

Besprechung / Comptes rendus

Ökonomische Modelle, Konzepte und Analysemethoden im Kartellrecht

GAETANO MICHELE WALTER GENONI

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2018, 294 Seiten, CHF 79, ISBN 978-3-7255-7865-8

Die von GENONI vorgelegte Zürcher Dissertation befasst sich auf fast 300 Seiten mit der Bedeutung der Ökonomie im europäischen und im Schweizer Kartellrecht. Ausgangspunkt bildet die Erkenntnis, dass es sich beim Kartellrecht um ein interdisziplinäres Fachgebiet handelt, welches aus der juristischen Wissenschaft und der Ökonomie besteht. Entsprechend fordert der Verfasser, dass sich jede Wettbewerbsrechtlerin und jeder Wettbewerbsrechtler mit den grundlegenden wirtschaftstheoretischen Modellen, Konzepten und Analysemethoden vertraut macht. Dieser Forderung kommt er selbst in seiner Dissertation in vorbildhafter Weise nach, indem er die wichtigsten ökonomischen Prinzipien und Konzepte, welche bei der Beurteilung von Kartellrechtsfällen von den Behörden, Gerichten und Anwältinnen und Anwälten herangezogen werden, ausführlich darstellt. In dieser Beschreibung der wichtigsten Prinzipien in einer für Juristinnen und Juristen verständlichen Sprache dürfte der praktische Hauptnutzen der Abhandlung zu sehen sein.

Im Vordergrund stehen gemäss GENONI die Erkenntnisse der Mikroökonomie, welche sich mit dem Verhalten von Unternehmen auf den Märkten befasst. Dabei greife die Mikroökonomie auf Verhaltensmodelle wie bspw. die Spieltheorie zurück. Darauf basierend liessen sich Marktmechanismen und deren Ergebnisse erklären und divergente Auswirkungen bei Marktstrukturveränderungen bewerten. Der Autor hält aber zu Recht fest, dass nicht der Anspruch erhoben werden darf, dass bspw. die Spieltheorie die konkreten ökonomischen Auswirkungen von wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten exakt darlegen oder voraussagen kann. Die Spieltheorie könne aber immerhin als theoretische Hilfskonstruktion herangezogen werden.

GENONI teilt die für Kartellrechtlerinnen und Kartellrechtler relevanten ökonomischen Erkenntnisse in drei Kategorien ein:

1. *Ökonomische Modelle*, welche kausale Beziehungen zwischen einer aktuellen Situation und den daraus resultierenden zukünftigen Folgen erklären können. Diese erlaubten es, zukünftige Auswirkungen besser einschätzen zu können. Zu diesen Modellen gehöre bspw. die Spieltheorie oder die Fusionssimulation.
2. *Ökonomische Konzepte*, zu denen nach GENONI die konkreten Prüfschemata gehören, welche bei der kartellrechtlichen Beurteilung zum Standardrepertoire zählen, wie bspw. das Bedarfsmarktkonzept, der Marktbeherrschungstest, der SSNIP-Test und in der EU der SIEC-Test.
3. *Ökonomische Analysemethoden*, zu denen gemäss GENONI empirische Datensammlungen, Studien und Gutachten zählen, welche vom Rechtsanwender im konkreten Fall zwar herangezogen, aber zuerst noch interpretiert und bewertet werden müssten. Hierzu gehörten unter anderem Untersuchungen zur Preis- sowie Kreuzpreiselastizität, der Herfindahl-Hirschman-Index und Regressionsanalysen.

Die Unterteilung der ökonomischen Grundlagen in drei verschiedene Kategorien scheint ein interessanter Ansatz zu sein, welcher es dem Rechtsanwender möglicherweise erlauben würde, mit dem ungeklärten Verhältnis zwischen der Ökonomie und dem Kartellrecht souveräner umzugehen. Es wäre wünschenswert gewesen, dass die genaue Abgrenzung der drei Kategorien und die Folgen für die Rechtsanwendung noch etwas ausführlicher dargestellt worden wären. Aber in dieser Hinsicht ist GENONI zugutezuhalten, dass die Rezeption ökonomischer Erkenntnisse durch die Rechtswissenschaft ein schwieriges Thema ist, an welchem sich die Juristinnen und Juristen seit jeher die Zähne ausbeissen. So versteht NIKLAS LUHMANN beispielsweise das Recht als soziales System, welches operationell

gegenüber anderen Systemen der Gesellschaft abgeschlossen ist. Selbst wenn andere Systeme wie die Ökonomie auf das Recht einwirken können, wird diesen Einwirkungen vom Recht selbst ein eigener Sinngelhalt gegeben (LUHMANN, Law as a Social System, Northwestern University Law Review 1989, S. 136 ff.).

GENONI erkennt im internationalen Vergleich Unterschiede in Bezug auf Bedeutung und Relevanz von ökonomischen Konzepten bei der konkreten Rechtsanwendung. Während in Europa eine Tendenz zur direkten Bezugnahme auf die Ökonomie auszumachen sei, sei in der Schweiz eine entsprechende Entwicklung noch weniger stark ausgeprägt. Insbesondere habe es der Schweizer Gesetzgeber bislang abgelehnt, den in der EU geltenden SIEC-Test («Significant Impediment to Effective Competition») für die Beurteilung von Zusammenschlüssen einzuführen. Dadurch könnten in der Schweiz die fusionsbedingten Effekte auf den Wettbewerb nicht umfassend beurteilt werden. Gemäss geltendem Schweizer Recht kann ein Zusammenschluss dann untersagt oder mit Auflagen und Bedingungen zugelassen werden, wenn er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, die zudem den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen vermag. Gemäss dem sog. SIEC-Test ist ein Zusammenschluss bereits dann zu untersagen oder unter Auflagen und Bedingungen zuzulassen, wenn er zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führt, die nicht durch Effizienzgewinne kompensiert wird. Nach einer kritischen Analyse der Vor- und Nachteile des SIEC-Tests kommt der Autor zum Schluss, dass auch in der Schweiz ein Wechsel vom Marktbeherrschungstest zum SIEC-Test angezeigt wäre. So bemängelt GENONI am Marktbeherrschungstest, dass fusionsbedingte unilaterale (d.h. nicht koordinierte) Effekte möglicherweise nicht oder nicht genügend erfasst werden können. Demgegenüber ermögliche der SIEC-Test, die Auswirkungen eines Zusammenschlusses gesamtheitlich und losgelöst von allfälligen Marktstrukturveränderungen oder Marktpositionen zu beurteilen. Gleichzeitig anerkennt GENONI aber auch die Vorzüge des Marktbeherrschungstests und gibt zu bedenken, dass der Vorteil des SIEC-Tests, welcher eine gesamtheitliche Betrachtung erlaube, gleichzeitig auch seine zentrale Schwäche darstelle. Die Beurteilungsspielräume der Behörden würden durch den SIEC-Test erweitert. Dies sei problematisch, weil nach wie vor ungeklärt sei, welche Rolle und welche Beweiskraft den ökonomischen Erkenntnissen bei der Beurteilung von Fusionen zuteilwerde. Dieser entscheidende Nachteil des SIEC-Tests, welcher aus der Sicht der Unternehmen mit einem erheblichen Verlust an Rechtssicherheit verbunden ist, sollte vom Gesetzgeber in der Tat sehr ernst genommen werden.

Dr. iur. Daniel Emch, Rechtsanwalt, LL.M., Bern