© NZZ AG

«Relative Marktmacht» – ein unreifes Konzept

Beim Versuch einer Revision des Kartellgesetzes hat sich der Gesetzgeber bisher vor allem mit Schnellschuss-Vorschlägen befasst.
Auch das Ansinnen, die Revision nun mithilfe des Konzepts der «relativen Marktmacht» wiederzubeleben, ist ein falscher Ansatz. **Von Philipp Zurkinden**

Vor rund einem halben Jahr hat der Nationalrat beschlossen, auf die Vorlage eines revidierten Kartellgesetzes (das zuvor vom Ständerat bereits durchberaten und beschlossen war) gar nicht erst einzutreten. In der Folge schrieben viele die Revision bereits ab. Nachdem jedoch der Ständerat im vergangenen Juni an der Revision festgehalten hat, liegt die Vorlage zurzeit erneut beim Nationalrat. Dessen vorberatende Kommission hat im August beschlossen, dem Plenum zu empfehlen, nun doch auf die Vorlage einzutreten, änderte den Entwurf aber inhaltlich in wichtigen Punkten ab: Verzicht auf sogenannte Teilkartellverbote (keine Revision des Art. 5), Verzicht auf einen Art. 7a, als Ersatz dafür jedoch einen neuen Art. 4 Abs. 2bis (Definition) und einen revidierten Art. 7 zum Thema «relative Marktmacht», Verkleinerung der Wettbewerbskommission (Weko) auf sieben unabhängige Sachverständige.

Das Konzept der relativen Marktmacht

Während mit dem Verzicht auf ein Teilkartellverbot ein wichtiges Hindernis im Bemühen, die Vorlage mehrheitsfähig zu machen, entfallen dürfte, ist dies bezüglich der neuen Regelung der «relativen Marktmacht» wohl nicht der Fall. Nach dieser Regelung sollen sich nicht nur marktbeherrschende Unternehmen missbräuchlich verhalten können (wie dies gemäss modernen Kartellgesetzen üblich ist), sondern auch bloss marktstarke Unternehmen, insofern andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter von ihnen abhängig sind. Beim neu zur Diskussion gestellten Konzept der relativen Marktmacht handelt es sich um einen als Kompromiss gedachten Vorschlag, der sowohl der Rettung der Vorlage als auch der Gesichtswahrung der Initianten von Art. 7a (Migros, Nationalrätin Birrer-Heimo usw.) dienen soll. Es handelt sich um einen deutschen Rechtsimport, der freilich einem Kontext entnommen ist, der insgesamt einer anderen Begrifflichkeit folgt als das dem EU-Recht nachgebildete Schweizer Recht. Dies kann bei der Gesetzesinterpretation erheblich verwirren. Zudem wurde der Rechtsimport in der Sache denaturiert. Die wichtigsten Unterschiede zur deutschen Regelung sind:

- Im deutschen Recht können nur kleine und mittlere Unternehmen (KMU) im Sinne der fraglichen Bestimmung abhängig sein; im Schweizer Vorschlag fehlt diese Einschränkung (hat dies allenfalls mit der Migros zu tun?).
- Gemäss dem deutschen Recht können einschlägige Missbräuche ausschliesslich in Behinderungen (z. B. Lieferverweigerungen) und Diskriminierungen bestehen; nach vorläufiger Schweizer Lesart könnten «relativ marktmächtige» Unternehmen irgendwelcher Missbräuche bezichtigt werden (vgl. den nicht abschliessenden Katalog in Art. 7 Abs. 2 KG).
- Im deutschen Recht sind Kartellbussen von Gesetzes wegen an Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit gebunden, während im Schweizer Recht Widerhandlungen ohne Prüfung von Verschuldensaspekten bestraft werden.

Im deutschen Recht sind relativ marktmächtige Unternehmen noch nie gebüsst worden. Die Behörde liess es jeweils bei Anordnungen einer Lieferpflicht und dergleichen bewenden. Die bisher fehlende Ahndung im deutschen Recht hat vor allem mit der ausgeprägten Unbestimmtheit der Begriffe zu tun: Wann ist ein Unternehmen «abhängig» von einem andern? Was für Alternativen sind ihm allenfalls «zumutbar»? Deutsche Kommentatoren heben denn auch durchwegs die aussergewöhnliche Komplexität solcher Themen hervor.

Die Tatsache, dass es nur sehr wenige deutsche Entscheide in Anwendung des Konzepts der relativen Marktmacht gibt, würde für eine entsprechende schweizerische Regelung grösste Rechtsunsicherheit bedeuten. Diese ginge möglicherweise sogar noch weiter, als sie beim abgelehnten Art. 7a gegangen wäre. Dabei besteht im Grunde keinerlei Anlass für eine entsprechende Neuregelung, da die Abhängigkeitsverhältnisse, die mithilfe des Konzepts der relativen Marktmacht berücksichtigt werden sollen, seit der Gesetzespräzisierung anlässlich der KG-Revision 2003 bereits erfasst werden. Tatsächlich besteht schon heute die Möglichkeit, mit dem Begriff der Marktbeherrschung die von den Initianten thematisierten Abhängigkeitsverhältnisse zu erfassen. Die Botschaft des Bundesrates vom November 2001 ist diesbezüglich völlig klar. Auch weist die Lehre darauf hin, dass diese Präzisierung von der Weko seit 2004 regelmässig berücksichtigt wird. Hier ist jedenfalls festzuhalten, dass Unternehmen, die relativer Marktmacht in dem von den Initianten verstandenen Sinne ausgesetzt sind, schon heute z. B. den Abschluss von Lieferverträgen zu marktgerechten Bedingungen erzwingen können. Die in Rede stehenden Neuformulierungen sind also in der Sache schlicht überflüssig.

Insgesamt unreife Revisionsvorlage

Im Ganzen ist zu bedenken, dass sich der Gesetzgeber im Rahmen seiner bisherigen Beratungen vor allem mit Schnellschuss-Vorschlägen des Bundesrates (Teilkartellverbote) oder einzelner Parlamentarier (Art. 7a) befasst hat. Andere wichtige Revisionspunkte sind in den Beratungen bisher zu kurz gekommen. So weist heute die Vorlage bei weitem nicht die in der Sache gebotene Ent-

© NZZ AG

scheidungsreife auf. Ein Neustart der ganzen KG-Revision könnte helfen. So könnten neben den bereits anhängig gemachten Anliegen noch weitere mögliche Revisionspunkte (Vorabklärungsverfahren, einvernehmliche Regelungen) evaluiert werden. Ein solcher Neustart wäre unverzüglich nach Abbruch der laufenden Übung zu lancieren, vorzugsweise mithilfe der Einberufung eines runden Tisches. Der Versuch, die KG-Revision mithilfe des Konzepts der «relativen Marktmacht» wiederzubeleben, ist jedenfalls der falsche Weg.

Philipp Zurkinden ist Partner bei Prager Dreifuss AG und Titularprofessor für Kartellrecht an der Universität Basel.