

# Richter pfuschen in Wettbewerb

Das Bundesgericht vollzieht mit seinem Elmex-Urteil faktisch das Teilkartellverbot. Die Wettbewerbsbehörden machen es sich zu leicht und schaden der Konkurrenz, die sie schützen müssten. **MARKUS SAURER**

Das Wettbewerbsrecht ist juristisch wie auch regulierungs- und wettbewerbsökonomisch eine komplizierte Angelegenheit. Die meiste Zeit schlagen sich fast nur Spezialisten in den zuständigen Behörden oder den betroffenen Unternehmen sowie ihre Anwälte damit herum. Politiker befassen sich damit eher unmotiviert erst dann, wenn sie die gesetzlichen Grundlagen verändern sollen. Mit dieser Materie sind kaum Stimmen zu gewinnen, und der Gesetzgeber ist vom Rat der Spezialisten abhängig. Ähnliches gilt für den grössten Teil der Journalisten, deren Berichte und Kommentare über die Praxis der Vollzugsbehörden oder über Kartellgesetzrevisionen auf nur bescheidenes Leserinteresse stossen.

Die Komplexität der Materie und das allgemeine Desinteresse haben zur Folge, dass der Vollzug des Kartellgesetzes den sonst typischen Checks and Balances der schweizerischen Politik und Öffentlichkeit weitgehend entzogen ist. Die unmittelbar beteiligten öffentlichen und privaten Spezialisten bilden eine Art verschworene wettbewerbsrechtliche Gemeinschaft oder «Antitrust Industry», wie man in den Vereinigten Staaten sagt, die von aussen weitgehend unkontrolliert agiert. Daraus ergibt sich die Gefahr, dass nicht immer exklusiv die öffentlichen Interessen des wirksamen Wettbewerbs, sondern auch gewisse Eigen- und Partikularinteressen umgesetzt werden.

Mit dem Elmex-Urteil des Bundesgerichts von vor gut einem Jahr ist inzwischen selbst die Gemeinwohlorientierung dieser höchstrichterlichen Kontrollinstanz in Frage gestellt. Bedauerlicherweise haben sich dazu bisher nur vereinzelt kritische Experten und Journalisten geäussert.

## Hohe Beweisanforderungen

Das Kartellgesetz ist entsprechend dem wettbewerbspolitischen Grundsatzartikel 96 der Bundesverfassung als Missbrauchsgesetzgebung konzipiert. Es darf nur zu Interventionen gegen Kartelle (Abreden) oder andere wettbewerbsrelevante Tatbestände führen, wenn sie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben. Schäden in diesen gesamtgesellschaftlichen Dimensionen sind aber nur dann zu erwarten, wenn der Wettbewerb durch die fraglichen Tatbestände beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wird.

Darum konnte sich die Wettbewerbskommission (Weko) bis zum Elmex-Urteil in keiner Untersuchung mit dem einfachen Nachweis des Vorliegens einer Abrede oder einer anderen Wettbewerbsbeschränkung begnügen, um diese verbieten und die Beteiligten büssen zu können. Sie musste zusätzlich stets die weit schwierigeren und aufwendigeren Beweise dafür erbringen, dass der Wettbewerb in den betroffenen Märkten zumindest erheblich beeinträchtigt war und sich die dafür ursächlichen Tatbestände nicht durch Gründe der Effizienz

rechtfertigen liessen. Mit anderen Worten durfte die Weko Verbote, Gebote und Bussen nur aussprechen, wenn ihr zuvor die dreifache Beweisführung wie folgt gelungen war: Erstens, es lag eine kartellgesetzrelevante Abrede vor. Zweitens, diese Abrede bewirkte zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung. Drittens, der fragliche Abredetatbestand konnte nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden.



«Das Elmex-Präjudiz wird vermehrt zum Schutz ineffizienter Wettbewerber führen.»

Jeder Jurist und Ökonom, dem eine rechtlich und ökonomisch fundierte, wirkungsorientierte Wettbewerbspolitik mit niedriger Fehlertoleranz wichtig ist, freute sich über diese Konstruktion. Aber in der Weko und in der übrigen «Antitrust Industry» gibt es seit jeher stets eine Fraktion besonders interventionseigener Juristen und Ökonomen, die diesen Hürdenlauf der Beweisführung als zu anstrengend erachten und ständig die höchste Hürde, die Prüfung der Erheblichkeit, beseitigen wollen. Mit dem Elmex-Urteil vom 28. Juni 2016 (2C 180/2014, publiziert am 21. April 2017) hat sich fatalerweise das Bundesgericht mit einem Drei-zu-zwei-Entscheid dieser Fraktion angeschlossen.

Die Herstellerin von Elmex-Produkten hatte in den Vertriebsverträgen mit ihren Vertriebspartnern Gebietszuweisungen vereinbart, um internationale Preisarbitrage durch Parallelhandel (z.B. Parallelimporte in die Schweiz) zu verhindern. Seit der Kartellgesetzrevision 2003 gilt jedoch die gesetzliche Vermutung, dass solche vertikalen Gebietsabreden – neben weiteren Abreden – den Wettbewerb beseitigen. Da aber die Produkte von Elmex auf starke Markenkonkurrenz (Interbrand-Wettbewerb) stossen, war diese Vermutung offensichtlich unzutreffend.

## Verfassung und Parlament missachtet

Die Weko sah dagegen eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs als erwiesen, die sich nicht aus Effizienzgründen rechtfertigen liess, verbot die Abrede und büsste die Beteiligten. Dann liess das Bundesverwaltungsgericht im Rekursverfahren sozusagen einen interventionistischen Versuchsballon steigen, indem es entgegen der geltenden Praxis «diktierte», die Elmex-Gebietsabschottung stelle unbeachtlich der konkreten

Wettbewerbsumstände, also per se, eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung dar. Dies zur grossen Überraschung der gesamten «Antitrust Industry».

Noch überraschender war, dass das Bundesgericht diesen Versuchsballon nicht platzen liess, sondern die Position der Vorinstanz im Elmex-Fall vollumfänglich stützte. Mit diesem Leitentscheid hat das höchste Gericht die ökonomisch fundierte Erheblichkeitsprüfung für fast alle horizontalen und vertikalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden ausgehebelt.

Das bedeutet eine Missachtung der Verfassung, weil die von dieser Praxisänderung betroffenen Abreden nunmehr selbst dann verboten und sanktioniert werden können, wenn sie den Wettbewerb effektiv nur unerheblich bis gar nicht beeinträchtigen und so die in der Verfassung genannten Schäden sicher nicht bewirken.

Ziemlich unverfroren verdeutlicht das Bundesgericht in seiner «Argumentation», es genüge für ein Verbot der betroffenen Abreden, wenn sie den Wettbewerb «potenziell» beeinträchtigen. So missachtet das Bundesgericht offensichtlich auch das Parlament, das sich erst noch im Jahr 2014 im Rahmen der (gescheiterten) Kartellgesetzrevision explizit gegen jegliche Kartellverbote ausgesprochen hat.

## Überregulierung und Mehraufträge

Ökonomisch ist seit langem unbestritten, dass je nach konkreten Marktumständen besonders auch vertikale Preis- und Gebietsabreden den Wettbewerb sowohl behindern als auch fördern können. Eine solche Wirkungsambivalenz wird heute selbst bei horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden nicht mehr kategorisch ausgeschlossen. Auf der Basis theoretischer und empirischer fundierter Erkenntnisse der modernen Industrieökonomik kann man sich die wortgewaltigen Ausführungen des Bundesgerichts jedenfalls sparen. Sie ergeben ökonomisch schlicht keinen Sinn.

Die Vernachlässigung einer rigorosen Wirkungsanalyse – in welchen Fällen auch immer – kann meines Erachtens aber auch verfassungsrechtlich und wettbewerbspolitisch auf keine Art und Weise richtiggeredet werden. Freilich vereinfacht sie das Leben der Behörden und sorgt auch für mehr und einfachere und deshalb besonders lukrative Aufträge für die «Antitrust Industry».

Das Elmex-Präjudiz wird vermehrt zum Schutz ineffizienter Wettbewerber führen. Ein solcher Schutz nützt aber keineswegs gleichzeitig dem wirksamen Wettbewerb, sondern fügt ihm in der Regel sogar Schaden zu – zulasten der Endkonsumenten. Das Parlament ist gefordert, die Behörden und Richter auf den richtigen Pfad zurückzuführen.

Markus Saurer ist selbständiger Ökonom und geschäftsführendes Vorstandsmitglied im Carnot-Cournot-Netzwerk für Politikberatung in Technik und Wirtschaft.



ADRIAN BLUM  
Ressortleiter  
zum Thema  
Schönebergerei

## Wildwuchs der Bereinigung

Wer in ein Unternehmen investiert, will wissen, wie das Geschäft läuft.

Das ist nicht so einfach, wie es klingt. Transparenz heisst das Zauberwort. Die hat sich langfristig betrachtet zwar verbessert, doch der Trend droht zu kehren. Dahinter steht der Drang der Unternehmen, Zahlen zu bereinigen – sprich zu beschönigen.

Bereinigung als solche ist aber nicht das Problem. Richtig angewandt und klar kommuniziert, hilft sie, ein Unternehmen im mittel- oder längerfristigen Vergleich besser zu beurteilen, einmalige Ereignisse beiseitezulassen, um den Kern besser einschätzen zu können. Und es gibt durchaus Unternehmen, die mit Bedacht und transparent bereinigen.

Aber die Zahl der Sünder steigt. Faktoren, die den Gewinn oder andere Kennzahlen belasten, werden eher herausgerechnet als solche, die sich positiv auswirken. So manche Einkostensind derart konstant, dass sie eben nicht mehr einmalig sind. Zudem wird diese Unsitte auch noch allzu gerne verschleiert (vgl. Seite 5). Wie so oft ist es dienlich, nach den Nutzniessern zu suchen: Manager werden erfolgsabhängig vergütet, was ja zu begrüssen ist. Die Kehrseite ist, dass viele Manager dazu tendieren, die Situation viel zu vorteilhaft darzustellen, nach dem Motto: «Nach mir die Sintflut, bis alles herauskommt, hab ich den Job vielleicht schon gar nicht mehr.»

Die Schweizer Börse versucht, dem bunten Treiben ein Ende zu setzen. Das ist lobenswert. Vielleicht gelingt es, den Wildwuchs etwas einzudämmen und die grössten Unverschämtheiten auszumerken. Aber die Verantwortung trägt am Ende der Investor selbst. Er muss unbereinigte wie bereinigte Zahlen zu deuten wissen und dem Management mit gesundem Argwohn auf die Finger schauen.

Aktuell auf [www.fuw.ch](http://www.fuw.ch)

## Das verflixte siebte Jahr

Jahre, die auf 7 enden, haben es in sich. 1987 erfolgte der Börsencrash, 1997 brach die Asien- und 2007 die Finanzkrise aus. Zumindest zwischen den letzten beiden Krisen gibt es eine Parallele: Die US-Notenbank hob die Zinsen an – so wie jetzt. Dennoch dürfte sich die Geschichte 2017 nicht wiederholen.

[www.fuw.ch/260817-1](http://www.fuw.ch/260817-1)

## Kein Markt für günstige Aktien

Weltweit finden sich kaum noch unterbewertete Valoren, wie eine Auswertung des Value-Managers GMO zeigt. In Asien handeln nur gerade 5% aller Titel mit grossem Abschlag auf ihren Wert, in Europa sind es rund 2%. In den USA qualifiziert sich kein einziger Name.

[www.fuw.ch/260817-2](http://www.fuw.ch/260817-2)

## Afrikas Jugenddividende

Zusammen mit der internationalen Gemeinschaft sollten Afrikas Regierungen den Übergang der Schüler und Studenten vom Ausbildungs- zum Arbeitsplatz fördern. Sie müssen Lehrpläne einführen, die die Entwicklung von Soft Skills in den Vordergrund stellen, schreibt die Bildungsspezialistin Kim Kerr.

[www.fuw.ch/260817-3](http://www.fuw.ch/260817-3)

## M&A-Boom im Ölgeschäft

Transaktionen lassen Preisanstieg erwarten. **CORNELIA MEYER**

Der Ölpreis war seit 2014 am Sinken – erst als die Opec und zehn weitere Länder 2016 beschlossen, die Produktion 1,8 Mio. Fass pro Tag (b/d) zu drosseln, stieg er wieder. Im Januar 2017 erreichte er kurzfristig 60\$. Seitdem gab es ein stetes Auf und Ab, bis sich die Situation etwas stabilisierte. Seit Ende Juli kostet das Fass Brent konstant über 50\$.

Trotz des relativ niedrigen Preises wurden im Ölsektor mehrere grosse M&A-Transaktionen angekündigt: 2016 kaufte Rosneft 50,3% von Bashneft, Total erwarb für 7,5 Mrd. \$ die Maersk-Nordseefelder, BHP Billiton will ihre Schieferölquellen in Nordamerika veräussern.

Diese Transaktionen zeigen zwei Trends. Grosse Ölgesellschaften haben wegen des niedrigen Ölpreises während der vergangenen Jahre kumuliert bis zu 40% ihrer geplanten Investitionen gestrichen. Die Ölindustrie benötigt konstante Investitionen in neue Felder und bestehende Produktion. Mangelnde Investitionen bewirken früher oder später eine Produktionseinbusse. Deshalb ist es für eine Ölgesellschaft von Vorteil, bestehende Produktion aufzukaufen, um den zukünftigen Absatz mit sofortiger Wirkung sicherzustellen.

Des Weiteren hat sich das Geschäftsmodell der integrierten Ölmultis in der Niedrigpreisphase als vorteilhaft erwiesen, weil das Segment Downstream (Raffinerien, Marketing) eine grössere Gewinnmarge aufwies als Upstream (Exploration, Produktion). In den erwähnten Fällen sind die Verkäufer allesamt Unternehmen, deren Ölgeschäft sich auf Ex-

ploration und Produktion beschränkt. Die (potenziellen) Käufer sind jedoch vertikal integrierte Ölmultis. Rosnefts Akquisition der indischen Essars widerspricht dieser These nicht, da Rosneft mit dieser Transaktion Raffineriekapazität im wichtigen Absatzmarkt Indien erwirbt.

Zweiter Trend: Von Tag zu Tag gemessen, sind Angebot und Nachfrage auf den Ölmärkten verhältnismässig ausgeglichen. Der Grund für die Trägheit der Preise sind die enormen Öllager, die sich über die Jahre gebildet haben. Die Prognosen der Internationalen Energieagentur für 2017 und 2018 zeigen ein Nachfragewachstum von 1,5 Mio. b/d pro Jahr auf. Dies deutet – bei gegebenem und selbst bei marginal steigender Produktion – tendenziell auf stabile, wenn nicht gar steigende Preise hin. Deshalb kaufen integrierte Ölgesellschaften jetzt neue Produktion, um hiervon zu profitieren.

Die jüngere Geschichte belegt, dass solche Transaktionen ein Zeichen für tendenziell steigende Preise sein können. So kaufte BP 1998/99 Amoco und Arco, Exxon erwarb 1999 Mobil (der Ölpreis war in den späten Neunzigerjahren kurz unter 10\$ gesunken; nach 2000 gab es einen Rohstoffboom, der den Ölpreis kurzfristig auf 150\$ steigen liess). Ganz so rosig wird die Zukunft kaum aussehen, und die Märkte werden wohl volatil bleiben, doch der Sektor kann auf das Licht am Ende des Tunnels hoffen.

Cornelia Meyer ist britisch-schweizerische Ökonomin mit eigener Beratungsgesellschaft.

## Falscher Ansatz Robotersteuer

Bildung ist der bessere Weg für den Arbeitsmarkt. **LUC ZOBRIST**

Detailhändler sollen künftig eine Steuer auf Self-Checkout-Kassen bezahlen – so fordert es ein Gesetzesentwurf aus dem Kanton Genf, über den noch in diesem Jahr abgestimmt werden soll. Der Entwurf zielt darauf ab, automatisierte Kassen für die Detailhändler unattraktiv zu machen und dadurch die Arbeitsplätze der Kassierer zu schützen.

Was aus Sicht des Kassenpersonals auf den ersten Blick vielversprechend klingen mag, dürfte sich für die Gesamtwirtschaft und ihre Innovationskraft als kontraproduktiv erweisen. Der Gesetzesentwurf fusst nämlich auf der falschen Prämisse, Roboter und neue Technologien würden uns die Arbeit wegnehmen.

In der Vergangenheit traf dies zwar auf einzelne Berufe und Branchen zu – im 19. Jahrhundert verloren viele Weber durch das Aufkommen der Webmaschine ihre Arbeit –, doch aus Sicht der Gesamtwirtschaft sieht das Bild anders aus. Der technologische Fortschritt hat das Lohnniveau und die Zahl der Beschäftigten in den letzten gut 200 Jahren massiv erhöht.

Die maschinelle Produktion von Kleidern etwa liess die Produktivität steigen und die Preise der hergestellten Ware sinken; dadurch stiegen die Realeinkommen der Konsumenten. Das zusätzlich verfügbare Geld wurde für andere Produkte und Dienstleistungen ausgegeben, so entstanden neue Arbeitsplätze. Die Automatisierung in der Textilindustrie hat gesamtwirtschaftlich viel mehr neue Stellen geschaffen als alte verdrängt.

Das gilt auch für die Digitalisierung. Eine Studie von Deloitte zeigt, dass in der

Schweiz von 1999 bis 2010 rund 100 000 Arbeitsplätze unmittelbar durch Automatisierung und Digitalisierung ersetzt, gleichzeitig aber über 230 000 neu geschaffen wurden – fiel ein Arbeitsplatz weg, entstanden zwei neue. Es gibt wenig Anzeichen dafür, dass sich diese Relation in den nächsten Jahrzehnten grundlegend ändern wird. Die Menschen haben viele komparative Vorteile gegenüber Maschinen und Software: soziale Intelligenz, Kreativität, situative Anpassungsfähigkeit.

Der Wandel zur wissens- und dienstleistungsorientierten Wirtschaft wird weitergehen, Maschinen werden uns noch mehr monotone, kräftezehrende Arbeit abnehmen, während wir uns auf abwechslungsreichere, körperlich weniger anstrengende Aufgaben konzentrieren können. Dadurch werden Produktivität und Wohlstand weiter steigen.

Zugleich fordert dieser Strukturwandel einen Teil der erwerbstätigen Bevölkerung heraus. Alte Tätigkeiten oder Berufe müssen abgelegt, neue erlernt werden. Ein Prozess, der im Detailhandel bereits im Gang ist: Kassierer übernehmen neue Funktionen in der Kundenberatung, unterstützen Kunden an den Self-Checkout-Kassen oder führen Kontrollen durch. Statt über eine Steuer, die den Einsatz neuer Technologien und dadurch Produktivität und Wohlstand mindert, sollte man deshalb vielmehr über geeignete Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen diskutieren.

Luc Zobrist ist Ökonom im Research Team von Deloitte Schweiz.