

Samuel Rutz / Monique Sturny

25 Jahre Kartellgesetz – Preisabreden und Marktabschottungen

Rückblick, aktueller Stand und Ausblick

Preisabreden und Marktabschottungen sind zwei Kernbereiche des Schweizer Kartellrechts, in denen über die Jahre wichtige Entscheide ergangen sind und hohe Bussen ausgesprochen wurden. Es sind aber auch Bereiche, in denen die Interventionen immer mehr politisch motiviert sind, etwa im Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz. Die Autoren unternehmen entlang der Zeitachse eine kurze Reise von den Anfängen der Kartelle in der Schweiz hin zum aktuellen Stand des Kartellgesetzes. Zum Schluss folgen eine Würdigung und ein Ausblick auf die sich abzeichnenden Entwicklungen.

Beitragsart: Beiträge
Rechtsgebiete: Kartellrecht

Zitiervorschlag: Samuel Rutz / Monique Sturny, 25 Jahre Kartellgesetz – Preisabreden und Marktabschottungen, in: Jusletter 11. Oktober 2021

Inhaltsübersicht

1. Der Blick zurück: Kartellland Schweiz
2. Die letzten 25 Jahre
 - 2.1. EWR-Nein und dessen Folgen – Das Kartellgesetz 1995
 - 2.2. Horizontale Abreden
 - 2.3. Vertikale Abreden
3. Der Blick nach vorne – Trends im Bereich der Wettbewerbsabreden
 - 3.1. Gefahr der anhaltenden Ausdehnung und Formalisierung des Abredetatbestands
 - 3.2. Gefahr der Schaffung neuer Abredetatbestände
 - 3.3. Grundsätze bei der Weiterentwicklung der Abredetatbestände

1. Der Blick zurück: Kartellland Schweiz

[1] Kartelle sind kein Phänomen der Neuzeit – schon 1776 schrieb der schottische Moralphilosoph und Aufklärer Adam Smith in seinem Klassiker «The Wealth of Nations»:

«People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.»

[2] Zu den Zeiten als Adam Smith diese Zeilen niederschrieb, gehörte die Schweiz in Europa noch zu den ländlich geprägten, ärmeren Ländern. Der wirtschaftliche Aufschwung der Schweiz begann erst mit der Industrialisierung im 19. Jahrhundert, die sogleich von einer Kartellisierungswelle begleitet wurde. Dies erklärt sich unter anderem mit der damals in der Schweiz vorherrschenden Philosophie des Korporativismus.¹ Etwas vereinfacht ausgedrückt ging es dabei um eine Selbstorganisation der Wirtschaft: Die Wirtschaft sollte nicht durch den Staat, sondern durch die Berufsstände koordiniert und geplant werden. Der Parlamentarismus – so wie wir ihn heute kennen – wurde unter dem Korporativismus eher als Quelle von Inkompetenz und Chaos wahrgenommen.

[3] Schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts waren somit verschiedene Branchen, etwa die Uhren-, Textil- oder Bierindustrie, in Kartellen organisiert. Als Reaktion auf die Weltwirtschaftskrise in den 1930er Jahren wurden sogar teilweise Zwangskartelle eingeführt – beispielsweise für landwirtschaftliche Produkte wie Getreide oder Milch.² Aufgrund der wohlwollenden Einstellung gegenüber Kartellen entwickelte sich die Schweiz zwischenzeitlich sogar zu einem beliebten Standort für internationale Kartelle.

[4] Erst nach dem zweiten Weltkrieg kam der gelebte Korporativismus langsam unter Druck. Es brauchte jedoch noch eine gewisse Zeit, bis sich die Einsicht durchsetzte, dass Kartelle nicht nur positive Auswirkungen haben, sondern mit beträchtlichen volkswirtschaftlichen Kosten einhergehen. Illustrativ ist in diesem Zusammenhang, dass noch 1955 die Schweizer Bevölkerung ein Kartellverbot in einer Abstimmung deutlich ablehnte. Das Plakat der Gegner eines Kartellverbots veranschaulicht eindrücklich das damals noch immer vorherrschende Gedankengut, nämlich dass Kartelle ein notwendiger Bestandteil eines gut funktionierenden wirtschaftlichen Räderwerks seien (vgl. Abbildung 1).

¹ Zur Philosophie des Korporativismus vgl. z.B. Korporativismus (hls-dhs-dss.ch); zuletzt besucht am 18. September 2021.

² Zur Geschichte der Kartelle in der Schweiz vgl. auch Kartelle (hls-dhs-dss.ch); zuletzt besucht am 18. September 2021.

Abbildung 1: Abstimmungsplakat gegen die Kartellinitiative (1955)



Quelle: Museum für Gestaltung Zürich, Plakatsammlung, Zürcher Hochschule der Künste

[5] Die kartellfreundliche Haltung spiegelte sich auch in der sog. Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts, die sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts ausbildete. Der Boykott gegenüber Kartellaussenseitern in Form von Lieferverweigerungen oder der Verweigerung von Absatzmöglichkeiten wurde dabei als «an sich erlaubtes Kampfmittel im Wirtschaftsleben»³ gesehen, um eine kartellistische Marktordnung durchzusetzen. Es dauerte noch gut ein Jahrzehnt, bis der damals in vielen Ländern bereits vollzogene Paradigmenwechsel schliesslich auch die Schweiz erreichte und 1962 das erste Kartellgesetz eingeführt wurde. Der Wandel blieb in der Schweiz allerdings zunächst zaghaft. Das erste Kartellgesetz war geprägt vom Konzept des «möglichen Wettbewerbs» – Konkurrenten durften sich durchaus gemeinsam darauf einigen, dass kein Wettbewerb stattfinden soll. Der Wettbewerb sollte aber für jene ermöglicht werden, die diesen betreiben möchten.⁴

[6] 1985 wurde das Kartellgesetz einer ersten Revision⁵ unterzogen. Diese brachte jedoch nur eine geringfügige Verschärfung. Es wurde insbesondere die «Saldomethode», die unter dem Kartellgesetz von 1962 entwickelt wurde, kodifiziert. Bei der Beurteilung von Kartellen und «kartellähnlichen Organisationen» (die in etwa den heutigen marktbeherrschenden Unternehmen entsprachen) wurde dabei abgewogen zwischen den Wettbewerbsinteressen einerseits und den gesundheitspolitischen, sicherheitspolitischen und beliebigen anderen normativen Zielsetzungen andererseits. So erachtete die Kartellkommission zum Beispiel die damalige kartellistische Ordnung des Tabakmarkts als gerechtfertigt, da Dank der Margenschutzordnung die hohe

³ BGE 82 II 292, 299, E. 3.

⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen (Vom 18. September 1961), BBl 1961 II 553.

⁵ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13. Mai 1981, BBl 1981 II 1293.

Kioskdichte erhalten werden könne, was sich positiv auf die Verbreitung von Presseerzeugnissen auswirke.⁶ Auch heute erinnern die international geführten Debatten zur Frage der Unterbringung von wettbewerbsfremden Zielsetzungen wie insbesondere von Nachhaltigkeitszielen unter dem Schirm der Wettbewerbspolitik bisweilen an die – längst überwunden geglaubte – Saldo-methode.

2. Die letzten 25 Jahre

2.1. EWR-Nein und dessen Folgen – Das Kartellgesetz 1995

[7] Das Kartellgesetz von 1995 (in Kraft seit 1996) stand unter dem Einfluss der EWR-Abstimmung im Jahr 1992. Im Hinblick auf diese Abstimmung fand ein enormer Reformschub statt. Teil davon war die beabsichtigte Revision und Erneuerung des Kartellgesetzes nach dem Vorbild der bereits damals existierenden EG Kartellrechtsbestimmungen. Der Gesetzgeber strebte eine grösstmögliche Vereinbarkeit des Schweizer Rechts mit jenem der europäischen Partner an. Das EWR-Nein löste sodann erst recht einen Reformschub aus. Das mit der Swisslex-Botschaft⁷ initiierte Reformprogramm zur binnenwirtschaftlichen Erneuerung umfasste auch die Revision des Kartellgesetzes 1995,⁸ die einen eigentlichen Paradigmenwechsel brachte: weg vom Konzept des möglichen Wettbewerbs und hin zum Konzept des wirksamen Wettbewerbs. Ausdruck hiervon ist unter anderem die Einführung von Vermutungstatbeständen für die als besonders schädlich eingestuften horizontalen Abreden über Preise, Menge und Gebiete (in Art. 5 Abs. 3 KG).

[8] Aufgrund der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung als Missbrauchsgesetzgebung hat der Gesetzgeber aber bewusst keine per se-Verbote für horizontale oder vertikale Abreden eingeführt. Ebenso verzichtete der Gesetzgeber auf Vermutungstatbestände für Vertikalabreden, da diese in ihrer Wirkung als ambivalent betrachtet wurden. Das Instrumentarium der neu geschaffenen Wettbewerbskommission (WEKO), welche die damalige Kartellkommission ablöste, wurde wesentlich mit der Einführung der Verfügungskompetenz gestärkt. Aus Angst, «das Fuder zu überladen» und damit die Revision insgesamt zu gefährden, wurden aber keine direkten Sanktionen eingeführt. Der letzte Schritt hin zu einem wirksamen und griffigen Kartellgesetz wurde somit noch nicht vollzogen.

[9] Unter dem KG 1995 hat sich eine reichhaltige Praxis entwickelt, insbesondere zu horizontalen Preisabreden. So ergingen namentlich zahlreiche Entscheide, die Preisempfehlungen und Tariflisten von Berufs-, Industrie- und Gewerbeverbänden als unzulässig erklärten. Ebenso wurden mehrere Submissionsabsprachen aufgedeckt. Besonders prominent war in dieser Zeit sodann das internationale Vitaminkartell, dessen Aufdeckung in der EU und in den USA zu hohen Bussen geführt hat. Für die Schweiz konnte die WEKO demgegenüber nichts anderes tun, als dessen Unzulässigkeit festzustellen.

[10] Das Fehlen eines wirksamen Eingriffsregimes nach ausländischem Vorbild war denn auch der Auslöser für die Kartellgesetzesrevision im Jahr 2003 (in Kraft seit 2004). Diese bislang letzte

⁶ VKK 1976, 369.

⁷ Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, BBl 1993 I 805 ff. (Swisslex-Botschaft).

⁸ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468.

Revision brachte nebst der Einführung direkter Sanktionen für die besonders schädlichen Abredeformen und missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen unter anderem bessere Aufklärungsmöglichkeiten. So etwa mit der Verankerung des Instruments der Hausdurchsuchungen und der Kronzeugenregelung. Die ebenfalls eingeführten Vermutungstatbestände für vertikale Preisbindungen zweiter Hand und absolute Gebietsschutzabreden waren im Vorentwurf und der Botschaft zur Kartellgesetzesrevision aus dem Jahr 2001 noch gar nicht vorgesehen. Sie fanden erst in der parlamentarischen Diskussion Eingang in die Gesetzesvorlage. Deren Einführung erfolgte mit dem politischen Willen, mit kartellrechtlichen Mitteln gegen die Hochpreisinsel Schweiz vorzugehen (und trotz den im Parlament vorgebrachten Bedenken, dass eine solche Einordnung einer ökonomischen Fundierung entbehrt).

[11] Durch die Einführung der Vermutungstatbestände, gepaart mit dem neuen Sanktionsregime, haben die Wettbewerbsabreden in der Praxis der WEKO und der Rechtsmittelinstanzen eine herausragende Bedeutung erlangt. Einige wesentlichen Entwicklungen im Bereich der horizontalen Abreden (Abschnitt 2.2) und der vertikalen Abreden (Abschnitt 2.3) werden nachfolgend beleuchtet.

2.2. Horizontale Abreden

[12] Der 1995 vollzogene Paradigmenwechsel ist zu begrüßen, basiert er doch auf einem weitgehenden internationalen Konsens, dass harte horizontale Abreden – also Preis-, Mengen- und Marktaufteilungen nach Gebieten oder Kunden unter Konkurrenten – in den allermeisten Fällen volkswirtschaftlich schädlich sind. Natürlich gibt es bis heute Stimmen, die für ein «Laissez-faire» plädieren und einer Wettbewerbspolitik generell skeptisch gegenüberstehen. Diese Stimmen stellen jedoch eine Minderheit dar; Wettbewerbspolitik als Teil der staatlichen Ordnungs- und Wirtschaftspolitik ist heute weitgehend unbestritten und akzeptiert.

[13] Aber gab es eigentlich 1995, als das neue Kartellgesetz in Kraft trat, noch viele harte horizontale Abreden? Konstatiert werden kann, dass viele klassische Kartelle – etwa das Bier-, Zement- oder Bankenkartell – zu diesem Zeitpunkt bereits der Vergangenheit angehörten. Die Zeiten, in denen Unternehmer ihre Preise in verrauchten Hinterzimmern absprachen, waren 1995 wohl längst passé. Denn einerseits entsprachen nationale Kartelle in einer sich globalisierenden Welt immer weniger dem Zeitgeist. Sie wirkten zunehmend als Hemmnis für Unternehmen, die expandieren und sich auf internationalen Märkten behaupten wollten. Andererseits war sicher auch das eine oder andere Kartell in Erwartung der Einführung des neuen Kartellgesetzes präventiv aufgelöst worden. Und auch die Arbeit der Kartellkommission (der Vorgängerbehörde der heutigen WEKO) war nicht ohne Wirkung geblieben. Auch wenn diese über keine «scharfen Waffen» verfügte – sie konnte nur Empfehlungen abgeben –, half sie mit, die kartellistischen Strukturen in der Schweizer Wirtschaft aufzuzeigen und aufzubrechen.

[14] Es erstaunt daher nicht, dass die WEKO in ihrer Arbeit in den letzten 25 Jahren nicht mehr auf viele klassische Preiskartelle gestossen ist. Mit einer Ausnahme: den Submissionsabsprachen im Strassenbau, die regelmässig Gegenstand von Untersuchungen der WEKO darstellten. Um den kartellrechtlichen Problemen in der Baubranche zu begegnen, wurde im Sekretariat der WEKO zu Beginn der 2010er Jahre sogar eine eigene Abteilung (der Dienst «Bau») geschaffen, der sich vorwiegend mit Wettbewerbsbeschränkungen im Bau- und Beschaffungswesen beschäftigt. Aber, wie lässt sich erklären, dass gerade bei Submissionsverfahren im Strassenbau bis heute immer wieder Preisabreden aufgedeckt werden? Eine schlüssige Antwort auf diese Frage ist schwer zu

geben. Auffallend ist jedoch, dass es sich um einen Bereich handelt, in dem das Gemeinwesen der grösste Kunde ist. Hat der Staat in seiner Rolle als Beschaffer in der Vergangenheit zu wenig auf die wettbewerblichen Aspekte geachtet, also den von den Privaten geforderte Paradigmenwechsel selbst nicht oder nur ungenügend nachvollzogen? Dass gerade im Beschaffungswesen die Gefahr besteht, dass regional- und strukturpolitische Überlegungen die Vergabe von Aufträgen beeinflussen, ist wohlbekannt. Hier ist für die Zukunft ein konsequentes Umdenken in Politik und Verwaltung zu fordern.

[15] Der eigentliche «Game Changer» im Bereich der Abreden stellt jedoch die 2003 eingeführte Sanktionierung harter Abreden dar. Plötzlich war es eminent wichtig, ob eine Abrede als Preis-, Mengen- oder Gebietsabsprache eingestuft wird und somit sanktionsbedroht ist. Dies mag insbesondere erklären, weshalb in den letzten Jahren so ausgiebig und intensiv darüber gestritten wurde, wann genau sich eine Abrede wie eine (harte) Preisabrede auswirkt. Exemplarisch kann hierfür die Diskussion um die Frage angeführt werden, wann ein Informationsaustausch zwischen Konkurrenten die Wirkung einer Preisabrede entfaltet. Oder die Frage, ob eine Abrede bezüglich einzelner Preiselemente oder Bruttopreise auch bereits als harte Preisabrede eingestuft werden soll? Und, wie steht es um Arbeitsgemeinschaften, die unter Umständen zu einer Reduktion der Angebote in einer Submission führen?

[16] Insgesamt handelt es sich um Verhaltensweisen, deren wettbewerbliche Wirkungen ambivalent sind und deshalb immer im Einzelfall abgeklärt werden sollten – sie eignen sich nicht für einen formbasierten Ansatz und erst recht nicht für eine strenge Lesart, wie sie seit der GABA-Rechtsprechung⁹ im Bereich der Vermutungstatbestände gilt. Damit muss auch ein Fragezeichen hinter die Sanktionierung solcher Abreden gesetzt werden, da es für ein Unternehmen oftmals nur schwer abschätzbar ist, ob sein Verhalten (noch) regelkonform ist oder nicht. Kommt hinzu, dass die entsprechenden Verfahren regelmässig kompliziert sowie zeit- und ressourcenintensiv sind. Sie erfordern viel ökonomisches Know-how und umfassendes Wissen über die Funktionsweise der betrachteten Märkte, das vor allem auch bei den Rechtsmittelinstanzen im Regelfall nicht vorhanden sein dürfte. Im Vergleich zu den klassischen Preiskartellen ist die Gefahr von Regulierungsfehlern (sprich: ungerechtfertigten Interventionen) um ein Vielfaches grösser und die finanziellen Konsequenzen für ein Unternehmen können drastisch ausfallen.

2.3. Vertikale Abreden

[17] Mit der Revision des Kartellrechts im Jahre 2003 wurden nicht nur direkte Sanktionen für besonders schädliche Abreden eingeführt, sondern wie erwähnt auch Vermutungstatbestände für vertikale Preisbindungen und absolute Gebietsschutzabreden geschaffen. Schon damals wurde die Sinnhaftigkeit solcher Vermutungstatbestände – insbesondere unter den Ökonomen – heftig diskutiert. Es herrschte grossmehrheitlich die Meinung vor, dass vertikale Restriktionen pro- und anti-kompetitive Auswirkungen haben können und die Schaffung eines neuen Vermutungstatbestandes unverhältnismässig ist.

[18] Zwischenzeitlich hat sich mit dem GABA-Urteil¹⁰ eine höchstrichterliche Rechtsprechung herausgebildet, die de facto einem per se-Verbot von vertikalen Preis- und Gebietsabreden gleich-

⁹ BGE 143 II 297.

¹⁰ *Ibid.*

kommt. Eine Effizienzrechtfertigung bleibt zwar möglich, sofern die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann, sie wird aber in der Praxis nur in den seltensten Fällen zu erbringen sein. Hinzu kommt, dass die Tatbestände des Art. 5 Abs. 4 KG sehr weit ausgelegt werden, so dass es auf die effektiven Auswirkungen auf den Schweizer Markt nicht ankommen soll. Auch das Auswirkungsprinzip in Art. 2 Abs. 2 KG kommt nicht als Korrektiv zum Tragen. Nach dieser strengen Lesart sind selbst indirekte Marktabschottungen erfasst, wie z.B. eine Alleinbezugspflicht in der Schweiz. Dies, obwohl Alleinbezugspflichten nach EU-Kartellrecht – und auch nach dem Wortlaut der Vertikalbekanntmachung der WEKO – gleich wie Wettbewerbsverbote zu behandeln sind und somit nach EU-kartellrechtlicher Terminologie keine Kernbeschränkungen darstellen.¹¹

[19] Die gleiche Stossrichtung hat die jüngste Praxis zu vertikalen Preisempfehlungen im Urteil des Bundesgerichts in Sachen Hors Liste-Medikamente.¹² Hier wird mit dem Abstellen auf den faktischen Befolgungsgrad nicht nur die EU-Praxis zu horizontalen abgestimmten Verhaltensweisen auf problematische Weise auf vertikale Verhältnisse transponiert. Die strenge Haltung widerspricht auch hier der EU-Praxis zu vertikalen Preisempfehlungen und den Vorgaben der Vertikalbekanntmachung der WEKO, die beide die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen als ausschlaggebende Kriterien für die Qualifikation als vertikale Preisbindung festsetzen.

[20] Damit hat sich die Praxis aus ökonomischer Sicht klar zum Schlechten entwickelt – sie hat sich weitgehend von den ökonomischen Grundlagen und den wettbewerblichen Realitäten entkoppelt. Denn nach wie vor sind vertikale Restriktionen – in einer sich digitalisierenden Welt wohl sogar zunehmend – ein wichtiges Instrument, um Vertriebsketten effizient zu gestalten. Damit sei nicht negiert, dass vertikale Restriktionen auch zu wettbewerbsschädlichen Zwecken eingesetzt werden können, etwa um ein Herstellerkartell zu stützen. Deshalb sollten sie immer im Einzelfall geprüft werden. Dabei kann eine einfache Daumenregel angewendet werden: Bei bestehendem Wettbewerb zwischen den Herstellern (sog. Interbrand-Wettbewerb) fällt die Wahrscheinlichkeit, dass eine vertikale Abrede volkswirtschaftlich schädlich ist, äusserst gering aus.

[21] Doch nicht nur aus ökonomischer Perspektive ist diese Entwicklung bedenklich: Die Einführung von «Swiss Finishes» bringt für Unternehmen erhebliche Rechtsunsicherheit. Sie widerspricht ausserdem den ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers, keine per se-Tatbestände einzuführen und im Bereich des Kartellgesetzes möglichst weitgehende Europakompatibilität herzustellen. Störend an der geltenden Rechtsprechung ist zudem, dass sie zu Inkohärenzen im Kartellrecht führt. So werden Unternehmen Anreize gesetzt, sich vertikal zu integrieren, da eine Fusion oft der sicherere und einfachere Weg ist, den Vertrieb zu organisieren als eine vertikale Restriktion. Denn letztere kann potenziell zu grossen kartellrechtlichen Scherereien führen. Damit verliert das Kartellgesetz seine Neutralität gegenüber der Organisationsform von Unternehmen und fördert die vertikale Integration sowie die Gründung von «Joint Ventures».¹³

¹¹ S. GION GIGER, Bundesverwaltungsgericht bestätigt die Verfügung der WEKO in Sachen «Nikon», in: dRSK, publiziert am 28. November 2016.

¹² BGer 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021.

¹³ Vgl. hierzu etwa auch MICHAEL FUNK/CHRISTIAN JAAG/SAMUEL RUTZ, Gefährdete Kohärenz im Kartellrecht, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (sic!), 5/2019, 304–306.

3. Der Blick nach vorne – Trends im Bereich der Wettbewerbsabreden

[22] Nach dieser Bestandesaufnahme wagen wir einen Blick nach vorne. Die nächste Revision des Kartellgesetzes steht an. So wird das Konzept der relativen Marktmacht auf den 1. Januar 2022 eingeführt, was für zahlreiche Unternehmen mit einer gesteigerten Rechtsunsicherheit einhergehen dürfte.¹⁴ Weiter wird sich das Parlament mit der Motion Français befassen müssen, die eine Rückkehr zu einer einzelfallweisen Beurteilung der Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fordert.¹⁵ Auch werden sich die Entwicklungen in der EU zur laufenden Revision der EU-Vertikalbekanntmachung, der Vertikalleitlinie und der Leitlinie für horizontale Abreden auf die Schweiz auswirken, indem die künftigen Änderungen voraussichtlich weitgehend nachvollzogen werden. Überdies werden die im umliegenden Ausland laufenden Bestrebungen zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen in der Wettbewerbspolitik und Anpassungen mit Blick auf marktmächtige digitale Plattformen in der Schweiz mit Interesse verfolgt. Wir befinden uns somit erneut in Zeiten des wettbewerbspolitischen Wandels. Dabei scheint es uns zentral, zwei drohende Entwicklungen im Blick zu behalten: einerseits die Gefahr einer anhaltenden Ausdehnung und Formalisierung der Abredetatbestände (Abschnitt 3.1) und andererseits der Gefahr der Schaffung neuer Abredetatbestände (Abschnitt 3.2).

3.1. Gefahr der anhaltenden Ausdehnung und Formalisierung des Abredetatbestands

[23] Wie gezeigt, hat sich über die Jahre in den Bereichen der Marktabschottungen, Preisbindungen und horizontalen Abreden zunehmend eine strenge und interventionistische Praxis ausgebildet. Es ist einerseits erfreulich, dass die WEKO wirksam gegen besonders schädliche Wettbewerbsbeschränkungen wie klassische Preiskartelle vorgehen kann und Unternehmen zunehmend ihre Compliance-Bemühungen ausgebaut haben. Man darf davon ausgehen, dass klassische Kartelle dadurch immer seltener werden. Andererseits birgt die Weiterentwicklung der Praxis aber auch Risiken. Die Fallpraxis setzt sich zunehmend mit Detailfragen auseinander sowie mit atypischen oder nicht offensichtlich unzulässigen Verhaltensweisen, die oftmals ambivalent sind und einer sorgsam Abwägung der pro- und antikompetitiven Wirkungen bedürften (wie z.B. Einkaufskooperationen, Bruttopreisabsprachen oder unverbindliche Preisempfehlungen). Ein solches «Mikromanagement» erfordert viel marktspezifisches und ökonomisches Know-how und macht die Verfahrensführung sehr aufwendig und zeitintensiv. Vor diesem Hintergrund ist eine Flucht in einen formbasierten Ansatz (mit Vermutungstatbeständen und Beweislastumkehr) verständlich. Dadurch sollen Verfahren beschleunigt und vereinfacht werden.

[24] Die Anwendung von holzschnittartigen Vermutungstatbeständen ist aber für solche Verhaltensweisen gerade nicht geeignet. Es besteht die Gefahr eines ökonomisch und rechtsstaatlich fragwürdigen «Over-enforcement». Die jüngste Praxis lässt erahnen, wohin das führt: Es droht die Gefahr, dass Verhaltensweisen untersagt werden, die wettbewerbsrechtlich gar nicht als besonders schädlich qualifiziert werden sollten. Erschwerend kommt hinzu, dass aufgrund der Un-

¹⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. September 2021, Fair-Preis-Initiative: Inkraftsetzung des indirekten Gegenvorschlag (online abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85152.html>; zuletzt besucht am 18. September 2021).

¹⁵ Vgl. Motion 18.4282 vom 13. Dezember 2018, Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen.

wägbarkeiten einer Effizienzrechtfertigung Unternehmen oftmals bereits in vorausseilendem Gehorsam auf Verhaltensweisen verzichten, die möglicherweise innovativ und effizient wären. Dies ist aus volkswirtschaftlicher Sicht zu bedauern und widerspricht dem Zweck des Kartellgesetzes diametral, werden dadurch doch mögliche Wohlfahrtsgewinne für die Gesellschaft verhindert.

3.2. Gefahr der Schaffung neuer Abredetatbestände

[25] Der zweite grosse Trend, der sich zurzeit beobachten lässt, ist das Bestreben, sachfremde Ziele ins Kartellgesetz zu integrieren. Exemplarisch hierfür ist die Annahme des Gegenvorschlags zur «Fair-Preis-Initiative» durch die Räte im März 2021, womit das Konzept der «relativen Marktmacht» ins Kartellgesetz aufgenommen wurde. Faktisch hat das Parlament damit diskussionslos einer Vermischung von Wettbewerbs- und Strukturpolitik zugestimmt. Es ist absehbar, dass dieser Trend Fortbestand haben wird. So gab es etwa auch Bestrebungen, das Kartellgesetz bzw. die WEKO für protektionistische Zwecke – Stichwort: Investitionsschutz – einzuspannen. Im Bereich der Abreden dürfte es zudem nur eine Frage der Zeit sein, bis auch in der Schweiz die Diskussion darüber entfacht, ob Unternehmen zur Erreichung der gesellschaftlichen Klimaziele (harte) Absprachen treffen dürfen.

[26] Gerade letzteres muss kritisch hinterfragt werden: Soll den Unternehmen tatsächlich ein Handlungsfeld überlassen werden, das bis anhin aus guten Gründen dem Staat vorbehalten war? Sicherlich darf es nicht dazukommen, dass der Staat seine Verantwortung auf die Unternehmen abschiebt, denn letztlich ist die Erreichung umweltpolitischer Ziele klar eine staatliche Aufgabe. Es geht hier in erster Linie um die Internalisierung von Externalitäten und nur der Staat verfügt über das Instrumentarium, um Umweltziele effizient zu erreichen.

[27] Natürlich, das Kartellrecht ist nicht ein starres Gebilde, das sich nicht weiterentwickeln darf – die Zeiten ändern sich und auch das Kartellrecht muss sich ändern dürfen. Das heisst jedoch nicht, dass jede Entwicklung, jede politische Modeströmung gleich zu einer Anpassung des Kartellrechts führen muss. Vielmehr gilt es kühlen Kopf zu bewahren, denn sehr oft ist das Kartellrecht heute schon flexibel genug, um aktuellen Entwicklungen – seien diese im Bereich Umwelt oder Digitalisierung – adäquat Rechnung zu tragen. Dies zeigt sich gerade im Umweltbereich, wo weiche Abreden seit jeher einer Rechtfertigung durch Effizienzgründe zugänglich sind. So stellt gemäss dem geltenden Kartellgesetz ja gerade die rationelle Nutzung von Ressourcen ein Grund dar, der etwa eine Kooperationsabrede rechtfertigen kann.

3.3. Grundsätze bei der Weiterentwicklung der Abredetatbestände

[28] Wenn über die Weiterentwicklung des Kartellgesetzes nachgedacht wird, wäre es empfehlenswert die folgenden Grundsätze zu beachten. Erstens, die gute, alte «Tinbergen-Regel»: Pro Ziel ein Instrument. Oder anders ausgedrückt, die Vermischung von wettbewerbspolitischen Zielen mit anderen Zielen kommt selten gut. Damit hat die Schweiz ja bereits einschlägige Erfahrungen gesammelt. So wird die Abschaffung der Saldomethode, die eine Vermischung von wettbewerblichen und ausserwettbewerblichen Aspekten zuliess, als eine der zentralen Errungenschaften des 1995 eingeführten Kartellgesetzes gepriesen. Die Saldomethode war schwerfällig und vor allem anfällig für Fehler, Lobbying und Willkür. Sie wurde zu Recht abgeschafft und sollte nicht

über die Hintertür – etwa zur Verteidigung von harten Klimaabreden – wieder eingeführt werden.

[29] Zweitens sollte die Kohärenz des Kartellgesetzes im Auge behalten werden. Die drei Säulen des Kartellgesetzes sind nicht alleinstehende, voneinander unabhängige Silos. Vielmehr korrespondieren sie miteinander, geht es doch in allen Säulen letztlich um die Bekämpfung von wettbewerbsschädigender Marktmacht. Als Beispiel hierfür kann noch einmal auf die vertikalen Abreden hingewiesen werden: Eine verschärfte Praxis in diesem Bereich setzt Anreize für Unternehmen, sich vertikal zu integrieren, da die Schweizer Fusionskontrolle im internationalen Vergleich nach wie vor sehr permissiv ausgestaltet ist. Letztlich stellt eine vertikale Integration aber nur die extremste Form einer vertikalen Abrede dar.

[30] Als weiteres Beispiel für drohende Inkonsistenzen im Kartellrecht kann die Motion Français erwähnt werden, die kürzlich vom Nationalrat angenommen wurde und die vom Bundesgericht im GABA-Urteil eingeführte per se-Erheblichkeit von harten Abreden wieder abschaffen will. Man kann das Anliegen sympathisch finden oder nicht. Erstaunlich ist jedoch, dass sich derselbe Rat noch vor kurzer Zeit mit der Annahme des Gegenvorschlags zur «Fair-Preis-Initiative» ohne Not für eine massive Verschärfung des Kartellgesetzes an anderer Stelle eingesetzt hat. Um solche Inkonsistenzen zu vermeiden und die Kohärenz des Wettbewerbsrecht sicherzustellen, wäre wohl das geflügelte Wort «Weniger ist oftmals mehr» ein guter Ratgeber.

SAMUEL RUTZ, Dr. oec. publ., Vizedirektor bei Swiss Economics und Senior Fellow bei Avenir Suisse, Zürich.

MONIQUE STURNY, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Partnerin bei Walder Wyss AG, Zürich.

Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Präsentation der Autoren anlässlich der von der schweizerischen Wettbewerbskommission organisierten Veranstaltung zum 25-jährigen Bestehen des Schweizer Kartellgesetzes in Bern am 15. Juni 2021. Der Vortragsstil wird weitgehend beibehalten.