschaftlich schädliche Wirkung hat. Im Allgemeinen gibt es keine 1-1-Beziehung zwischen einer konkreten Verhaltensweise und dem auf diese Verhaltensweise zurückzuführenden Outcome.

Die wettbewerbsökonomische Ambivalenz ist nicht bei allen Verhaltensweisen gleich ausgeprägt. Eine Möglichkeit, das Ausmass der Ambivalenz «zu messen» besteht darin, Schadens- und Nicht-Schadens-Theorien aufzustellen. Eine Schadenstheorie ist eine konzise ökonomische Argumentation, weshalb ein konkretes Verhalten zu Wohlfahrtseinbussen führt bzw. nicht führt. Dazu müssen Schaden und Nutzen nicht zwingend quantifiziert werden. In erster Linie geht es darum zu klären, ob eine überzeugende ökonomische Argumentation unter Berücksichtigung der konkreten Umstände vorliegt, die plausibel einen Wohlfahrtsschaden kausal aus dem Verhalten der Unternehmung vermuten lässt. Damit einher geht die Prüfung, ob das untersuchte Verhalten auch kompetitive Effekte haben kann (Nicht-Schadens-Theorie).

Eine ökonomische Schadenstheorie beschränkt sich nicht darauf, die Absichten des Unternehmens zu beurteilen. Wie wir in Kapitel 2 dargelegt haben, sagen die Absichten des Unternehmens oft nichts über die ökonomische Wirkung im Markt aus. Unternehmen streben nach Gewinn, höheren Marktanteilen etc., haben aber keine gesamtwirtschaftliche Optik. Die Perspektive eines Unternehmens ist immer einzelwirtschaftlich. Eine Schadens- bzw. Nicht-Schadens-theorie zeigt auf, wie sich diese einzelwirtschaftlichen Absichten im Zusammenspiel mit den Marktkräften auf das Marktergebnis auswirken. Nur diese Auswirkungen sind für die Beurteilung des Verhaltens relevant. Rein aus der Absicht eines Unternehmens, seinen Gewinn zu erhöhen und durch spezifisches Verhalten dem Wettbewerb ausweichen zu wollen, kann kein wettbewerbsökonomischer Schaden abgeleitet werden.²⁵

Solange das Verhalten von Unternehmen den dynamischen Wettbewerb befeuert, führt dies zu einer Steigerung der Gesamtwohlfahrt. Weichen Unternehmen hingegen dem Wettbewerb

²⁵ Eine Ausnahme hiervon sind klar geäusserte Absichten zwischen Konkurrenten (beispielsweise in E-Mails), den Wettbewerb durch Preis- oder Gebietsabreden einschränken oder ausschalten zu wollen. In diesem Fall kann es sehr wohl sinnvoll sein, bereits die Absicht unter Strafe zu stellen.

durch Absprachen oder andere Massnahmen aus und beschränken dadurch die Entfaltung des Wettbewerbs, sinkt die Gesamtwohlfahrt.

Gibt es beispielsweise aus ökonomischer Sicht eine sehr überzeugende Schadenstheorie und keine gleichwertigen Nicht-Schadenstheorien, so ist die Ambivalenz gering. Können hingegen im konkret untersuchten Sachverhalt gleichwertige Schadens- und Nichtschadenstheorien aufgestellt werden, so ist die wettbewerbsökonomische Ambivalenz hoch.

Eine zentrale Aufgabe der Wettbewerbsbehörde ist das Verhindern und Bekämpfen von Kartellen. Obwohl eine exakte Definition eines Kartelles nicht einfach ist, ist sich die ökonomische Literatur einig, dass die explizite Absprache von Transaktionspreisen zwischen Wettbewerbern wohlfahrtsschädlich ist. Indem die an einem Kartell beteiligten Unternehmen ihre Preise auf ein überhöhtes Niveau festsetzen, schaden sie den Kunden und Konsumenten. Der ökonomische Schaden entsteht dabei aus der zu geringen abgesetzten Menge. Zu hohe Preise verhindern, dass Konsumenten, deren Zahlungsbereitschaft über dem kompetitiven Preis, aber unter dem Kartellpreis liegen, die Güter der kartellierenden Unternehmen kaufen können.

Da es im Falle harter Absprachen über Transaktionspreise eine sehr überzeugende und klare Schadenstheorie gibt und Nicht-Schadenstheorien schwierig aufzustellen und nur in Ausnahmefällen glaubwürdig sind, ist die schädliche Wirkung von Kartellen ökonomisch kaum umstritten. Da zudem die an einem Kartell beteiligten Unternehmen sehr genau wissen, dass sie an einem Kartell teilnehmen und sich gesetzeswidrig verhalten, kommt dieser Fall von Wettbewerbsbeschränkungen der Verkehrsdeliktanalogie am nächsten. Es ist wohl auch dieser Fall, den die Vertreter der Verkehrsdeliktanalogie implizit unterstellen.

Im Falle harter Preis-, Gebiets- und Mengenabsprachen greift die Verkehrsdeliktanalogie somit gut. Im Grunde geht es in diesem Fall nicht darum, ob jemand 50 Km/h fährt oder mehr, das Tempolimit ist nur ein pauschaler Indikator für potenziell gefährliches Verhalten. Eigentlich soll eine Fahrweise unterbunden werden, die (für sich selbst und andere) zu riskant ist. Wenn aber im Gesetz stünde «zu riskante Fahrweisen sind verboten», würde sich die Frage stellen, was das im Einzelfall jeweils heisst. Die Durchsetzung wäre sehr aufwendig und selbst den Fahrern unklar. Eine Regel, die innerstädtisches Fahren über 50 Km/h verbietet, ist zwar im Einzelfall falsch (manche sollten besser nur 40 Km/h fahren, bei anderen wäre je nach Verkehrssituation auch 60 Km/h in Ordnung); aber die Regel ist einfach und daher durchsetzbar und jeder weiss, was zu tun und zu lassen ist. Von daher können einfache Regeln wie «es ist immer und ohne Ausnahme verboten, mit Wettbewerbern über Preise jeglicher Art zu sprechen» zwar im Einzelfall falsch, aber dennoch sinnvoll sein.

Die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen geht jedoch weit über die Beurteilung von harten Kartellen hinaus und wettbewerbsökonomische Ambivalenz ist eher die Regel als die Ausnahme.

3.2 Kartellrechtliche Entscheide bringen Fehler unterschiedlicher Art mit sich

Es ist offensichtlich, dass die wettbewerbsökonomische Beurteilung von Verhaltensweisen «Entscheiden unter Unsicherheit» bedeutet. Sicherheit über die tatsächlichen Auswirkungen des Verhaltens einer oder mehrerer Unternehmen in einem konkreten Marktumfeld gibt es nicht. Die Unsicherheit kann zwar grösser oder kleiner sein, vollständig abwesend ist sie aber nicht.

Im Rahmen kartellrechtlicher Untersuchungen wird im Grunde geprüft, ob ein beobachtetes Verhalten tatsächlich schädlich ist. Entscheidtheoretisch unterstellt man dazu eine zu prüfende Hypothese, die entweder verworfen oder angenommen wird. Im vorliegenden Kontext lautet

die Hypothese «Das Verhalten der Unternehmen *schadet nicht* dem wirksamen Wettbewerb». Im Idealfall untersucht die Wettbewerbsbehörde zur Überprüfung der Hypothese die Faktenlage qualitativ und/oder quantitativ. Dieser gesamte Untersuchungsprozess kann als «Hypothesentest» oder einfach nur «Test» zusammengefasst werden. Aufgrund der wettbewerbsökonomischen Ambivalenz liefert dieser Test keine hundert Prozent sichere Antwort, so dass es nebst korrekten Entscheiden mit positiver Wahrscheinlichkeit auch zu zwei Arten von Fehler kommen kann:

1. **Fehler erster Art:** Der Test verwirft die Hypothese, obwohl sie zutrifft. Das Verhalten der Unternehmen wird also als wettbewerbschädlich beurteilt, obwohl dies in Wahrheit nicht der Fall ist.
2. **Fehler zweiter Art:** Der Test verwirft die Hypothese nicht, obwohl sie nicht zutrifft. Das Verhalten der Unternehmung wird also als nicht wettbewerbschädlich beurteilt, obwohl das Verhalten in Wahrheit dem wirksamen Wettbewerb schadet.

Natürlich will man beide Fehler möglichst geringhalten, was jedoch nicht möglich ist. Ein geringerer Fehler zweiter Art geht damit einher, dass ein grösserer Fehler erster Art in Kauf genommen werden muss und umgekehrt.

Tabelle 3 fasst die insgesamt vier möglichen Ergebnisse des Hypothesentests zusammen.

Tabelle 3 Fehler erster und zweiter Art

	Die «Wahrheit» ist, dass...	... das Verhalten dem wirksamen Wettbewerb nicht schadet	... das Verhalten dem wirksamen Wettbewerb schadet
Der Test...			
... verwirft die Hypothese		Fall I Fehler erster Art: Ein «unschuldiges» Unternehmen wird «schuldig gesprochen»	Fall II Korrektes Ergebnis
... verwirft die Hypothese nicht		Fall III Korrektes Ergebnis	Fall IV Fehler zweiter Art: Ein «schuldiges» Unternehmen wird «freigesprochen».

Die beiden rechten Spalten stehen für die tatsächliche, aber unbeobachtete Auswirkung des Verhaltens des Unternehmens auf den wirksamen Wettbewerb. Die Zeilen stehen für das Ergebnis des Hypothesentests: Entweder wird die Hypothese, dass das Verhalten den wirksamen Wettbewerb NICHT beeinträchtigt, verworfen oder nicht.

Quelle: Polynomics.

Jedes in Tabelle 3 dargestellte Ergebnis der kartellrechtlichen Untersuchung ist mit Nutzen oder Kosten für Unternehmen und Gesellschaft verbunden:

- **Fall I:** Wohlfahrtsverlust, da der Nutzen aus gestärktem Wettbewerb nicht realisiert wird. Möglicherweise können ineffiziente Unternehmen im Markt verbleiben. Das von der Massnahme der WEKO betroffene Unternehmen erleidet einen Reputationsschaden, muss allfällige Sanktionen leisten. Die übrigen Unternehmen werden aufgrund der Signalwirkung daran gehindert, vergleichbare Massnahmen, die den Wettbewerb stärken würden, zu implementieren (Multiplikatorwirkung).

- **Fall II:** Wohlfahrtsgewinn, da das schädliche Verhalten unterbunden wird. Über die Signalwirkung wird auch vergleichbares schädliches Verhalten anderer Unternehmen präventiv verhindert (Multiplikatorwirkung).
- **Fall III:** Wohlfahrtsgewinn, da das Verhalten den Wettbewerb bestärkt und nicht unterbunden wird. Der betroffene «Wettbewerbsparameter» kann weiterhin von allen Unternehmen eingesetzt werden. Es wurden aber unnötige Untersuchungskosten bei Behörden, betroffenen Unternehmen und dritten Unternehmen im Markt verursacht.
- **Fall IV:** Wohlfahrtsverlust, da das schädliche Verhalten nicht unterbunden wird. Das Verhalten des Unternehmens schadet dem wirksamen Wettbewerb.

Die Herausforderung besteht darin, die Wahrscheinlichkeiten, mit der die vier Fälle auftreten, unter Berücksichtigung der damit verbundenen Kosten möglichst optimal zu «kalibrieren». Als Richtschnur dienen die Schadentheorien bzw. den Anspruch, den die Behörden an die Plausibilität von Schaden- bzw. Nicht-Schadentheorien stellen. Dies lässt sich an zwei Beispielen illustrieren.

Per-se-Regeln können effizient sein

Kann davon ausgegangen werden, dass ein bestimmtes Verhalten in den allermeisten Fällen schädlich ist (z. B. in 95 Prozent aller Fälle) und nur in wenigen Fällen den Wettbewerb stärkt, so kann eine Regel, die dieses Verhalten immer unter Strafe stellt, ökonomisch sinnvoll sein. Obwohl nicht in jedem Fall der korrekte Entscheid getroffen wird, werden die Kosten massiv gesenkt. Es kann auf aufwändige Ermittlungen der tatsächlichen Auswirkungen verzichtet und das Ermittlungsverfahren verkürzt werden.

Falls die durch solche Regeln in Kauf genommenen Fehlentscheidungen zu geringeren Kosten führen, als an Ermittlungs- und Verfahrenskosten eingespart werden kann, ist es optimal, diese Verhaltensweisen ohne umfangreiche und lang andauernde Verfahren zu büßen (Whinston, 2008). Denn aus ökonomischer Sicht gilt es auch die Kosten zu berücksichtigen, die anfallen würden, wenn man möglichst sicher sein will, in jedem Einzelfall die richtige Entscheidung zu treffen.

Die Absurdität, in jedem Fall die richtige Entscheidung umsetzen zu wollen, lässt sich an einer etwas anderen Verkehrsanalogie illustrieren (vgl. Schmidt, 2006): «I pulled over. The cop pulled in behind. Walked to my window, peered inside, asked for my license and registration. The cop shook his head. «In this town, sir, we distribute according to desert. Therefore, when motorists meet at an intersection, they stop to compare destinations and ascertain which of them is more worthy of having the right of way»».

An einer Kreuzung das Vortrittsrecht zu verhandeln, um festzustellen, welcher Lenker oder welche Lenkerin den wichtigsten Grund hat, um Vortritt zu erhalten, ist ineffizient. Eine Ampel, die das Vortrittsrecht durch eine arbiträre Abfolge von Grün- und Rotlicht völlig losgelöst von den tatsächlichen Destinationen und Beweggründen der Lenkerinnen und Lenker zuweist, ist für alle Beteiligten wesentlich effizienter, da das Verhandeln des Vortrittsrechts deutlich zeitintensiver ist als das Abwarten des Grünlichts.

Sowohl die statistische Entscheidtheorie, wie auch die Verkehrsanalogie zum Vortrittsrecht machen deutlich, dass es ökonomisch nicht sinnvoll ist, in jedem Fall eine Einzelfallprüfung zu fordern.

In diese Kategorie von wettbewerbsschädigenden Verhalten zählen wir horizontale Transaktionspreisabreden, wo sich Wettbewerber explizit gegenseitig verpflichten, ihre Transaktionspreise künstlich hochzuhalten.

Die Messung und Bestimmung von Kosten (und Nutzen) einer harten Preisabrede ist schwierig und aufwändig. Gleichzeitig gibt es eine eindeutige Schadenstheorie, die besagt, dass in aller Regel davon auszugehen ist, dass harte Abreden von Transaktionspreisen ökonomisch schädlich sind. Ein Verbot von Preisabreden mit dem Verzicht auf den Nachweis des Schadens ist in diesem Fall ökonomisch effizient. Zudem führt die Sanktionierung dieser relativ klar definierten Verhaltensweise zu einer abschreckenden Wirkung. Unternehmen wissen, dass sie Transaktionspreise nicht absprechen dürfen und sind sich klar bewusst, wenn sie es trotzdem tun. Natürlich gilt es, die in Abschnitt 2.3.1 illustrierte Ambivalenz horizontaler Abreden zu berücksichtigen: Nicht jede «horizontale Wettbewerbsabrede» ist ein Kartell in Form einer expliziten Absprache von Transaktionspreisen.

Nachweis von Schädlichkeit ist wichtig

Neben dem geschilderten Fall, indem eine allgemeine Regel effizient sein kann, verdeutlicht nachfolgendes Beispiel aus dem Themenbereich der Vertikalabreden (in Anlehnung an Budzinski und Haucap, 2019, S. 11 ff.), dass der Nachweis tatsächlicher Schädlichkeit wichtig sein kann, um den Fehler in der Beurteilung zu reduzieren. Eine bestimmte Vertikalbeschränkung sei beispielsweise in 15 Prozent aller Fälle nicht wettbewerbskonform und in 85 Prozent aller Fälle hingegen schon. Selbst wenn die Wettbewerbsbehörde in 80 Prozent der Fälle ohne vertiefte Prüfung der Wirkung zum korrekten Ermittlungsergebnis kommt, ist mit erheblichen Fehlentscheiden zu rechnen.

Der Fehler erster Art ist zwar relativ gering: in 17 Prozent aller Fälle wird ein wettbewerbskonformes Verhalten fälschlicherweise als wettbewerbswidrig eingestuft.²⁶ Hingegen liegt bei diesem Zahlenbeispiel nur in 41 Prozent aller Fälle, die die Behörde als wettbewerbswidrig einstuft, tatsächlich auch ein wettbewerbswidriges Verhalten zugrunde.²⁷ Hier auf eine vertiefte Prüfung zu verzichten, liefe darauf hinaus, einen erheblichen volkswirtschaftlichen Schaden in Kauf zu nehmen, da in weniger als der Hälfte aller als wettbewerbswidrig eingestuften Verhalten tatsächlich auch wettbewerbswidriges Verhalten zugrunde liegt.

Die Kosten von Fehlentscheiden müssen berücksichtigt werden

«Die optimale Balance von Fehlern erster und zweiter Art zu finden, ist eine der Kernaufgaben der Wettbewerbspolitik. Zu diesem Zweck müssen die Kosten aus Fehlern erster und zweiter Art eingeschätzt werden und effiziente Kartellrechtsregeln als auch, komplementär dazu, effiziente Institutionen und Verfahren der Kartellrechtsdurchsetzung gefunden werden» (Haucap, 2014, S. 179).

²⁶ In 85% der Fälle ist das Verhalten tatsächlich wettbewerbskonform. Die Untersuchung liefert in 20% der Fälle aber ein falsches Ergebnis. Daraus folgt, dass in 17% (=20% von 85%) der Fälle ein wettbewerbskonformes Verhalten fälschlicherweise als wettbewerbswidrig eingestuft wird.

²⁷ Die Behörde schliesst in zwei möglichen Fällen auf wettbewerbswidriges Verhalten. Erstens, wenn das Verhalten tatsächlich wettbewerbswidrig ist und die Untersuchung dies auch entdeckt (80% von 15% = 12%). Zweitens, wenn das Verhalten tatsächlich nicht wettbewerbswidrig ist, die Untersuchung aber fälschlicherweise auf wettbewerbswidriges Verhalten schliesst (20% von 85% = 17%). Von allen als wettbewerbswidrig eingestuften Fällen (12% + 17% = 29%), sind somit nur 41% (= 12/29) der Fälle tatsächlich wettbewerbswidrig.

Die Kosten für Unternehmen von WEKO-Verfahren sind unterschiedlicher Art und können beträchtliches Ausmass annehmen:

- Hohe Verfahrenskosten, die mehrere Millionen Franken betragen können (direkte Verfahrenskosten, mehrere ökonomische und/oder rechtliche Gutachten, Anwaltskosten, Bindung interner Ressourcen);
- Auswirkungen auf das Geschäftsmodell während der Verfahrensdauer. Das mit dem untersuchten Verhalten einhergehende Geschäftsmodell kann nicht weitergeführt oder weiterentwickelt werden;
- Die Unternehmung erleidet einen Reputationsschaden und muss zusätzlich Kosten für Public Relations in Kauf nehmen;
- Während einem laufenden WEKO-Verfahren können die Finanzierungsmöglichkeiten (z. B. Bankkredite) sowie Nachfolgeregelungen und Verkäufe beeinträchtigt sein;
- Das Unternehmen muss möglicherweise ein aufwändiges Stakeholdermanagement betreiben;
- Bussgeld.

Das Ausmass der Kosten ist teilweise von dem institutionellen Design und dem Instrumentenkatalog abhängig. So steigen durch die Verhängung von Sanktionen die Kosten direkt (durch die Sanktion selbst). Sie erhöhen zusätzlich den Reputationsschaden, da Sanktionen eine stärkere stigmatisierende Wirkung haben als eine reine Unterlassungsverfügungen oder ähnlich. Sanktionen eignen sich auch besser für die mediale Berichterstattung. Sanktionen führen möglicherweise zu längeren Verfahren, weil solche Verfügungen der WEKO von den Unternehmen eher angefochten werden als Verfahren ohne Sanktionen.²⁸ Fehlentscheide der Behörde potenzieren sich, da die Signalwirkung des Entscheides auch das Verhalten der anderen Unternehmen beeinflussen.

Den Kosten für die Unternehmen ist der gesellschaftliche Nutzen aus einer Stärkung des Wettbewerbs gegenüberzustellen. Falls das Verhalten der Unternehmung tatsächlich den wirksamen Wettbewerb behinderte und die Wettbewerbsbehörde dies korrekt erkannt und das Verhalten unterbunden hat, resultiert eine Wohlfahrtsteigerung. Wird zudem eine hohe Sanktion verhängt, hat dies abschreckende Wirkung auf andere Unternehmen, so dass auch andere Unternehmen davon absehen, die sanktionierte Verhaltensweise anzuwenden.

Ein optimales Abwägen zwischen den verschiedenen möglichen Fehlentscheidungen und damit einhergehenden Kosten ist schwierig zu erreichen. Es handelt sich hier um keine exakte Wissenschaft. Die vorangehende Diskussion veranschaulicht aber, dass das Ausmass wettbewerbsökonomischer Ambivalenz zwingend in der Ausgestaltung der Instrumente zu berücksichtigen ist.

Die Wahrscheinlichkeiten, ob bestimmte Verhaltensweisen schädlich sind oder nicht, können evidenzbasiert angenähert und angepasst werden. Idealerweise sollten die Anwendung von Perse-Regeln und die Anforderungen an die Plausibilität der Schadenstheorie auf empirischer Evidenz basieren. In Situationen ohne eindeutige Schadenstheorie und damit hoher wettbewerbsökonomischer Ambivalenz sollten die Auswirkungen grundsätzlich fallbasiert und detailliert untersucht werden. Dabei muss unbedingt vermieden werden, dass Wettbewerbsbehörden eine selbstreferenzielle Tendenz entwickeln: Jeder Fall, den die Behörde untersucht, muss unabhängig von vorherigen Fällen betrachtet werden. Wenn jedoch in mehreren Fällen dasselbe oder ein

²⁸ Diese Vermutung könnte anhand einer Untersuchung der in den letzten Jahrzehnten geführten WEKO-Verfahren überprüft werden. Dies würde aber den Rahmen der vorliegenden Studie sprengen.

ähnliches Urteil gefällt wird, kann diese Evidenz genutzt werden, um zukünftige Untersuchungen zu verkürzen und auf weitere detaillierte quantitative Untersuchungen zu verzichten. Da die Schweiz relativ klein ist, kann auch internationale Evidenz aus ähnlichen Sachverhalten hinzugezogen werden. Im Laufe der Zeit entsteht so eine Evidenzsammlung, die zeigt, welche «Symptome» in welchem Kontext mit welcher Wahrscheinlichkeit auf wettbewerbsschädliches Verhalten hinweisen. Dieser evidenzbasierte «more economic approach» kann von der Wettbewerbsbehörde in Form von Bekanntmachungen dokumentiert werden, um klarzustellen, welche Verhaltensweisen kartellrechtlich unbedenklich sind (Safe-Harbor-Regeln).

3.3 Differenzierung des Beweismasses mittels Vermutungstatbeständen

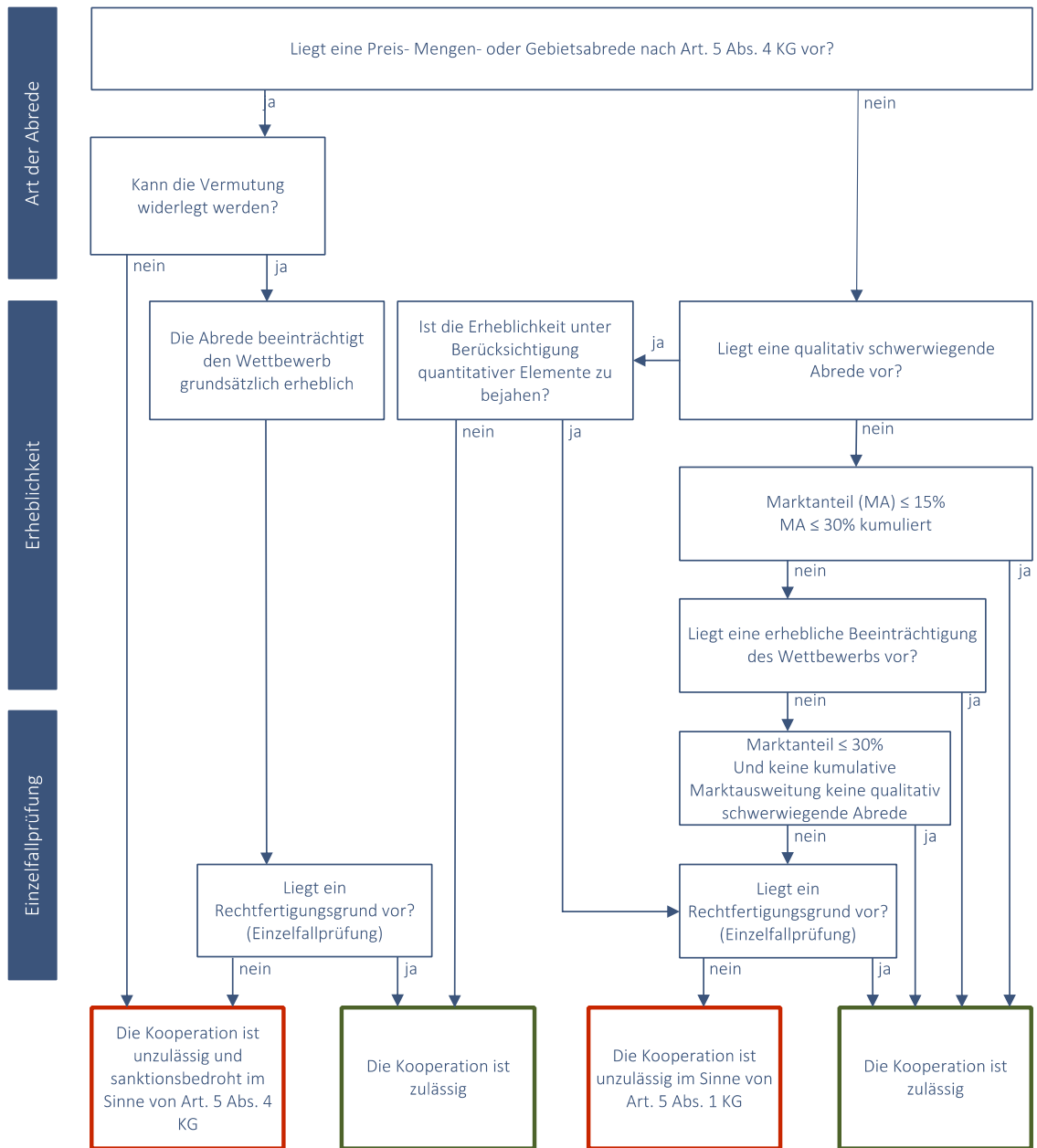
Die aktuelle Kartellgesetzgebung trägt der Ambivalenz von Abreden im Rahmen der Architektur des Art. 5 KG in gewissem Umfang Rechnung. Erstens wird gefragt, ob eine Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) vorliegt. Zweitens wird geprüft, ob diese den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Für die Vermutungstatbestände bei horizontalen (Art. 5 Abs. 3 KG) und vertikalen (Art. 5 Abs. 4 KG) Abreden wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs angenommen. Falls die Vermutung bspw. bei «Restwettbewerb» widerlegt werden kann, wird drittens nach Art. 5 Abs. 1 geprüft, ob die Abrede geeignet ist, eine erhebliche (nicht bloss geringfügige) Wettbewerbsbeeinträchtigung tatsächlicher und potenzieller Art zu bewirken. Ist dies der Fall, gilt es viertens nach Art. 5 Abs. 2 lit a KG zu prüfen, ob die damit allenfalls verbundenen Effizienzvorteile überwiegen (Effizienzrechtfertigung), und zwar ohne gleichzeitig wirksamen Wettbewerb – als Garant für die Weitergabe der Effizienzvorteile – zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. b KG). Nach unserem Kenntnisstand gab es bisher jedoch noch keinen Fall, bei dem die Effizienzrechtfertigung gelungen ist.

Beim Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 4 geht es um vertikale Abreden «[...] über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden». Im Bundesgerichtsurteil in Sachen Gaba (Bundesgericht BGE, 2016) werden entsprechende Vermutungstatbestände als grundsätzlich erheblich qualifiziert. Doch während die Erheblichkeit bisher jeweils zu prüfen war, wird sie auf der Grundlage des richterlichen Präjudizes – ausgenommen Bagatellfälle – nunmehr vorausgesetzt.

Damit gilt faktisch ein Art Per-se-Verbot der genannten Vertikalabreden. Die qualitative Erheblichkeit wird zu einer Per-se-Erheblichkeit. Die WEKO muss sich insofern nicht mehr mit der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs beschäftigen. Wie wir vorangehend argumentiert haben, ist ein evidenzbasierter Einsatz von Per-se-Regeln ökonomisch durchaus vertretbar. Es ist jedoch fraglich, ob für sämtliche in Art. 5 KG erwähnten Vermutungstatbestände eine derartige «Vereinfachung» der Ermittlungen gleichsam zu rechtfertigen ist, insbesondere bei Vertikalabreden.

Aus wettbewerbsökonomischer Sicht ist es ambivalent, bei vertikalen Abreden zu intervenieren, solange die involvierten Unternehmen nicht marktmächtig sind. Die WEKO trägt der Ambivalenz bei vertikalen Wettbewerbsabreden im Rahmen der Möglichkeit einer Einzelfallprüfung Rechnung (vgl. dazu Abbildung 3), hat also theoretisch nach wie vor die Möglichkeit, weniger die «Erheblichkeit» und mehr die «Effizienzprüfung» ins Zentrum der materiellen Fallbeurteilung zu stellen.

Abbildung 3 Prüfschema der WEKO für die Beurteilung vertikaler Abreden



Das Prüfschema zeigt auf, dass bei (direkt sanktionierbaren) Wettbewerbsabreden die Erheblichkeit im Sinne des bundesgerichtlichen Präjudizes grundsätzlich unabhängig von den konkreten Wettbewerbswirkungen der Abrede zu bejahen ist (vgl. auch WEKO, 2017), jedoch weiterhin im Sinne einer Einzelfallprüfung Rechtfertigungsgründe geprüft werden sollen. Die differenzierte Prüfung, die sich an den Marktanteilen orientiert, erfolgt nur für Abreden ausserhalb der Vermutungstatbestände.

Quelle: Weko, 2022, 12 (Anhang).

4 Politökonomische Sicht auf staatliche Institutionen

Erschwerend zur ambivalenten ökonomischen Wirkung bestimmter Verhaltensweisen und der damit verbundenen Unsicherheit bei Entscheidungen kommen politökonomische Rahmenbedingungen hinzu, die es kritisch zu würdigen gilt. Die Ökonomie beschäftigt sich ausführlich mit politökonomischen Problemen im Zusammenhang mit Regulierung. Demgegenüber scheint die Berücksichtigung von Informationsasymmetrien, individuellen Anreizen etc. bei der Analyse der Wettbewerbsbehörden und deren institutionellen Ausgestaltung nur eine untergeordnete Rolle zu spielen.

Wir argumentieren, dass die Kombination politökonomischer Betrachtungen mit dem Vorhandensein wettbewerbsökonomischer Ambivalenz wertvolle Hinweise auf die Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden liefert. Wichtig sind in diesem Kontext:

- Principal-Agent-Probleme, die auf Informationsasymmetrien (Parteien gegenüber den Behörden, Sekretariat der WEKO gegenüber den Gerichten, Sekretariat der WEKO gegenüber WEKO) zurückzuführen sind.
- Interessenkonflikte: politische Einflüsse, Lobbying etc.
- Regulatory Capture: Regulierende Behörden werden von Industrien vereinnahmt, die sie eigentlich regulieren sollten, oder von der Politik, Konsumentenorganisationen, Berufsverbänden etc.
- Beurteilung der Sanktionen, Bonusregelung und einvernehmliche Regelung unter Berücksichtigung der Ambivalenz.

4.1 Individuelle Interessen der Behördenmitarbeitenden spielen eine Rolle

Mitglieder einer Wettbewerbsbehörde (im Folgenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Behörden oder kurz «Bürokraten»²⁹) verfolgen wie alle anderen Individuen in einer Volkswirtschaft eigene Interessen. Buchanan (Dennis Holme Robertson zitierend) weist darauf hin, dass eine Existenzberechtigung des Ökonomen darin bestehe, die Gesellschaft darauf hinzuweisen, beim Institutionendesign sparsam mit der Notwendigkeit umzugehen, bei den Entscheidungsträgern «Liebe» vorauszusetzen (Tullock, 1965, S. 1).

«Politökonomische Analysen der Kartellrechtsdurchsetzung fehlen [...] mit wenigen Ausnahmen (bspw. Budzinski & Christiansen 2005 zur Kompetenzverteilung der Wettbewerbsbehörden innerhalb der EU) fast völlig. Der typische industrieökonomische Beitrag geht noch immer von einer wohlinformierten und wohlmeinenden Kartellbehörde ohne Eigeninteressen in einem sozialen Vakuum aus. Eine von Public Choice-Ansätzen geleitete Theorie der Kartellrechtsdurchsetzung ist nahezu nicht existent, die Beiträge von Tollison (1983) und Shughart & McChesney (2010) sind hier bemerkenswerte Ausnahmen.» (Budzinski und Haucap, 2019, S. 4)

Individuelle Motive, Impulse und Wünsche verschwinden nicht einfach mit dem Eintauchen des Bürokraten in die administrative Hierarchie (Tullock, 1965, S. 2). Behörden und Richter gewinnen sowohl Nutzen aus der Durchsetzung des Gesetzes als auch aus der Befriedigung ihrer Eigeninteressen. Es wäre zu optimistisch davon auszugehen, dass die Eigeninteressen deckungsgleich mit der Zielfunktion des Gesetzgebers sind. «Wenn es aber zu einem Konflikt zwischen Gemein- und Eigeninteressen kommt, dann beeinflusst die institutionelle Ausgestaltung in erheblicher Weise, welche Interessen sich durchsetzen (vgl. dazu auch Kovacic, 2012a, Hyman &

²⁹ Der Begriff «bureaucrat» wird in der ökonomischen Literatur wertneutral verwendet.

Kovacic, 2013). Auch hierzu besteht weiterer Forschungsbedarf.» (Budzinski und Haucap, 2019, S. 21).

Bei der Analyse der Wettbewerbsbehörden ist es zielführend, auch für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Behörden und Gerichten eingeschränkte Rationalität («bounded rationality») zu unterstellen. Dies insbesondere deshalb, weil – im Gegensatz zu Mitarbeitern in Unternehmen – die korrigierenden Marktkräfte fehlen, die ungenügendes Verhalten «aussortieren» würden. Es gibt schliesslich kein «Wettbewerb der Kartellbehörden mit Marktaustritt von ineffizienten oder falsch entscheidenden Behörden». (Budzinski und Haucap, 2019, S. 10).

Die ökonomische Literatur betrachtet verschiedene Motive, die die Entscheidungen von Behördenmitgliedern mitbeeinflussen:

- Karriereentwicklung: Bürokraten streben nach Beförderungen, höheren Löhnen und Positionen mit mehr Einfluss.
- Budget-Maximierung: Behördenmitglieder maximieren das Budget ihrer Institution, weil dies mit einer Zunahme von Macht und Einfluss einhergeht. Mit einem Ausbau der eigenen Institution steigen zudem die Arbeitsplatzsicherheit, die Karrieremöglichkeiten und die Löhne (Niskanen, 2017).
- Budzinski und Haucap nehmen auf Niskanen Bezug und schreiben: «Ein Kernelement der ökonomischen Theorie der Bürokratie ist die Erkenntnis, dass auch Behörden und ihre Mitarbeiter Eigeninteressen verfolgen. Hierzu gehören insbesondere Wachstums- und Reputationseffekte» (Budzinski und Haucap, 2019, S. 14). Die Behördenmitglieder neigen dazu, ihren Aufgabenbereich und ihren Instrumentenkatalog ständig auszuweiten.
- «Reputationsgewinne dürften dabei vor allem mit erfolgreich abgeschlossenen Verfahren einhergehen, während verlorene Verfahren – beispielsweise Niederlagen vor (Berufungs-, Revisions-) Gerichten – Reputationsverluste bewirken dürften. Die Stärke der Effekte hängt dabei in beide Richtungen vermutlich einerseits von der Frequenz der Erfolge/Misserfolge und andererseits von der Prominenz der Fälle (bspw. dem Medienecho oder der politischen Bedeutung) ab» (Budzinski und Haucap, 2019, S. 15).
- Aus Reputationsgründen besteht ein Anreiz, Fälle aufzugreifen, die ein grosses Medienecho und politisch-gesellschaftliche Beachtung geniessen (Budzinski und Haucap, 2019, S. 17). Als Folge davon besteht auch ein Anreiz, dass die Behörde bzw. die führenden Behördenmitglieder diese Fälle im Sinne der politisch-gesellschaftlichen Erwartungen entscheiden.
- Regulatory Capture und Rent Seeking (Stigler, 1971): Wer vereinnahmt die Wettbewerbsbehörde zu ihren Zwecken? Unternehmen können die Wettbewerbsbehörde nutzen, um unliebsame Wettbewerber fernzuhalten oder sich Zugang zu Gütern und Infrastruktur von anderen Unternehmen zu verschaffen, ohne sich im Wettbewerb behaupten zu müssen. Die Wettbewerbsbehörden sind in Gefahr, von ineffizienten Wettbewerbern instrumentalisiert zu werden, so dass anstatt des Wettbewerbs einzelne Wettbewerber geschützt werden. Zusätzlich sehen sich die Wettbewerbsbehörden politischem Druck beispielsweise von Seiten der Konsumenten und Konsumentenverbänden ausgesetzt, die weniger den Wettbewerb als ihre Partikularinteressen schützen wollen (z. B. Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz). Die Behördenmitglieder können sich dem politischen Druck, «endlich etwas dagegen zu tun», nicht beliebig entziehen. Mainstream-Auffassungen zu ignorieren, schadet dem Ruf im öffentlichen Raum und könnte die Karriereaussichten beeinträchtigen.

Bezüglich des letzten Punktes gilt es festzuhalten, dass der Wettbewerb keine Lobby hat. Die Stärkung des Wettbewerbs kann sich gegen die kurzfristigen Interessen wichtiger Stakeholder wenden. Die wohlfahrtsfördernden Effekte dynamischen Wettbewerbs sind ex ante nicht oder zumindest nicht einfach messbar. Sie bleiben diffus, da der Wettbewerb ein Instrument ist, das den Trial-und-Error-Prozess der Unternehmen kanalisiert. Was genau das Ergebnis dieses Trial-und-Error-Prozesses ist, steht nicht im Vorhinein fest. Weder Unternehmen noch Politiker oder Behörden können wissen, was das nächste erfolgreiche Produkt ist, das den Konsumenten nutzen erhöht. Hingegen sind die unmittelbaren kurzfristigen Effekte besser erkennbar und politisch instrumentalisierbar. Die höheren Preise, die sich möglicherweise in der Schweiz zu halten drohen, sind einfacher für die eigene Agenda zu verargumentieren (sog. statische Effizienz), als die mittelfristigen Effekte auf Innovation, Qualität und (Neu-) Ausrichtung von Unternehmen (sog. dynamische Effizienz).

Zur genannten realistischeren Sicht auf die Motivation von Behördenmitgliedern kommen verhaltensökonomische Herausforderungen hinzu. Eine ausführliche Diskussion derselben findet sich in Haucap (2014). Speziell zu erwähnen ist hier der sogenannte «confirmation bias».

Beim «confirmation bias» (Bestätigungsfehler) handelt es sich um die Neigung, vor allem nach Information und Evidenz zu suchen, die die eigene Position bestätigt und Informationen, die dieser Position widersprechen auszublenden. Darunter fällt auch das Problem einer selbstreferenziellen Praxis. Weil Wettbewerbsbehörden primär vor Gericht bestehen wollen, tendieren sie dazu, ihre Entscheidungen nicht nur wettbewerbsökonomisch zu fundieren, sondern mit ihren eigenen und vor allem bisherigen gerichtlichen Entscheidungen zu begründen und in Einklang zu bringen, was – wie wir oben bereits festgestellt haben – den Lerneffekt reduziert. Aufgrund der wettbewerbsökonomischen Ambivalenz sind Fehlentscheidungen zu erwarten. Die Behörde wird, selbst wenn sie nach bestem Wissen und Gewissen und mit fachlicher Kompetenz Fälle beurteilt, unweigerlich Fehler machen. Dies liegt in der Natur der Sache und muss nicht auf mangelnde Kompetenz der Behörde zurückzuführen sein. Deshalb ist eine laufende Neubeurteilung, unabhängig von vergangenen Entscheiden, wichtig. Externe Evaluationsmassnahmen können hier eine gewisse Abhilfe schaffen.

In diesem Zusammenhang ist die öffentliche Wahrnehmung der Behörde und deren Mitgliedern zu beachten. Das Eingestehen von Fehlentscheiden und das Revidieren von Einschätzungen ist für die Behörde heikel. Insbesondere dann, wenn Unternehmen von der Wettbewerbsbehörde sanktioniert werden, ist eine spätere Korrektur des Entscheides (möglicherweise erst im Rahmen eines neuen Falles) schwierig. Ein öffentliches Eingestehen, Unternehmen fälschlicherweise gebüsst zu haben, ist nicht zu erwarten. Einzelne Fälle gehen durch die Gerichtsinstanzen, womit die WEKO mindestens theoretisch hinterfragt und korrigiert werden kann.

4.2 Informationsasymmetrien

Zusätzlich zu den politökonomischen Erkenntnissen, die es bei der Ausgestaltung von Institutionen zu berücksichtigen gilt, sind Informationsasymmetrien zu beachten. In kartellrechtlichen Untersuchungen gibt es Informationsasymmetrien auf verschiedenen Ebenen. Keine einzelne Person oder Stelle hat umfassendes und korrektes Wissen über alle sachverhaltsrelevanten Informationen.

Information ist nur dezentral vorhanden und die Sammlung von Information kann kaum objektiv erfolgen. Personen, die über Informationen zu einem relevanten Sachverhaltsbereich verfügen, haben in der Regel Anreize, diese nicht interessensfrei zu kommunizieren. Es kommt zu selektiver und verzerrter, mitunter sogar zu falscher Berichterstattung. Diese Probleme werden

in der ökonomischen Literatur im Zusammenhang mit der Delegation von Kompetenz ausführlich thematisiert.

Informationsasymmetrien bestehen auf verschiedenen Ebenen:

- Unternehmen verfügen über detailliertere Kenntnisse zu ihrem eigenen Verhalten und dem Markt, in dem sie aktiv sind, als die Wettbewerbsbehörden. Sie verfügt nicht über dieses spezifische Firmen- und Branchenwissen. Gleichzeitig kann sich die Behörde nicht vollständig auf die Auskunft der beschuldigten Partei und anderen Marktakteure verlassen, da diese einen Anreiz haben, ihre Information nicht vollständig bzw. verzerrungsfrei zu übermitteln.
- Die Wettbewerbsbehörde verfügt über Ermittlungsinstrumente, mit denen sie ein umfassenderes Bild über die Positionen und Verhalten der Marktakteure gewinnen kann. Ein oft eingesetztes Instrument sind Befragungen von Marktakteuren. Das Design dieser Fragen sowie die möglicherweise nicht interessensfreie Beantwortung derselben ist immer wieder Gegenstand von Auseinandersetzungen zwischen Behörde und Unternehmen. Die verwendeten Fragebögen werden deshalb immer wieder stark kritisiert.
- Die Behörde kann Daten einfordern und auswerten. Die beschuldigte Partei verfügt nicht über dieselben Möglichkeiten, da sie insbesondere nicht andere Marktteilnehmer zur Abgabe (teilweise sensibler) Daten auffordern kann. Obwohl der beschuldigten Partei zwar die Möglichkeit offensteht, über Dritte (z. B. ökonomische Beratungsunternehmen) Einsicht in die Daten zu nehmen und diese selbst auswerten zu lassen, werden die Bedingungen in solchen «Datenräumen» nicht symmetrisch geregelt. Die Behörde hat deutlich mehr Zeit, um verschiedenste Auswertungen vorzunehmen. Die Partei wird dagegen selbst während der Dateneinsicht überwacht; und alle von der Partei dort vorgenommenen Auswertungen können von der Behörde nachträglich auch eingesehen werden.

Informationsasymmetrien lassen sich nicht vollständig beseitigen, da sie – wie auch die wettbewerbsökonomische Ambivalenz – in der Natur der Sache liegen. Es ist aber wichtig, diese Limitationen zu erkennen. Im Zusammenspiel mit den politökonomischen Motiven und den verhaltensökonomischen Fallstricken sind Informationsasymmetrien zwingend bei der institutionellen Ausgestaltung zu berücksichtigen.

4.3 Wirkung von Sanktionen, einvernehmliche Regelungen und Bonusregelung

Die Wettbewerbsbehörde kann unter anderem für gewisse Wettbewerbsabreden Sanktionen verhängen und zur Erleichterung der Entdeckung von Kartellen Sanktionen für «Whistle-Blower» ganz oder teilweise erlassen. Sie kann zudem mit den beschuldigten Parteien einvernehmliche Regelungen treffen und das Verfahren dadurch wesentlich verkürzen.

Sanktionen werden in der ökonomischen Literatur vor allem damit begründet, dass sie abschreckende Wirkung erzeugen. Hohe Strafen entfalten präventive Wirkung. Damit wird der positive Effekt der Beseitigung der Abrede im untersuchten Einzelfall potenziert. Andere Unternehmen werden davon abgehalten, sich ebenfalls an solchen oder ähnlichen Abreden zu beteiligen.

Die Entdeckung von Kartellen ist herausfordernd, weil die an einem Kartell beteiligten Unternehmen gerade darum bemüht sind, im Versteckten zu operieren. Der Sanktionserlass für Unternehmen, die zwar selbst an einer Abrede beteiligt sind, diese aber gegenüber der WEKO offenlegen, soll helfen, Kartelle vermehrt zu entdecken. Mit solchen «Leniency-Programmen (in der Schweiz als «Bonusregelung» bekannt) werden Kartelle weniger attraktiv und die Verfahrenskosten können gesenkt werden.

Zusammenfassend:

- Sanktionen entfalten präventive Wirkung und erhöhen die Compliance
- Bonusregelungen (Kronzeugenregelung) erhöhen die Wahrscheinlichkeit, Absprachen und Missbräuche aufzudecken und senken die Verfahrenskosten
- Einvernehmliche Regelungen sparen Kosten und verkürzen die Verfahren

Interessanterweise werden diese Instrumente in der ökonomischen Literatur weitestgehend mit Kartellen motiviert. Es wird vorausgesetzt, dass der zugrundeliegende Kartellrechtsverstoss ein Hardcore-Preiskartell ist, bei dem sich mehrere Unternehmen explizit auf überhöhte Transaktionspreise abgesprochen haben. Anders ausgedrückt: Die ökonomischen Modelle setzen voraus, dass es gar keinen Fehler erster oder zweiter Art (vgl. Kapitel 3.2) gibt.³⁰ Das Verhalten der Unternehmen unterliegt keinerlei wettbewerbsökonomischer Ambivalenz. Sowohl die Wirkung der Abrede ist klar wohlfahrtsschädlich und die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind sich bewusst, dass sie gegen das geltende Kartellrecht verstossen.

Wie verhält es sich aber mit der Optimalität von Sanktionen und Bonusprogrammen, wenn die wettbewerbsökonomische Ambivalenz Rechnung getragen wird? Schliesslich sind in der Schweiz nicht nur explizite Kartelle sanktionsbedroht, sondern sämtliche unter Art 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG aufgeführten Vermutungstatbestände sowie unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG; und wie in Kapitel 2 dargelegt, besteht je nach Verhaltensweise Unsicherheit darüber, ob diese Verhaltensweisen im konkreten Kontext tatsächlich wohlfahrtsschädigende Wirkung haben.

Sanktionen können nur abschrecken, wenn das Verhalten klar schädlich und erkennbar ist

Bei der Bekämpfung von Kartellen wird, wie bereits erwähnt, oft die Analogie zu Verkehrsdelikten zur Illustration herangezogen. Bezogen auf die wettbewerbsökonomische Ambivalenz könnte diese dahingehend adaptiert werden, dass eine Fahrzeuglenkerin ihr genaues Fahrttempo nicht jederzeit kennt und die Polizei über keine genauen und objektiven Geschwindigkeitsmessverfahren verfügt. Die Lenkerin weiss also gar nicht, ob sie sich strafbar verhält und die Polizei verfügt nur über ungenaue Messungen, die einen erheblichen Interpretationsspielraum zulassen.

Bei einer solchen Ausgangslage sind Strafen, die zur Abschreckung bewusst hoch angesetzt werden, weder opportun noch zielführend. Da unklar ist, wann ein Verhalten tatsächlich schädlich ist, wirkt die Abschreckung nicht gezielt, sondern diffus. Dies kann dazu führen, dass Unternehmen wegen des Sanktionsrisikos nur noch zurückhaltend agieren und gewisse Geschäftsmodelle, die durchaus kompetitiv sein könnten, aus Vorsicht vor der Wettbewerbsbehörde gar nicht erst umsetzen.

Es ist deshalb fraglich, ob Sanktionen immer noch die volkswirtschaftlich gewünschten Wirkungen entfalten können, falls wesentliche Unsicherheiten über die schädliche Wirkung einer konkreten Verhaltensweise vorliegen.

³⁰ Es gibt kaum ökonomische Literatur, die Leniency-Programme unter der Annahme untersucht, dass die Schädlichkeit der Abrede nicht sicher ist und es somit zu juristischen Fehlern kommen kann. Ausnahmen sind die beiden Arbeitspapiere von Pavlova und Shastitko (2014) sowie Ghebrihiwet und Motschenkova (2010).

Ökonomisch besteht zwar ein Tradeoff zwischen Sanktionshöhe und Ermittlungskosten. So können hohe Sanktionen die Ermittlungskosten senken, da die abschreckende Wirkung der Sanktion dazu führt, dass kaum Ermittlungen nötig sind. Diesem Tradeoff steht aber die wettbewerbsökonomische Ambivalenz entgegen, denn Behörden und Gerichte können Fehler machen und das Verhalten von Unternehmen falsch beurteilen: «Judges and prosecutors will always mischaracterize some competitive or efficiency-enhancing behavior as horizontal collusion [...]» (Block und Sidak, 1980, S. 1138).

Fehleinschätzungen durch Behörden und Gerichte können nur durch die Inkaufnahme höherer Ermittlungskosten reduziert werden. Solange also genügend Ambivalenz bestehen bleibt, sind aufwändige Untersuchungen nötig, um Fehler zu vermeiden. Sanktionen sind kein Substitut dafür, denn Erkenntnisgewinn ist nur durch die Untersuchung des Sachverhalts und nicht durch abschreckende Sanktionen möglich. Erst wenn genügend Sicherheit über die Wirkung von konkreten Verhaltensweisen besteht, können die Untersuchungskosten reduziert und Sanktionen erhöht werden: «If judges and prosecutors can mischaracterize fewer and fewer cases as involving anticompetitive behavior, policymakers will have greater ability to trade smaller enforcement levels for higher penalties without exposing managers of innocent firms to additional and costly risk bearing» (Block und Sidak, 1980, S. 1138 f.).

Das Problem überträgt sich auch auf die Bonusregelung (Sanktionserlass für Whistle-Blower). Auch hier geht die ökonomische Literatur mehrheitlich davon aus, dass keinerlei Fehler erster und zweiter Art vorliegen (siehe beispielsweise Marvão und Spagnolo, 2018; Motta und Polo, 2003). Wirkt jedoch die Sanktionsdrohung aufgrund der wettbewerbsökonomischen Ambivalenz diffus anstatt gezielt, führen Sanktionsbefreiungsprogramme möglicherweise dazu, dass zu viele Unternehmen vorsichtshalber Verhalten bei den Wettbewerbsbehörden melden, die möglicherweise gar nicht wohlfahrtsschädlich sind. Berücksichtigt man dazu noch verhaltensökonomische Aspekte, wie der oben erwähnte «confirmation bias», können Sanktionen und Bonusregelungen zu einer zu restriktiven Kartellrechtsdurchsetzung führen. Die zu vielen Anzeigen im Rahmen von Bonusprogrammen münden in zu vielen Untersuchungen durch die Wettbewerbsbehörden. Die Wettbewerbsbehörde als *Ermittlungsbehörde* sucht nach Evidenz und gräbt sich zu stark ein, sucht also mitunter zu wenig nach entlastenden Argumenten (also nicht «in dubio pro reo»).

Einvernehmliche Regelungen

Da es sowohl im Interesse der Wettbewerbsbehörden als auch der Unternehmen ist, ein Verfahren schnell und kostengünstig abzuschließen, ohne ein vollständiges Beweisverfahren durchzuführen, werden einvernehmliche Regelungen eingesetzt. Einvernehmliche Regelungen sollten somit verfahrensabkürzende Schuldeingeständnisse der angeklagten Partei sein. Auch hier ist aber zu untersuchen, wie die Behörden einvernehmliche Regelungen einsetzen können, wenn die wettbewerbsökonomische Ambivalenz hoch ist. Eine hohe Ambivalenz drückt sich dadurch aus, dass die schädliche Wirkung im konkreten Kontext nicht offensichtlich ist (es gibt keine eindeutigen Schadenstheorien) bzw. quantitativ schwer zu bestimmen ist. Die Verfahren sind deshalb sehr aufwendig und führen möglicherweise zu gerichtlichen Auseinandersetzungen, falls die beschuldigte Partei das Verfahren an das BVGer weiterzieht. Es ist plausibel, dass die Wettbewerbsbehörden gerade in den ambivalenten Fällen die Sanktionsdrohung zusammen mit dem Angebot einvernehmlicher Regelungen dazu benutzen kann, der beschuldigten Partei Eingeständnisse abzurufen und das Verfahren abzukürzen. Wird die einvernehmliche Regelung angenommen, kommt es zu keiner «echten» Klärung der Ambivalenz. Die Wettbewerbsbehörde kann hingegen das Verfahren mit einem Erfolg abschließen, was im Interesse der Behördenmitarbeiterinnen und -mitarbeiter ist.

Vorliegende politökonomische Betrachtung von Behörden und die wettbewerbsökonomische Ambivalenz geben Anlass dazu, die bestehenden Instrumente der Wettbewerbsbehörden zu überprüfen. Hohe Sanktionen, Bonusregelungen und einvernehmliche Regelungen haben unerwünschte wohlfahrtsschädigende Nebenwirkungen.

5 Ansätze zu einer Verbesserung der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden

Unsere bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass wettbewerbsökonomische Ambivalenz gepaart mit einer politökonomischen Sicht auf die Behörden wertvolle Hinweise zur Verbesserung des institutionellen Settings liefern können. Die Arbeit an dieser Thematik zeigt insbesondere auf, dass im Vergleich zur politökonomischen Literatur zu sektorspezifischen Behörden die entsprechende Forschung bezogen auf Wettbewerbsbehörden nur bruchstückhaft vorliegt bzw., «dass zur Frage des optimalen institutionellen Designs von Kartell- und Regulierungsbehörden unter Berücksichtigung politökonomischer, verhaltensökonomischer und institutionenökonomischer Erkenntnisse weiter grosser Forschungsbedarf besteht.» (Budzinski and Haucap, 2019, 25)

In diesem Kapitel leiten wir Anhaltspunkte für eine Verbesserung der institutionellen Ausgestaltung der Schweizer Wettbewerbsbehörden ab. Dabei bleiben wir auf einer hohen Abstraktionsebene. Die Ansätze haben nicht alle dieselbe Tragweite und können Wechselwirkungen aufweisen, die wir vorliegend nicht behandeln.

5.1 Stärkung des kontradiktorischen Verfahrens

Die politökonomischen Überlegungen haben gezeigt, dass Wettbewerbsbehörden nur bedingt Anreize haben, Fehler einzugestehen und der ökonomischen Ambivalenz des unternehmerischen Verhaltens dadurch Rechnung zu tragen. Politökonomische Motive (Karrierestreben und Stärkung der eigenen Institution, Wahrnehmung in Öffentlichkeit und Medien) sowie verhaltensökonomische Aspekte (v. a. «confirmation bias») führen dazu, dass einmal eingeschlagene Wege kaum mehr in Frage gestellt werden. Nach Eröffnung einer Untersuchung besteht die Tendenz, die eigene Vermutung bestätigen zu wollen und entlastende Evidenz und Argumente weniger Bedeutung beizumessen.

Wurde zudem eine Untersuchung mit einer Hausdurchsuchung bei der beschuldigten Partei eröffnet, sind die Hürden für die Behörden noch höher. In der Schweiz muss ein Mitglied des Präsidiums der WEKO die Hausdurchsuchung des Sekretariats genehmigen. Die Entscheidung, ein solches einschneidendes Vorgehen zu genehmigen, bringt die WEKO in eine gewisse Abhängigkeit und beeinflusst die Würdigung des ihr später vom Sekretariat unterbreiteten Antrags. Käme die WEKO zum Schluss, dass die beschuldigte Partei unschuldig ist, würde sie damit gleichsam ihren ursprünglichen Entscheid zur Durchführung einer Hausdurchsuchung in Frage stellen. Die entsprechende mediale Resonanz wäre wahrscheinlich unangenehm.

Selbstverständlich sind Behördenmitglieder nicht von Eigeninteressen getrieben. Sie nehmen ihren Auftrag in der Regel ernst. Die politökonomische Literatur macht aber eindringlich darauf aufmerksam, dass Eigeninteressen ebenfalls eine wichtige Rolle spielen und nicht vernachlässigt werden dürfen. Deshalb sind Behördenmitglieder wie alle anderen Akteure aus (verhaltens-)ökonomischer Sicht jeweils als von Eigeninteressen beeinflusste Individuen zu betrachten. Das

folgende Zitat trifft nicht nur auf Politiker, sondern auch auf die von der Politik beauftragten Behördenvertreter zu:

«[...] many politicians rationalize their own actions in terms of the greater good, and there is no need to discuss whether they believe their own rationalizations. The important feature [...] is that the politicians act in ways that would advance their careers» (Tullock, 1965, S. 29).

Politiker unterliegen anders als Behördenexponenten sogar einem gewissen Wettbewerb, da sie sich regelmässig dem politischen Wettbewerb in Form von Wahlen stellen müssen. Bei Behörden ist somit die Notwendigkeit von Korrekturen durch eine gute Governance noch wichtiger. Eine robuste institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden muss deshalb zwingend die Eigeninteressen der Behördenmitglieder beachten und diese sogar stärker betonen, als sie sich in Wirklichkeit manifestieren mögen. Nur Institutionen, die auch in Anbetracht starker Eigeninteressen der sie bevölkernden Individuen ihren Zweck erfüllen, sind verlässlich. Es ist nicht ratsam, Institutionendesigns zu etablieren, die darauf abstellen, dass ihre Mitarbeiter und Führungspersonen «bessere» Menschen sind als alle übrigen volkswirtschaftlichen Akteure.

Da kartellrechtliche Untersuchungen oft eine hohe wettbewerbsökonomische Ambivalenz aufweisen, ist es zentral, dass Vorkehrungen getroffen werden, damit der Sicht der beschuldigten Partei genügend Rechnung getragen wird und vom Sekretariat möglichst unabhängige Stellen den Sachverhalt kritisch würdigen. Dazu bieten sich verschiedene Massnahmen mit unterschiedlicher Eingriffstiefe an.

Stärkung der Parteisicht und Parteirechte im Sekretariat der WEKO

Das Sekretariat muss ergebnisoffen ermitteln. Eine Stärkung der Rolle des Chefökonom und seines Teams könnte diesem Anliegen Rechnung tragen. Das Chefökonom-Team ist nicht Teil des ermittelnden Fall-Teams. Es muss bei der Erstellung der Schadenstheorie (theory of harm und allfälliger quantitativen Auswertungen angehört werden und Mitspracherecht haben. Allenfalls ist sogar eine explizite Einschätzung des Chefökonom in den Antrag des Sekretariats aufzunehmen.

Die Parteisicht könnte noch weiter gestärkt werden, indem innerhalb des Sekretariats ein explizites Verteidigungs-Team geschaffen wird. Bei Untersuchungen müsste nebst dem eigentlichen Fall-Team jeweils ein Partei(en)-Team geschaffen werden, das den Auftrag hat, die Partei bestmöglich zu verteidigen. Im Antrag des Sekretariats können anschliessend die Erwägungen beider Teams aufgenommen und gewürdigt werden.

Mit der Empfehlung einer besseren Trennung zwischen Untersuchung und Entscheid zielt auch der Expertenbericht des Bundesrates in diese Richtung. Das Sekretariat soll die Untersuchung konsequent ohne Einbezug der WEKO durchführen, um die Unabhängigkeit der WEKO beim Entscheid zu stärken.

Im Expertenbericht des Bundesrates wird zudem der Einsatz eines sogenannten Anhörungsbeauftragten erwogen. So liesse sich sicherstellen, dass das Sekretariat der WEKO den beschuldigten Unternehmen das vorläufige Beweisergebnis, die erhobenen Vorwürfe und die geplanten Rechtsfolgen mitteilt, sobald die wesentlichen Ermittlungen abgeschlossen sind. Einen solchen Anhörungsbeauftragten setzt die EU im Rahmen ihrer wettbewerbsrechtlichen Institutionen ein. Er ist unabhängig von der Generaldirektion Wettbewerb und hat zu gewährleisten, dass die Verfahrensrechte der Parteien in Wettbewerbsverfahren effektiv gewahrt werden:

«Um zu gewährleisten, dass die Verfahrensrechte der Parteien, der anderen Beteiligten [...], der Beschwerdeführer [...] und der anderen Personen [...] sowie von Dritten [...] in Wettbewerbsver-

fahren effektiv gewahrt werden, sollte eine in Wettbewerbsfragen erfahrene unabhängige Person, die aufgrund ihrer Integrität geeignet ist, die Objektivität, Transparenz und Effizienz solcher Verfahren zu fördern, damit betraut werden, die Wahrung dieser Rechte sicherzustellen» (Präsident EU Kommission, 2011, Erwägungsgrund 4).

«Das Mandat [dieser Person] sollte so ausgestaltet sein, dass die effektive Wahrung der Verfahrensrechte in Kommissionsverfahren [...] insbesondere bezüglich des Anspruchs auf rechtliches Gehör gewährleistet ist» (Präsident EU Kommission, 2011, Erwägungsgrund 9).

Unabhängigkeit und Fachkompetenz der WEKO stärken

Die WEKO muss die erste Instanz sein, die das Ermittlungsergebnis des Sekretariats unabhängig prüft. Dazu muss sichergestellt werden, dass die WEKO vor der Übermittlung des Antrags des Sekretariats in keiner Weise in die Ermittlungen einbezogen wird. Beispielsweise müsste davon abgesehen werden, dass ein Mitglied der WEKO Hausdurchsuchungen genehmigt.

Die Anträge des Sekretariats sind teilweise sehr umfangreich und enthalten statistische, ökonomische Auswertungen. Es ist zwar davon auszugehen, dass die WEKO-Mitglieder den Antrag sorgfältig prüfen, wobei nicht alle Mitglieder über die fachliche Kompetenz verfügen, um die Analysen des Sekretariats im Detail kritisch zu würdigen. Deshalb sollte die WEKO die Möglichkeit haben (bzw. nutzen), externe ökonomische Gutachten bzw. «Second Opinion» zu beauftragen. Dabei prüfen die Gutachter die Argumente des Sekretariats und können gegebenenfalls auch die Datenerhebungen, Datenaufbereitung und die darauf beruhenden Analysen kritisch würdigen.

Die Zusammensetzung der WEKO ist zu prüfen. Die ursprüngliche Absicht, Interessensvertreter in die Kommission aufzunehmen, damit die Rechtsunterworfenen die Entscheide der Kommission besser akzeptieren würden, hat sich in der Praxis nicht bewährt. Die WEKO steht dadurch vielmehr im Verdacht, spezifische Einzelinteressen zu berücksichtigen. Ihr Auftrag ist jedoch, nicht Wettbewerber wirksam zu schützen, sondern den wirksamen Wettbewerb. Der Schutz des Wettbewerbs läuft oft Einzelinteressen entgegen, da weder einzelne Unternehmensgruppen (Schutz der KMUs) noch Arbeitnehmer- und Konsumenteninteressen geschützt werden sollen.

Die Empfehlungen des Expertenberichts des Bundesrates zielen ebenfalls in diese Richtung: Die Kommission soll zwar als Milizbehörde weitergeführt, aber verkleinert werden: Die WEKO soll in der Absicht einer Professionalisierung und Stärkung gegenüber dem Sekretariat von heute 11-15 auf 5-7 Mitglieder verkleinert und die Pensen der Mitglieder aufgestockt werden.

Mit Blick auf die Transparenz der Entscheidungsfindung der Kommission ist zu prüfen, ob Kommissionsmitgliedern die Möglichkeit eingeräumt werden soll, Minderheitsmeinungen darzulegen. Dadurch würde der Ambivalenz besser Rechnung getragen werden können. Die Gerichte können bei einem allfälligen Weiterzug des Verfahrens diese Minderheitspositionen bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen.

Institutionalisierte Ex-post-Evaluation von WEKO und Sekretariat

Die Arbeit von Sekretariat und WEKO wird bisher keiner regelmässigen inhaltlichen ex-post-Evaluation unterzogen. Aufgrund der Tragweite der WEKO-Entscheiden für Unternehmen und Volkswirtschaft könnte, eine Art «Evaluationsbehörde» geschaffen werden. Hierzu kann man

sich an der Monopolkommission in Deutschland orientieren. Sie ist als ein «unabhängiges Beratungsgremium» aufgestellt, das die «Bundesregierung und gesetzgebende Körperschaften auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik, des Wettbewerbsrechts und der Regulierung berät».³¹

Die Monopolkommission führt unter anderem eigene Analysen bestimmter Branchen und Märkte durch und würdigt – durch das deutsche Kartellrecht zwingend vorgegeben – in zweijährigem Rhythmus die kartellrechtliche Entscheidungspraxis in öffentlichen Gutachten. Insbesondere letzteres könnte der zentrale Auftrag einer solchen Evaluationsbehörde in der Schweiz sein. Sie würde sich regelmässig zu den Entscheiden der WEKO äussern. Da sie als eine unabhängige Behörde aufgestellt ist, kann sie sich auch kritisch gegenüber den Entscheiden der WEKO äussern und über die Zeit auch relevante (ökonomische) Grundlagen schaffen, auf die sich die WEKO bzw. deren Sekretariat in ihren Untersuchungen beziehen kann. Die Monopolkommission in Deutschland hat zu diesem Zweck ein uneingeschränktes Recht, die ungeschwärtzten Verfahrensakten des Bundeskartellamtes einzusehen.

Der Bedarf einer solchen unabhängigen Evaluation der Arbeit von WEKO und Sekretariat würde insbesondere bei zunehmendem diskretionären Regulierungsspielraum zunehmen, also bei erweitertem Instrumentenkatalog der WEKO und, wenn sich die WEKO im Zusammenhang mit Marktmacht im Rahmen von Sektoruntersuchungen oder «market investigations» verstärkt der Untersuchung von Märkten anstatt von Unternehmen zuwendet (vgl. unseren Ansatz in Abschnitt 5.3).

Eine solche Evaluationsbehörde könnte auch die Arbeit des Bundesverwaltungsgerichts unterstützen, da dieses die Analysen und die Expertise dieser Fachbehörde bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigen kann.

Alternativ könnte als unabhängiges Beratergremium eine Beobachtungsinstitution fungieren, wie sie beispielsweise für die Schweizerische Nationalbank vom «SNB Observatory» wahrgenommen wird.

Mehr Fachkompetenz beim Bundesverwaltungsgericht

Das Schweizerische Bundesverwaltungsgericht (BVGer) verfügt über volle Kognition. Es hat somit die Befugnis (und hinsichtlich der wettbewerbsökonomischen Ambivalenz auch die Pflicht), den Sachverhalt vollständig und uneingeschränkt zu prüfen. Es kann somit einen Fall vollständig neu beurteilen.

Das BVGer verfügt derzeit jedoch lediglich über eine einzige Ökonomenstelle. Diese ökonomische Fachperson muss zudem sämtliche Themengebiete des Gerichts abdecken. Damit das BVGer bei WEKO-Fällen tatsächlich eine vollständige Prüfung des Sachverhalts innert kurzer Frist vornehmen kann, ist eine Stärkung der ökonomischen Fachkompetenz unabdingbar. Die mangelnde ökonomische Sachkompetenz beim BVGer gehört zu den dringendsten Baustellen bei der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden.

Ergänzend zu einem Ausbau der Kompetenz innerhalb des BVGer sollte dieses (vermehrt) Gerichtsgutachten beauftragen können, wie dies beispielsweise in Österreich regelmässig der Fall ist. Diese Gutachten werden von ökonomisch versierten Fachleuten (z. B. Universitätsprofessoren) verfasst. Damit liesse sich Kompetenz nach Bedarf zukaufen, ohne den Personalbestand des BVGer unnötig aufzublähen.

³¹ Vgl. <https://www.monopolkommission.de/de/monopolkommission.html> (aufgerufen am 2.7.2024).

In Anlehnung an den Expertenbericht vertritt auch der Bundesrat die Ansicht, dass das Beschwerdeverfahren vor dem BVGer zu stärken ist. Zur Verfahrensbeschleunigung und Stärkung der ökonomischen Expertise sollen für Kartellrechtsfälle (nebenamtliche) Fachrichterinnen und -richter eingesetzt werden.

5.2 Reduktion von Informationsasymmetrien

Das Sekretariat der WEKO verfügt über umfangreichere Möglichkeiten, Informationen und Daten zu erheben. Von diesen Möglichkeiten sollte, soweit möglich, auch die beklagte Partei zur Sammlung entlastender Evidenz profitieren können.

Beim Einsatz von Fragebögen durch das Sekretariat könnte der Partei die Möglichkeit eingeräumt werden, beim Design mitzuarbeiten bzw. dazu Stellung zu nehmen. Eine weiterführende Massnahme wäre, dass es der Partei selbst erlaubt wird, einen Fragebogen an dieselben Adressaten zu erstellen, die das Sekretariat zu befragen beabsichtigt. Das Sekretariat müsste dann Antworten zu den eigenen als auch zu den Fragen der Partei erheben.

Die Rohdaten aus der Befragung sollten der Partei rechtzeitig während der laufenden Untersuchung zur Verfügung gestellt werden. Ist es aus Datenschutzgründen nicht möglich, die Daten der beschuldigten Partei zu übermitteln, kann dies an eine entsprechende unabhängige und fachkundige Vertretung der Partei erfolgen, selbstverständlich unter den dazu notwendigen Vertraulichkeitsvereinbarungen.

Erhebt das Sekretariat Daten zur statistischen und ökonometrischen Analyse, wird der beschuldigten Partei heute die Möglichkeit gegeben, die Berechnungen des Sekretariats in einem sogenannten Datenraum zu prüfen und eigene Berechnungen anzustellen. Die Arbeit im Datenraum erfolgt nach spezifischen Regeln an mit dem Sekretariat vereinbarten Tagen unter Aufsicht durch Personal des Sekretariats. Die im Rahmen der Analysen im Datenraum verwendeten Codes und Berechnungsmodelle kann das Sekretariat einsehen.

Im Gegensatz zum Sekretariat hat somit die beschuldigte Partei bzw. der von ihr beauftragte ökonomische Gutachter nicht die Möglichkeit, die Daten in Ruhe und ohne Beobachtung durch das Sekretariat in den eigenen Büroräumlichkeiten über mehrere Tage hinweg aufzubereiten und auszuwerten. Es ist auf diese Weise die Möglichkeit verwehrt, frei Hypothesen zu testen und Vermutungen anzustellen, da diese vom Sekretariat allenfalls verwendet werden könnten.

Die Partei kann im Rahmen der Dateneinsicht nur die Daten analysieren, die das Sekretariat erhoben hat. Da das Sekretariat vermutlich die Datenerhebung mit Blick auf ihre Schadenstheorie gestaltet, wäre hier eine Mitsprache der Partei notwendig. Vergleichbar mit unserem oben gemachten Vorschlag bezüglich der Fragebögen, sollte der Partei die Möglichkeit gegeben werden, ergänzende oder alternative Datenerhebungen vorzuschlagen. Es sollten auch alternative Nicht-Schadenstheorien überprüft werden können.

Die Bestrebungen, quantitative Auswertungen vorzunehmen, sind zu begrüßen. Gerade vor dem Hintergrund des Fortschritts bei den technischen Hilfsmitteln, haben die Möglichkeiten für entsprechende Analysen zugenommen. Es sollte auf jeden Fall geprüft werden, inwiefern die Rahmenbedingungen für Sekretariat und Partei symmetrischer gestaltet werden können, damit die Analysen auf Augenhöhe erfolgen können.

5.3 Umgang mit Sanktionen bei der Analyse von Marktmachtmissbrauch

Die wettbewerbsökonomische Ambivalenz und die Gefahr, dass nicht rein dem wirksamen Wettbewerb verpflichtete Behördenmitarbeiter ihre Instrumente strategisch einsetzen, verlangen danach, die bestehenden Instrumente kritisch zu prüfen. In einem aktuellen Bericht beschäftigt sich auch die OECD mit dem Instrumentenkatalog der Wettbewerbsbehörden (OECD, 2023). Sie thematisiert dabei insbesondere folgende Punkte:

- Einführung neuer Instrumente um Abhilfemassnahmen (Remedies) ohne Wettbewerbsverstoss zu verhängen (als Ergebnis von Marktuntersuchungen): Dieses Bedürfnis leitet sich primär aus den digitalen Märkten ab, die von sehr grossen Unternehmen geprägt sind (siehe dazu auch Motta u. a., 2022).
- Einsatz von «Regulatory Sandboxes»: Diese erlauben Unternehmen neue Geschäftsmodelle zu testen, ohne während dieser zeitlich begrenzten Phase Gefahr zu laufen, von der Wettbewerbsbehörde für allfällige Kartellrechtsverstösse bestraft zu werden.
- In Deutschland ist im Jahr 2021 mit §19a GWB eine zusätzliche Art Ex-ante Aufsicht über besonders marktmächtige Plattformen eingeführt worden. Dabei kann das Bundeskartellamt Plattformen «mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb» ex ante bestimmte Auflagen in Bezug auf ihr Verhalten machen und bestimmte Dinge untersagen. Es ist quasi das Gegenstück zur Safe Harbor-Regel und eine Art besonders verschärfter Missbrauchsaufsicht, die aber den Unternehmen die Unsicherheit nimmt, was sie dürfen und was nicht, weil sie ex ante darüber eine Mitteilung bekommen.
- Kritische Untersuchung von Firmenzusammenschlüssen unterhalb der Meldeschwellen: Hier gilt ein besonderes Augenmerk den sogenannten «killer acquisitions» (siehe dazu beispielsweise Letina u. a., 2024), bei denen ein etabliertes Unternehmen ein junges innovatives Zielunternehmen erwirbt, um die Entwicklung dessen Innovationen einzustellen. Sie treten insbesondere in der Pharma-Industrie und in digitalen Märkten auf. In der Schweiz ist in diesem Zusammenhang auf das etablierte Instrument der Feststellung der Markbeherrschung zu verweisen, die den Meldezwang für alle Zusammenschlussvorhaben nach sich zieht (z. B. Swisscom).
- Stärkerer Einsatz von vorsorglichen Massnahmen und Richtlinien.

Die Überlegungen des OECD-Roundtables sind zwar stark von digitalen Märkten geprägt und insbesondere vor dem Hintergrund der Herausforderungen im Umgang mit sich rasch verändernden Geschäftsmodellen zu verstehen. Sie zeigen aber auf, mit welchen Instrumenten in Situationen mit hoher wettbewerbsökonomischer Ambivalenz gearbeitet werden könnte.

Sanktionen erachten wir in solchen Umfeldbedingungen als ein wenig geeignetes Instrument, weshalb man Marktmachtmissbrauch (Art. 7 KG) von der Sanktionsdrohung befreien könnte. Einerseits ist Marktmachtmissbrauch für Unternehmen ex ante nicht klar definiert. Sie ist abhängig von einer spezifischen Marktabgrenzung und davon, dass das missbräuchliche Verhalten nur von einer marktmächtigen, nicht aber von sich im Wettbewerb befindlichen Unternehmen angewendet wird. Letzteres bedingt eine fallspezifische kontrafaktische Analyse.

Andererseits sind oft marktstrukturelle Gegebenheiten für das Entstehen von Marktmacht verantwortlich. Dies zeigt sich insbesondere bei digitalen Märkten, die aufgrund von Netzwerkeffekten und «market tipping» («competition for the market») geprägt sind. Aber nicht nur in digitalen Märkten können strukturelle Eigenschaften das Entstehen von Marktmacht begünstigen.

Hier ist beispielsweise an den Schweizer Finanzmarkt³² zu denken oder auch an regionale Märkte, die durch knappe natürliche Ressourcen, wie beispielsweise Kieswerke und Abfalldeponien gekennzeichnet sind. Es wäre deshalb zu prüfen, ob für die WEKO das Instrument der Sektoruntersuchungen, wie es beispielsweise Deutschland und Grossbritannien kennen, einzuführen ist.

5.4 Einsatz von Safe-Harbor-Regeln insbesondere bei Vertikalvereinbarungen

Die wettbewerbsökonomische Ambivalenz manifestiert sich zwischen zwei Polen: Einerseits sind explizite Kartelle klar schädlich und deshalb ohne ein strenges Erfordernis des Nachweises der Auswirkungen zu bekämpfen. Andererseits sind Vertikalvereinbarungen oft wohlfahrtsfördernd, da sie eine bessere Koordination der ökonomischen Aktivitäten ermöglichen und «die wirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen».³³

Richtlinien der Wettbewerbsbehörden, die klarstellen, welche Verhaltensweisen unter welchen Rahmenbedingungen als unschädlich betrachtet werden, könnten insbesondere bei Vertikalvereinbarungen zu weniger und kürzeren Verfahren, mehr Rechtssicherheit und Wohlfahrtsgewinnen führen. Das Prüfschema des Sekretariats der WEKO (vgl. Abbildung 3) deutet bereits daraufhin, wie solche Safe-harbor-Regeln ausgestaltet werden könnten. In Anlehnung an das Vorgehen in der EU könnten Unternehmen, die nur einen geringen Marktanteil aufweisen, von den Bestimmungen zu Vertikalvereinbarung ganz ausgenommen werden. Grund dafür ist, dass die negativen Auswirkungen von Vertikalvereinbarungen in der Regel vom Ausmass der Marktmacht abhängen. Solange genügend Wettbewerb zwischen den Unternehmen herrscht, führt der Wettbewerb in der Regel dazu, dass sich die potenziell negativen Auswirkungen nicht realisieren können:

«An efficient policy towards vertical restraints would grant exemption to all the vertical restraints and mergers of firms which do not have large market power. From the operational point of view, it would seem a good proxy to exempt firms with market shares below, say, 20-30% (as in the new regime created in the EU, except that practices such as RPM are black listed. [...])» (Motta, 2004, S. 378)

Das Aufkommen von Safe Harbors wird historisch als Beweis für die erfolgreiche Integration der ökonomischen Analyse in das Kartellrecht und als wesentliche Verbesserung betrachtet, wobei deren Bedeutung in jüngster Zeit wieder gesunken ist (Edwards and Wright, 2016, 1205 f.). Das moderne Kartellrecht kennt Safe Harbors in zahlreichen Ländern (OECD, 2017) und auch für diverse Wettbewerbsthemen wie z. B. Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse.

Sichere Häfen und Rechtsvermutungen sind Instrumente, die Wettbewerbsbehörden einsetzen können, um ihre knappen Ressourcen effizienter zu nutzen. Vor allem bei der Analyse von Fusionen und Übernahmen haben sich sichere Häfen als Screening-Instrument zur (Nicht-)Durchführung einer vertieften Prüfung bewährt. Im Rahmen einer faktischen wettbewerbspolitischen

³² Die WEKO hat an ihrer Jahresmedienkonferenz vom 30. April 2024 im Zusammenhang mit der Übernahme der CS durch die UBS empfohlen, Sektoruntersuchungen für die WEKO einzuführen.

³³ Siehe [EU-Verordnung](#) über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen vom 10. Mai 2022.

Teilverbotspraxis könnten Instrumente vergleichbar der Gruppenfreistellung, wie sie die EU für den Kraftfahrzeugsektor³⁴ kennt, das Kartellrecht durchaus institutionell sinnvoll ergänzen.

5.5 Erste Beurteilung der vorgeschlagenen Ansätze

Die in den vorangegangenen Abschnitten diskutierten Ansätze zur Verbesserung der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden sind auf einer hohen Abstraktionsebene und weisen unterschiedliche Tragweiten auf. Für die konkrete Umsetzung sind sie detaillierter auszugestalten und zu untersuchen. Trotzdem soll im Folgenden eine erste indikative und qualitative Bewertung vorgenommen werden. Als Kriterien betrachten wir:

- Welchen politökonomischen Aspekten respektive Problemen tragen die Ansätze hauptsächlich Rechnung?
- Inwieweit wird der ökonomischen Ambivalenz und damit der Unsicherheit bei den Entscheidungen Rechnungen getragen?
- Wie administrativ aufwändig wäre die Umsetzung der vorgeschlagenen Ansätze? Neben den direkten Kosten der Massnahmenumsetzung spielt hier auch die Frage, welche gesetzgeberischen Massnahmen ggf. mit der Einführung des Ansatzes verbunden sind eine Rolle.

These 1 Stärkung des kontradiktorischen Verfahrens

Die Stärkung des kontradiktorischen Verfahrens kann beispielsweise über

- die Stärkung Parteisicht und Parteirechte im Sekretariat WEKO (Stärkung des Chefökonom, Aufbau eines internen Verteidigungsteams oder Einführung des Anhörungsbeauftragten),
- die Stärkung der Unabhängigkeit und Fachkompetenz der WEKO (Hausdurchsuchung nicht durch WEKO-Mitglied auslösen, Second Opinion durch externe Gutachter zulassen, Zusammensetzung WEKO überprüfen, Minderheitsmeinungen in Entscheiden ausweisen),
- eine Ex-post-Evaluation der Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden oder
- den Aufbau von mehr Fachkompetenz beim Bundesverwaltungsgericht (Aufbau ökonomischer Fachkompetenz, Beizug von Gerichtsgutachtern)

erfolgen.

Der Fokus der Massnahmen liegt auf der Stärkung der Robustheit der Institutionen gegenüber polit- und verhaltensökonomischen Effekten. Durch die Stärkung des kontradiktorischen Verfahrens sollen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden an verschiedenen Stellen des Verfahrens kritisch beurteilt werden können. Durch den Einbezug solcher «Checks and Balances» sowohl innerhalb der Behörde als auch durch die vorgeschlagene Ex-post-Evaluation kann der ökonomischen Ambivalenz in den Verfahren besser Rechnung getragen werden. Viele der Ansätze sind organisatorischer Natur und folglich mit relativ geringen administrativen Kosten verbunden. Mit mehr Aufwand verbunden dürften die institutionalisierte Ex-post-Evaluation der Wettbewerbsbehörden sein.

³⁴ <https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/motor-vehicles-block-exemption-from-european-union-competition-law.html>

These 2: Informationsasymmetrien sind zu reduzieren

Die Reduktion der Informationsasymmetrie kann beispielsweise über

- Den Einbezug der Parteien bei Datenabfragen oder
 - die verbesserten Möglichkeiten der Datenanalyse durch die Parteien
- erfolgen.

Durch den Einbezug der Parteien bei der Datenerfassung und der verbesserten Möglichkeiten zur Datenauswertung werden vor allem Grundlagen geschaffen, damit die unterschiedliche ökonomische Ambivalenz in den verschiedenen Verfahren besser erkannt und entsprechend mit einem angepassten Instrumenteneinsatz darauf reagiert werden kann. Die Umsetzung dieser Massnahmen sind mit niedrigen Kosten verbunden.

These 3: Instrumenteneinsatz ist der ökonomischen Ambivalenz anzupassen

Vor allem bei Fragen des Marktmachtmissbrauchs und den Vertikalabreden ist die ökonomische Ambivalenz besonders ausgeprägt. Dieser Tatsache sollte bei der Ausgestaltung der Instrumente Rechnung getragen werden. So sollte der Fokus bei Marktmachtmissbrauch auf Verhaltensanpassungen und nicht auf Sanktionen liegen. Ergänzend können Sektoruntersuchungen sinnvoll sein. Diese ermöglichen es dem Sekretariat ex ante, transparente und sektorspezifische Verhaltensregeln festzulegen. Safe-Harbor-Regeln schliesslich erhöhen die Rechtssicherheit und vermeiden unnötige Verfahren. Diese Regeln sollen klarstellen, unter welchen Bedingungen bestimmte Verhaltensweisen als kartellrechtlich unbedenklich gelten. Somit adressieren diese Massnahmen das Problem der ökonomischen Ambivalenz. Kostenseitig sind insbesondere die Sektoranalysen mit mehr Aufwand verbunden, sofern diese entsprechend vertieft vorgenommen werden.

6 Fazit

Oft ist es schwierig, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen eindeutig zu identifizieren und zu beurteilen. Unternehmen streben nach Gewinn. Eine Vorrangstellung im Markt und damit einhergehende hohe Gewinne sind der unternehmerische Lohn für eine erfolgreiche Orientierung an den Kundenbedürfnissen. Um dies zu erreichen, müssen sich Unternehmen oft auch koordinieren (insbesondere wertschöpfungsstufenübergreifend); und viele Transaktionen finden gar nicht erst auf Märkten statt, sondern werden kooperativ innerhalb der Unternehmung selbst getätigt.

Weder diese Koordination der Tätigkeiten noch das Streben nach einer Vorrangstellung im Markt sind Verhalten, die den wirksamen Wettbewerb behindern. Selbst wer einmal einen Vorsprung im Wettbewerb erzielt hat, muss ständig damit rechnen, dass seine vorteilhafte Marktposition angegriffen wird – sofern keine erheblichen Markteintrittsbarrieren bestehen. Kein Unternehmen kann sich als Marktführer ausruhen, sondern muss sich ständig weiterentwickeln und immer wieder erneut durch ein attraktives Preis-Leistungsverhältnis die Kunden überzeugen.

Wirksamer Wettbewerb ist das Resultat unternehmerischen Handelns, nicht dessen Ziel. Das Verhalten eines einzelnen Unternehmens ist meistens ein unzureichender Indikator für die Auswirkungen, die sich aus der Summe der Handlungen und Entscheidungen verschiedenster Unternehmen und Akteure auf dem Markt ergeben.

Kartellrechtsdurchsetzung bedeutet Entscheiden unter Unsicherheit

Wir zeigen auf, dass kartellrechtliche Entscheidungen aufgrund der wettbewerbsökonomischen Ambivalenz immer mit Fehlentscheidungen einhergehen. Fehler erster Art (Unschuldige werden schuldig gesprochen) und zweiter Art (Schuldige werden freigesprochen) sind unvermeidbar, weshalb eine Berücksichtigung der Kosten solcher Fehlentscheidungen notwendig ist.

Natürlich geht es hier nicht um eine exakte Wissenschaft und das Abwägen zwischen den möglichen Fehlern und eine optimale Ausbalancierung der Kosten von Fehlentscheidungen mit dem Nutzen korrekter Entscheidungen ist schwierig. Wir betonen in diesem Zusammenhang lediglich die Notwendigkeit, sich an Schadentheorien zu orientieren. Bei Vorliegen eindeutiger Schadentheorien kann auf die aufwändige Abklärung der Auswirkungen verzichtet werden. In solchen Fällen sind Per-se-Regeln ökonomisch effizient. Sobald jedoch mehrdeutige Schadentheorien und insbesondere plausible Nicht-Schaden-Theorien vorliegen, ist eine Einzelfallbetrachtung erforderlich.

Bei horizontalen Transaktionspreisabsprachen und damit vergleichbaren Mengen- und Gebietsabreden gibt es klare ökonomische Schadentheorien. Die negative Wohlfahrtswirkung ist in der Regel unbestritten. Solches Verhalten ohne Nachweis der ökonomischen Wirkung als schädlich zu identifizieren ist ökonomisch vertretbar. Ebenfalls kann davon ausgegangen werden, dass die Unternehmen in diesen Fällen genau wissen, dass sie dem Kartellrecht zuwiderhandeln. Selbst in diesen Fällen muss die WEKO aber prüfen, ob im spezifischen Einzelfall gut begründete ökonomische Argumente vorgebracht werden können, weshalb das konkrete Verhalten nicht zu einer Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs führt.

Hingegen sind vertikale Abreden in der Regel kompetitiv, da es gute ökonomische Gründe für «Abreden im Vertrieb» gibt. Die Unternehmen führen diese in aller Regel nicht mit der Absicht durch, sich mit Konkurrenten abzusprechen und den Markt unter sich aufzuteilen. Sie koordinieren damit vielmehr komplementäre Aktivitäten über mehrere Wertschöpfungsstufen hinweg, um sich im Markt gegenüber ihren Konkurrenten besserzustellen. Eine qualitative und quantitative Untersuchung der Wirkung ist in diesen Fällen notwendig.

Politökonomische Sicht auf staatliche Institutionen

Angesichts der meist ausgeprägten und virulenten wettbewerbsökonomischen Ambivalenz gilt es ein besonderes Augenmerk auf die Wettbewerbsbehörden aus einer politökonomischen Perspektive zu werfen.

Es darf nicht davon ausgegangen werden, dass die Behörden lediglich einem höheren Auftrag folgend immer das gesellschaftliche Optimum zum Ziel haben und sich gänzlich diesem verschrieben haben. Wie alle übrigen volkswirtschaftlichen Akteure unterliegen auch Behördenmitglieder Eigeninteressen und verhaltensökonomischen Phänomenen. Karriereentwicklung, Budget-Maximierung und Reputationsgewinne beeinflussen ihre Entscheide. Die politökonomische Literatur betont das Streben der Behördenmitglieder ihre Institution auszubauen, was zu einer Ausweitung ihrer Aufgabenbereiche und Instrumentenkataloge führt.

Ebenso besteht die Gefahr, dass Behörden von Industrien und Interessensorganisationen vereinnahmt werden («regulatory capture»), so dass ineffiziente Wettbewerber geschützt werden, anstatt der Wettbewerb gefördert wird. Zudem können politische Einflüsse und Lobbying die Entscheidungsprozesse der Wettbewerbsbehörden verzerren.

Eine realistischere Sicht auf die Motivation von Behördenmitgliedern, kombiniert mit verhaltensökonomischen Herausforderungen wie dem Bestätigungsfehler, zeigt die Notwendigkeit einer laufenden Neubeurteilung und externer Evaluationsmassnahmen. Diese Ansätze helfen, die institutionellen Rahmenbedingungen zu verbessern und Fehlentscheidungen zu minimieren.

Differenzierte Beurteilung der Wirkung von Sanktionen, einvernehmlichen Regelungen und Bonusregelung

Schliesslich thematisieren wir ausführlicher drei zentrale Instrumente der WEKO: direkte Sanktionen, einvernehmliche Regelungen und Bonusregelungen (Kronzeugenregelungen). Diese Instrumente sind traditionell dafür gedacht, präventive Wirkung zu entfalten und die Compliance zu erhöhen. Sanktionen sollen abschreckend wirken, Bonusregelungen die Aufdeckung von Kartellen erleichtern und einvernehmliche Regelungen die Verfahrensdauer verkürzen.

Wir betonen jedoch, dass die klassischen ökonomischen Argumente für diese Instrumente hauptsächlich für Hardcore-Kartelle, die Transaktionspreise oder -mengen absprechen, gelten. Im Lichte der wettbewerbsökonomischen Ambivalenz und der politökonomischen Betrachtungen müssen diese Instrumente neu bewertet werden. Es ist fraglich, ob Sanktionen, die bei klar wohlfahrtsschädlichen Verhaltensweisen wie Hardcore-Kartellen wirksam sind, auch bei weniger eindeutigen Fällen die gewünschte präventive Wirkung entfalten können.

Die ökonomische Forschung dazu ist noch nicht weit entwickelt und es gilt zu vermeiden, dass die durchaus nützlichen Effekte von direkten Sanktionen und Bonusregelungen als allgemeingültig betrachtet werden. Vielmehr muss beispielsweise anerkannt werden, dass eine abschreckende Wirkung von Sanktionen nur erzielt werden kann, falls für Unternehmen klar ist, welches Verhalten genau unter Strafe steht. Ansonsten kann eine «diffuse Abschreckung» und ein «Klima der Angst» entstehen, was die Entfaltung eines dynamischen Unternehmertums in der Schweiz behindern kann.

Ansätze zu einer Verbesserung der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden

Auf Basis der identifizierten Herausforderungen schlagen wir mehrere Ansätze vor, um die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden zu verbessern. Diese lassen sich zu drei Thesen zusammenfassen:

These 1: Das kontradiktorische Verfahren ist zu stärken

- Stärkung der Parteisicht und Parteirechte im Sekretariat der WEKO: Stärkung des Chefökonomenteams und/oder Einführung eines Verteidigungsteams innerhalb des Sekretariats, das die Perspektive der beschuldigten Partei vertritt, um eine ausgewogenere Betrachtung zu gewährleisten.
- Unabhängigkeit und Fachkompetenz der WEKO stärken: Untersuchung und Entscheidung trennen, um die Unabhängigkeit der WEKO zu erhöhen.
- Minderheitsmeinungen der WEKO-Mitglieder dokumentieren: Bei WEKO-Entscheidungen sollen Minderheitsmeinungen dargelegt werden, damit die wettbewerbsökonomische Ambivalenz dokumentiert werden kann.
- Institutionalisierte Ex-post-Evaluation von WEKO und Sekretariat: Regelmässige und unabhängige Evaluationen der Arbeit der WEKO, in Anlehnung an die «Kontrollfunktion» der Monopolkommission in Deutschland.

- Mehr Fachkompetenz beim BVGer: Ausbau der ökonomischen Expertise im BVGer, um eine fundierte und umfassende Überprüfung der WEKO-Entscheidungen zu ermöglichen.

Der Fokus dieser Ansätze liegt auf der Stärkung der Robustheit der Institutionen gegenüber politökonomischen und verhaltensökonomischen Effekten. Durch die Stärkung des kontradiktorischen Verfahrens sollen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden an verschiedenen Stellen des Verfahrens kritisch beurteilt werden können. Durch den Einbezug solcher «Checks and Balances» sowohl innerhalb der Behörde als auch durch die vorgeschlagene Ex-post-Evaluation kann zudem der ökonomischen Ambivalenz in den Verfahren besser Rechnung getragen werden. Viele der Ansätze sind organisatorischer Natur und folglich auch mit relativ geringen administrativen Kosten verbunden.

These 2: Informationsasymmetrien sind zu reduzieren

- Aktive Mitgestaltung von Erhebungsinstrumenten wie Fragebögen und den Zugang zu Rohdaten, um die Transparenz und Fairness der Untersuchungen zu erhöhen.
- Die Möglichkeiten der Datenauswertungen können verbessert werden. Partei wie das Sekretariat haben die Möglichkeiten, unter Wahrung der Vertraulichkeit frei Hypothesen zu testen und Vermutungen anzustellen.

Bei diesen Vorschlägen steht der Prozess der Datenerhebung und der Datenauswertung im Fokus. Durch den Einbezug der Parteien und der verbesserten Möglichkeiten zur Datenauswertung werden vor allem Grundlagen geschaffen, damit die unterschiedliche ökonomische Ambivalenz in den verschiedenen Verfahren besser erkannt und entsprechend mit einem angepassten Instrumenteneinsatz darauf reagiert werden kann. Die Umsetzung dieser Massnahmen sind mit niedrigen Kosten verbunden.

These 3: Instrumenteneinsatz ist der ökonomischen Ambivalenz anzupassen

- Verzicht auf Sanktionen bei Marktmachtmissbrauch, dafür ergänzende Sektortuntersuchung: Da die ökonomische Ambivalenz bei der Analyse von Marktmachtmissbrauch oft sehr gross ist, sollte der Fokus auf Verhaltensanpassungen und nicht auf Sanktionen liegen. Ergänzend können Sektoruntersuchungen sinnvoll sein. Diese ermöglichen es dem Sekretariat ex ante, transparente und sektorspezifische Verhaltensregeln festzulegen.
- Einsatz von Safe-Harbor-Regeln insbesondere bei Vertikalvereinbarungen: Einführung von Safe-Harbor-Regeln, um Rechtssicherheit zu erhöhen und unnötige Verfahren zu vermeiden. Diese Regeln sollen klarstellen, unter welchen Bedingungen bestimmte Verhaltensweisen als kartellrechtlich unbedenklich gelten.

Die Massnahmen helfen, vor allem der ökonomischen Ambivalenz, die bei Fragen des Marktmachtmissbrauchs und den Vertikalabreden besonders ausgeprägt ist, Rechnung zu tragen. Insofern adressieren diese Ansätze das Problem der ökonomischen Ambivalenz. Kostenseitig sind insbesondere die Sektoranalysen mit mehr Aufwand verbunden, sofern diese entsprechend vertieft vorgenommen werden.

7 Quellenverzeichnis

- Block, M.K., & Sidak, J.G., 1980. The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then? *Geo. L. J.* 68, 1131–1139.
- Budzinski, O., & Haucap, J., 2019. Kartellrecht und Ökonomik: Institutions Matter! *Ilmenau Economics Discussion Papers*.
- Bundesrat, 2001. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, *Bundesblatt*.
- Coase, R.H., 1937. The Nature of the Firm. *Economica* 4, 386–405.
- Demsetz, H., 1988. The Theory of the Firm Revisited. *Journal of Law, Economics, & Organization* 4, 141–161.
- Edwards, L.M., & Wright, J.D., 2016. The Death of antitrust safe harbors; causes and consequences. *George Mason Law Review* 23, 1205–1250.
- Expertenkommission, 2023. Schlussbericht vom 1. Dezember 2023. Bern.
- Fumagalli, C., Motta, M., & Calcagno, C., 2018. *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, 1. ed. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781139084130>
- Ghebrihiwet, N., & Motchenkova, E., 2010. Leniency Programs in the Presence of Judicial Errors. *SSRN Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1666111>
- Harrington, J.E., 2022. The Anticompetitiveness of a Private Information Exchange of Prices. *International Journal of Industrial Organization* 85, 102793. <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2021.102793>
- Haucap, J., 2014. Wettbewerbspolitik: Implikationen der Verhaltensökonomik, in: *Behavioral Economics und Wirtschaftspolitik*. De Gruyter, S. 175–194. <https://doi.org/10.1515/9783110512045-009>
- Klein, T., & Neurohr, B., 2023. Should Private Exchanges of List Price Information Be Presumed to Be Anticompetitive? *J Ind Compet Trade* 23, 33–57. <https://doi.org/10.1007/s10842-023-00395-1>
- Kohler, S., 2017. *Swiss Antitrust Enforcement between 1995 and 2015 (Bachelor Thesis)*. ZHAW Center for Economic Policy.
- Letina, I., Schmutzler, A., & Seibel, R., 2024. Killer Acquisitions and Beyond: Policy Effects on Innovation Strategies. *International Economic Review* 65, 591–622. <https://doi.org/10.1111/iere.12689>
- Marvão, C., & Spagnolo, G., 2018. Cartels and leniency: Taking stock of what we learnt, in: Corchón, L.C., & Marini, M.A. (Hrsg.), *Handbook of Game Theory and Industrial Organization*, Volume II. Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781788112789.00010>
- Motta, M., 2004. *Competition Policy - Theory and Practice*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Motta, M., Peitz, M., & Schweitzer, H. (Hrsg.), 2022. *Market Investigations. A New Competition Tool for Europe*. Cambridge Univ. Press, Cambridge.
- Motta, M., & Polo, M., 2003. Leniency programs and cartel prosecution. *International Journal of Industrial Organization* 21, 347–379. [https://doi.org/10.1016/S0167-7187\(02\)00057-7](https://doi.org/10.1016/S0167-7187(02)00057-7)

- Niskanen, W.A., 2017. *Bureaucracy and representative government*, 1. ed. Routledge, New York. <https://doi.org/10.4324/9781315081878>
- OECD, 2023. *The Optimal Design, Organisation and Powers of Competition Authorities (OECD Competition Policy Roundtable Background Note)*. OECD.
- OECD, 2017. *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law*. OECD, Paris.
- Pavlova, N., & Shastitko, A., 2014. *Effects of Hostility Tradition in Antitrust: Leniency Programs and Cooperation Agreements*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2426143>
- Phlips, L., 1995. *Competition policy: a game-theoretic perspective*. Cambridge university press, Cambridge.
- Präsident EU Kommission, 2011. *Beschluss des Präsidenten der Europäischen Kommission vom 13. Oktober 2011 über Funktion und Mandat des Anhörungsbeauftragten in bestimmten Wettbewerbsverfahren*.
- Schmidtz, D., 2006. *Elements of justice*. Cambridge University press, Cambridge.
- Schweizerischer Bundesrat, 2009. *Bericht gestützt auf Artikel 59a Kartellgesetz über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen Vom Bundesrat am 25. März 2009 gutgeheissen*. Bern.
- Stigler, G.J., 1971. *The Theory of Economic Regulation*. *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, 3. <https://doi.org/10.2307/3003160>
- Tullock, G., 1965. *The Politics of Bureaucracy*. Public Affairs Press.
- von Weizsäcker, C.C., 2000. *Logik der Globalisierung*, 2. durchgesehene Auflage. ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- WEKO, 2022. *Jahresbericht 2022 der Wettbewerbskommission (WEKO)*.
- WEKO, 2017. *Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek)*. Wettbewerbskommission WEKO, Bern.
- West, J.K., 2007. *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*. OECD Working Paper. <https://doi.org/10.2139/ssrn.988053>
- Wettbewerbskommission, 2024. *Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts*.
- Wettbewerbskommission WEKO, 2020. *Einkaufskooperationen*. *Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)* 2020/2, 405–423.
- Whinston, M.D., 2008. *Lectures on antitrust economics*, 1. paperback ed. ed, *Cairol Lectures series*. MIT Press, Cambridge, Mass.
- Williamson, O.E., 1979. *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*. *The Journal of Law and Economics* 22, 233–261. <https://doi.org/10.1086/466942>

Polynomics AG
Baslerstrasse 44
CH-4600 Olten

www.polynomics.ch
polynomics@polynomics.ch

Telefon +41 62 205 15 70