



Die Wettbewerbskommission glaubt, dass zwei Mobilfunk-Anbieter für die Handy-Nutzer schlechter seien als drei. DUKAS / CONTRASTO

Gefährliche Doppelrolle von Wettbewerbsbehörden

Plädoyer für klarere Trennung von politischem Auftritt und richterlichen Kompetenzen

Bei Wettbewerbsbehörden liegen politische Rolle und richterliche Befugnisse oft nah beieinander. Der Autor fordert mit Blick auf die Kartellgesetzrevision eine klarere institutionelle Trennung.

Daniel Emch

Wettbewerbsbehörden sind heute als quasipolitische Institutionen mit weitgehenden richterlichen Kompetenzen ausgestaltet. Die aktive politische Rolle der Behörden verträgt sich aus rechtsstaatlicher Sicht jedoch nur schlecht mit ihrer Verfügungsgewalt. Im Folgenden wird ein Ansatz skizziert, der den politischen Auftrag der Wettbewerbshüter nicht verhindert und gleichzeitig der Forderung nach einem rechtsstaatlich korrekten Verfahren Rechnung trägt.

Politisch aktive Behörden

Die Wettbewerbskommission (Weko) und der Preisüberwacher verstehen sich als Hüter des Wettbewerbs. Sektorspezifische Regulierungsbehörden, wie etwa die Kommunikationskommission (ComCom) oder die Elektrizitätskommission (ElCom), haben zum Ziel, die Liberalisierung in den jeweiligen Märkten möglichst rasch voranzutreiben. Dabei sind diese Behörden verstärkt auf politischem und medialem Parkett aktiv. Medienmitteilungen erfolgen in einem kämpferischen Ton (etwa: «Weko erhöht mit Feststellung der Marktbeherrschung Druck auf Mobilfunkanbieter»). Die Einflussnahme erfolgt zudem in zahlreichen Interviews, etwa im «Kassensturz», in Reden oder Blogs, die auf den Websites der Behörden publiziert werden. Zudem arbeiten die Behörden in laufenden Verfahren ganz bewusst mit dem Instrument der Medien. Es ist allgemein bekannt, dass gewisse Unternehmen einvernehmliche Regelungen mit dem Preisüberwacher nur deshalb unterzeichnet haben, weil sie andernfalls mit negativen Schlagzeilen hätten rechnen müssen.

Auch die unmittelbare politische Arbeit gehört zum Alltag dieser Behörden. So haben Weko, ComCom und Preisüberwacher am 25. August 2008 einen gemeinsamen Brief an den Bundesrat gerichtet, in dem sie eine erleichterte Überprüfung der Interkonnektions- und Zugangspreise von Telekommunikationsunternehmen verlangten. Konkret wurde eine bereits ausformulierte Änderung des Fernmeldegesetzes bean-

tragt. Begründet wurde die Forderung mit dem Umstand, dass es den alternativen Fernmeldediensteanbietern in den letzten Jahren nicht gelungen sei, die starke Marktposition der Swisscom ernsthaft zu gefährden. In dieselbe Richtung geht die Weko-Medienmitteilung vom 9. März 2010 zum kürzlich ergangenen Mobilfunkterminierungs-Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts. Die Weko behauptet darin, die Leidtragenden des Bundesverwaltungsgerichts-Entscheids seien die Konsumenten, die den missbräuchlichen Preisen in der Mobilfunktelefonie schutzlos ausgesetzt seien. Aus welchen Gründen die Pressemitteilung nachträglich entschärft wurde (Änderung vom 11. 3. 10), ist dem Autor dieses Artikels nicht bekannt.

Das politische Wirken der Wettbewerbsbehörden ist ausserhalb der eigentlichen Rechtsanwendung vom Gesetzgeber durchaus gewollt. So sieht Art. 45 des Kartellgesetzes vor, dass die Weko den Behörden, besonders bei Gesetzgebungsverfahren, Empfehlungen zur Förderung des wirksamen Wettbewerbs unterbreiten soll. Das Problem dieser Konzeption liegt jedoch darin, dass sich dieser politische Auftrag nur schlecht mit den sehr weitgehenden und einschneidenden richterlichen Kompetenzen verträgt. So können Preisüberwacher, ComCom und ElCom autoritativ Preise festlegen und damit in erheblichem Ausmass in die Privatautonomie der betroffenen Unternehmen eingreifen. Die Weko hat zudem die Kompetenz, Sanktionen mit Strafrechtscharakter in der Form von bis anhin unerreicht hohen Bussen auszusprechen.

Drohende Regulierungsfehler

Die Beurteilung von wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten ist mit vielen Unsicherheiten verbunden und erfordert immer auch eine Prognose über die zukünftigen Entwicklungen in dynamischen Märkten. Ausserdem enthalten die anzuwendenden Normen gerade bei den entscheidenden Fragen unbestimmte Gesetzesbegriffe, die den Behörden einen sehr grossen Auslegungsspielraum einräumen. Es liegt auf der Hand, dass der Staat, der seine Behörden mit derart weitgehenden Kompetenzen ausstattet, aufgrund der dem Wettbewerbsrecht inhärenten Unsicherheiten mit Regulierungsfehlern rechnen muss.

Solche Regulierungsfehler mit negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen können etwa darin bestehen, dass eine Behörde eingreift, obwohl kein Handlungsbedarf gegeben ist. Es ist an-

zunehmen, dass eine politisch agierende Behörde tendenziell anfällig ist, gerade diesen Fehlertypus (Regulierungsfehler erster Ordnung) zu begehen. Das Bundesverwaltungsgericht hat im bereits erwähnten Mobilfunkterminierungs-Entscheid festgehalten, die Weko sei keine richterliche Behörde im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Dies erstaunt nicht, können doch die betroffenen Firmen – anders als das untersuchende und anklagende Sekretariat der Weko – an den entscheidenden Sitzungen der Kommission nicht mitwirken. Zwar könne dieser rechtsstaatliche Mangel durch das Rechtsmittelverfahren im Sinne von Mindeststandards der EMRK geheilt werden; das Bundesverwaltungsgericht hat aber im erwähnten Entscheid erneut und sehr deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es gegenüber Wettbewerbsbehörden als Vorinstanzen mit besonderem Fachwissen nur bei ganz erheblichen Gründen bereit ist, die angefochtenen Verfügungen zu korrigieren.

Ein Wettbewerbsgericht

Für die Unternehmen gilt damit der unangenehme Grundsatz, dass auf dem Rechtsmittelweg kaum mehr korrigiert werden kann, was vor erster Instanz zu ihren Ungunsten ausgegangen ist.

Wie könnte dieses Dilemma zwischen politischem Auftrag und richterlicher Entscheidungsgewalt gelöst werden? Der hier postulierte Weg bestünde darin, dass die Verfügungskompetenz auf ein unabhängiges und von der Wettbewerbsbehörde institutionell getrenntes Wettbewerbsgericht verlagert würde.

Die Wettbewerbsbehörde müsste ihre Fälle sodann (wie die Staatsanwaltschaft) vor diesem unabhängigen Gericht in einem fairen Prozess als Anklägerin vertreten. Selbstverständlich wären den betroffenen Unternehmen dabei in jedem Verfahrensstadium gleich lange Spiesse zu gewähren wie der Wettbewerbsbehörde (Grundsatz des «fair trial»). Der Vorteil dieser Konzeption würde neben der Behebung von rechtsstaatlichen Mängeln darin liegen, dass die Wettbewerbsbehörde künftig viel glaubwürdiger in der Öffentlichkeit auftreten könnte. Es ist zu hoffen, dass solchen rechtsstaatlichen Überlegungen in der kommenden Kartellgesetzrevision Rechnung getragen wird.

Daniel Emch ist Rechtsanwalt bei Kellerhals Anwälte in Bern und vertritt Unternehmen in wettbewerbsrechtlichen Verfahren.

Effizienzprüfung fehlt in der Schweizer Fusionskontrolle

Andernorts hätten Orange und Sunrise mehr Chancen gehabt

Die zwischen Orange und Sunrise angestrebte Fusion ist von der Wettbewerbskommission abgelehnt worden. Die Autoren glauben, dass beim europäischen oder amerikanischen Ansatz in der Fusionskontrolle das Resultat anders hätte ausfallen können.

Patrick Zenhäusern,
Stephan Vaterlaus

Das Vorhaben einer Fusion zwischen Orange und Sunrise wurde von der Wettbewerbskommission (Weko) am 21. April untersagt. Begründet wurde der Entscheid mit Hinweis auf die Gefahr des Entstehens kollektiver Marktbeherrschung des neuen fusionierten Unternehmens zusammen mit dem bisherigen Branchenführer Swisscom, wodurch die Wettbewerbsintensität geschwächt und auch nicht durch neue Markteintritte wieder erstarken würde. Ist diese Betonung der Marktstruktur bei der Beurteilung von Fusionen im internationalen Kontext üblich, oder existieren andere Bewertungs-massstäbe?

«Drei-zu-zwei-Fusionen»

Im Mobilfunk sind «Drei-zu-zwei-Fusionen» selten. Es gibt zwar Fusionen, in denen sich die Anzahl der Wettbewerber von vier auf drei reduzierte, so etwa in den Niederlanden oder in Österreich. Eine Fusion von drei auf zwei Mobilfunkunternehmen gab es in Europa bisher nur in Finnland mit Telia/Sonera (2002). Vor der Fusion waren Telia, Sonera sowie Radiolinja (heute Elisa) aktive Mobilfunkanbieter mit eigenen Netzen. Die Fusion wurde unter der Auflage genehmigt, dass Telia sein Mobilfunkgeschäft in Finnland und sein schwedisches Kabel-TV-Netz verkauft. Aus den USA sind aus dem Mobilfunk keine vergleichbaren Beispiele bekannt.

Da Analogiebeispiele weitgehend fehlen, wird im Folgenden der Blick auf die wettbewerbspolitischen Beurteilungsmassstäbe in den USA und in der EU gerichtet, die zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Beurteilung eines Fusionsvorhabens führen können. Was unterscheidet dabei die amerikanische von der europäischen Wettbewerbsgesetzgebung bzw. deren Anwendung?

Beispiel US-Wettbewerbsrecht

Ein zentraler Unterschied liegt bereits in der Geschichte: Das US-Wettbewerbsrecht ist viel älter als sein Korrelat in Europa. Die Sherman Act datiert aus dem Jahr 1890, die Clayton Act, die die Fusionskontrolle einführt, aus dem Jahr 1914. Nationale Wettbewerbsgesetze wurden in den meisten westeuropäischen Ländern und auch in der Schweiz erst nach dem Zweiten Weltkrieg eingeführt. Mit der Einrichtung des Wettbewerbsrechts auf EU-Ebene wurde die Basis für weitere Entwicklungen der nationalen Wettbewerbsgesetze geschaffen.

Auch heute noch werden Wettbewerbsthemen weltweit meist mit Bezug auf die USA diskutiert, und viele Innovationen im europäischen Wettbewerbsrecht basieren auf vergangenen Entwicklungen in den USA. Die amerikanische Rechtsprechung wird durch einen intensiven akademischen Diskurs begleitet. Bis innovative wettbewerbspolitische Ansätze nach Europa vordringen, vergehen jeweils einige Jahre oder Jahrzehnte. Auch der sogenannte «more economic approach» wurde in der EU mit Verzögerung aus den USA übernommen. Dasselbe gilt für die Kronzeugenregelung, um Preisabsprachen besser bekämpfen zu können.

Auch die Leitlinien über die Zusammenschlüsse von Unternehmen haben in den USA eine im Vergleich zu Europa lange Tradition. Die gegenwärtige Fassung der «Horizontal Merger Guidelines» geht auf das Jahr 1997 zurück. Sie stellen insbesondere die

Marktkonzentration und die Marktanteile der Unternehmen, die Marktzugangsmöglichkeiten (potenzieller Wettbewerber) und insbesondere Effizienzsteigerungen durch den Unternehmenszusammenschluss ins Zentrum der Betrachtung. Im Test zur Feststellung der erheblichen Wettbewerbsbehinderung («Substantial Lessening of Competition», SLC) ist die Analyse der Effizienzwirkungen enthalten. Die Möglichkeit der sogenannten Effizienzrede kann eine strukturorientierte Beurteilung einer Fusion relativieren; insbesondere, wenn die Konsumenten durch den Zusammenschluss mittelfristig profitieren, weil z. B. Produktinnovationen schneller verfügbar werden.

Die EU stellt bei der Beurteilung einer Fusion im Rahmen ihrer EG-Fusionskontrollverordnung (EG Nr. 139/2004) nach wie vor stark auf Marktstrukturen beziehungsweise die Marktstellung der Unternehmung ab. Doch orientiert sich die EU im Rahmen ihrer Leitlinien zur Bewertung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse inzwischen ebenfalls stark an den Leitlinien der USA. Insbesondere ist auch die Effizienzrede explizit erwähnt und wird beim Test zur Feststellung der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs («Substantial Impediment of Effective Competition», SIEC) berücksichtigt. Aufgrund der späteren Einführung spielt dieses Kriterium bei der Fusionsprüfung in Europa noch eine weniger wichtige Rolle als in den USA.

Ungeprüfte Effizienzwirkung

Im schweizerischen Kartellrecht geht es primär um die Prüfung, ob ein Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (KG Art. 10 Abs. 2). Das Kriterium der marktbeherrschenden Stellung ist dann problematisch, wenn nicht das marktführende Unternehmen, sondern die wichtigsten anderen Marktteilnehmer am Zusammenschluss beteiligt sind. In der Tat ist beispielsweise keiner der beiden Fusionspartner Orange und Sunrise marktführend. Die Tochtergesellschaft von France Télécom und Sunrise könnten nach Vollzug des Zusammenschlusses somit keinesfalls marktbeherrschend sein. Die Weko hat indessen befürchtet, dass Orange und Sunrise nach dem Zusammenschluss gemeinsam mit Swisscom den Markt beherrschen würden (sogenannte kollektive Marktbeherrschung). Unter anderem hat sie dabei auch unterstellt, dass die mit dem Zusammenschluss einhergehende «Internalisierung» der vormals engen Wettbewerbsbeziehung die Wettbewerbsintensität im Markt insgesamt vermindert. Eine differenzierte Betrachtung der Effizienzwirkung, wie sie in den USA und zunehmend in der EU erfolgt, ist in der Schweiz nicht explizit vorgesehen.

Effizienzvorteile für Kunden

Unberücksichtigt in dieser statischen Betrachtung bleibt auch, dass im heutigen dynamischen Mobilfunk die Interessen der verbleibenden Anbieter kaum gleichgerichtet sein dürften. Dies wird offensichtlich, wenn man etwa das Innovationspotenzial im Bereich TV berücksichtigt, die Folgen der Bündelung leistungsgebundener und -ungebundener Angebote, die hybriden Möglichkeiten des Mobilfunks oder auch die Errichtung weiterer Netzgenerationen im Mobilfunk. Die mit diesen Entwicklungen einhergehende Dynamik dürfte sogar dazu führen, dass die Effizienzvorteile des Zusammengehens kaum als Marge bei den Fusionspartnern verbleiben werden. Somit liegt die Vermutung nahe, dass in einem Wettbewerbsrecht, in welchem diese Effizienzwirkungen explizit zu berücksichtigen sind, der Entscheid bezüglich des Fusionsvorhabens differenzierter ausgefallen wäre.

Stephan Vaterlaus ist der Geschäftsführer des Beratungsunternehmens Polynomics AG. Patrick Zenhäusern ist dessen Leiter Telekom & Medien.