
Preisabreden und Marktabschottungen

Veranstaltung «25 Jahre Kartellgesetz»

Bern, 15. Juni 2021

Dr. Samuel Rutz, stv. Geschäftsführer Swiss Economics

Dr. Monique Sturny, LL.M., Partnerin, Walder Wyss AG

swiss economics

walderwyss rechtsanwälte

Der Blick zurück

Kartelle sind kein Phänomen der Neuzeit



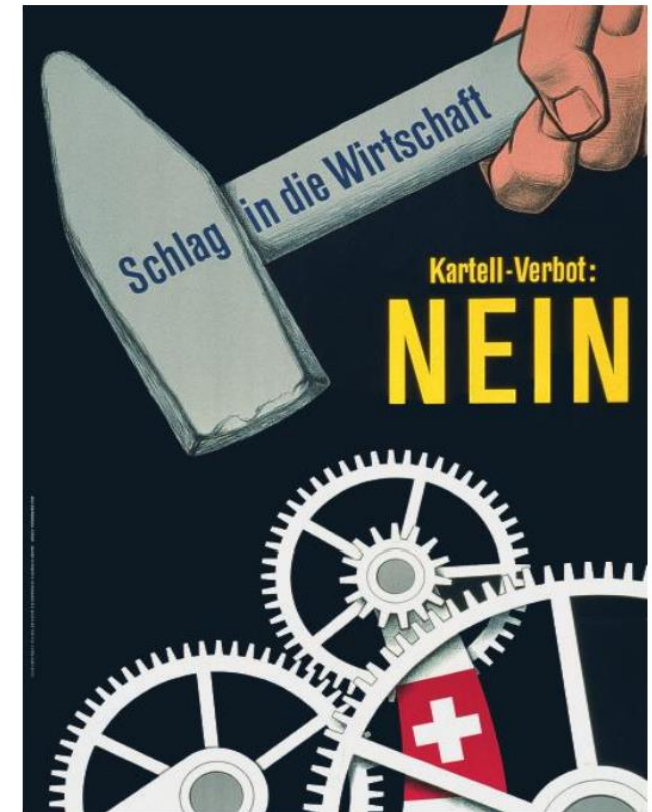
«People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. »

Adam Smith, The Wealth of Nations (1776)

Die Schweiz – ein Kartellland

- Bis zur Industrialisierung gehörte die Schweiz zu den armen Ländern Europas
- Mit der Industrialisierung setzte eine Kartellisierungswelle ein (Textilien, Uhren, Bier etc.)
- Während der Kriegsjahre gewannen die Kartelle an Bedeutung – es gab sogar «Zwangskartelle»
- In dieser Zeit war die Schweiz ein beliebter Standort für internationale Kartelle
- Erst nach dem zweiten Weltkrieg kam der helvetische «Korporatismus» langsam unter Druck

Noch 1955 lehnte das Volk ein Kartellverbot ab



Die Anfänge der Schweizer Kartellgesetzgebung

- **Boykottrechtsprechung**, z.B. BGE 76 II 281 von 1950:
 - Grosshandelsverband der sanitären Branche zur «Bekämpfung ungesunder Konkurrenzauswüchse»
 - Verbandszweck: u.a. die «Aufstellung einheitlicher Kaufpreise»
 - E. 4a: «Das überragende Interesse der Gesamtheit an einer vernünftigen und zweckmässigen Organisation des Gewerbes vermöchte daher zweifellos die wirtschaftliche Vernichtung des Aussenseiters zu rechtfertigen, [...]»
- **KG 1962: Konzept des möglichen Wettbewerbs**

Die Anfänge der Schweizer Kartellgesetzgebung (2)

- KG 1985: Kodifizierung der **Saldomethode** als kartellfreundliche Schweizer Spezialität
- Beispiel **Tabakkartell als Beitrag zur freien Meinungsbildung:**
Mit überhöhten Tabakpreisen können Kioske den defizitären Presseverkauf quersubventionieren und damit zur Pressevielfalt beitragen



Die letzten 25 Jahre

Kartellgesetz 1995

- **EWR-Abstimmung** und dessen Folge
 - Reformdruck im Hinblick auf EWR-Abstimmung von 1992
 - Integrationsbericht des Bundesrats von 1988: Ziel, «grösstmögliche Vereinbarkeit» des Schweizer Rechts mit dem der «europäischen Partner»
 - EWR-Nein: Reformprogramm Swisslex-Botschaft von 1993
- **Paradigmenwechsel KG 1995**
 - Konzept: wirksamer Wettbewerb; Ziel: Gesamtwohlfahrtssteigerung
 - Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 KG, aber keine per se Tatbestände; keine Vermutungstatbestände für Vertikalabreden und keine direkten Sanktionen

Kartellgesetz 2003 und weitere Reformschritte

- **Reichhaltige Praxis, u.a. zu horizontalen Preisabreden:**
 - Preisempfehlungen und Tariflisten von Verbänden
 - Submissionsabsprachen mit Preiselementen
 - Vitaminkartell
- Aber: **keine direkte Sanktionen** möglich
- **KG-Revision 2003**
 - Einführung **direkter Sanktionen** für Verstöße gegen Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 sowie Art. 7 KG
 - Einführung **Vermutungstatbestände für Vertikalabreden** im Parlament



Schädliche horizontale Abreden

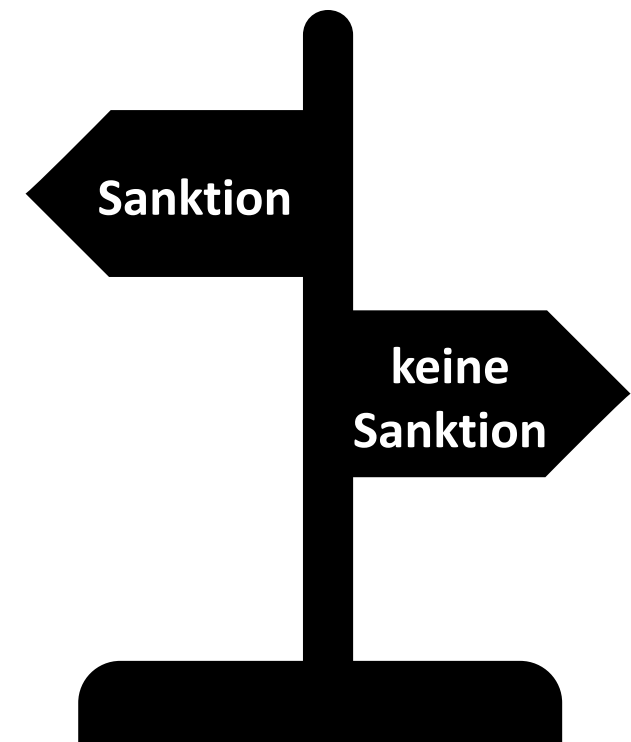
- Der 1995 vollzogene Paradigmenwechsel ist aus ökonomischer Sicht zu begrüßen
- Konsens: horizontale Preis- und Gebietsabsprachen sind volkswirtschaftlich schädlich
- Aber: Gab es Mitte der 1990er Jahre überhaupt noch (viele) harte Preiskartelle?
- Die «klassischen» Kartelle (Bier, Zement, Banken etc.) waren damals bereits Geschichte

Submissionskartelle im Tief- und Strassenbau – die Ausnahme?



Wann ist eine Abrede eine Preisabrede?

- Als Konsequenz der Einführung von Sanktionen kam ab 2003 vermehrt die Frage auf «Wann wirkt sich eine Abrede wie eine harte Preisabsprache aus?»
 - (unverbindliche) Preisempfehlungen
 - Informationsaustausch
 - Absprachen bezgl. Preisbestandteilen (z.B. Bruttopreisabsprache)
 - Arbeitsgemeinschaften
- Damit wurde ökonomisch heikles und wenig erforschtes Terrain betreten



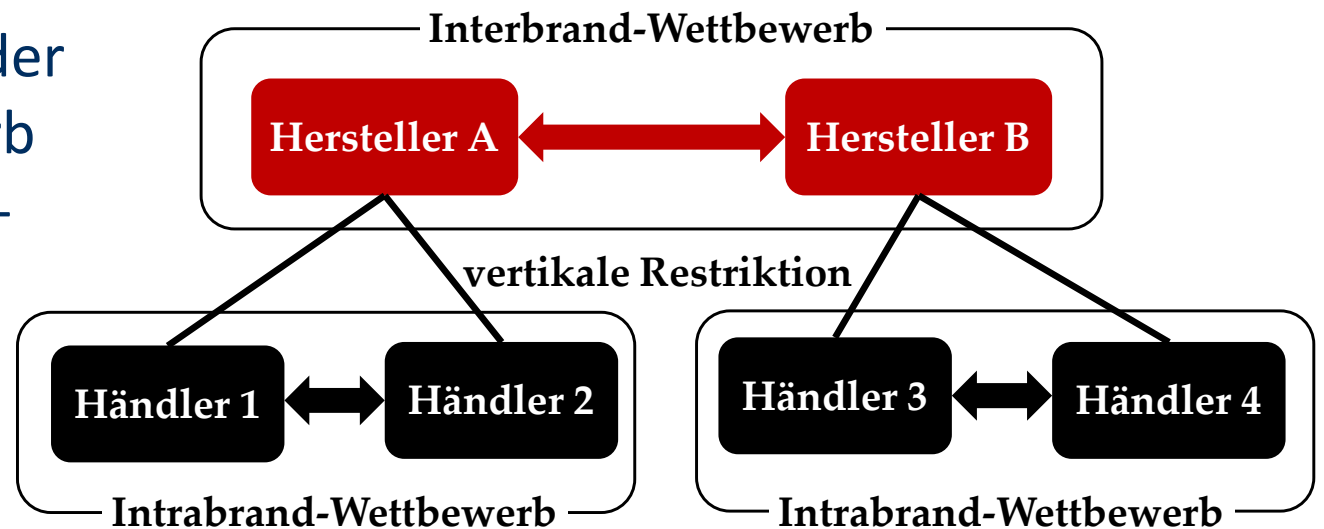
Horizontale Abreden – Rechtsprechung

- Jüngere Praxis im Bereich horizontaler Abreden, z.B.
 - **Strassenbau, Hoch- und Tiefbau** (Graubünden): Unzulässige Submissionsabreden
 - **Banken-/Finanzbereich** (Devisenkassahandel; Handel mit Zinsderivaten; Fahrzeugleasing)
- Zahlreiche Fälle vor Rechtsmittelinstanzen hängig
- Tragweite Vermutungstatbestand? Z.B. Einkaufskooperationen
- Fragen rund um den horizontalen Abredebegriff, z.B.
 - Informationsaustausch: Bloss einseitig? Einmalige Teilnahme?
 - Vorliegen einer Gesamtabrede?



Ökonomik vertikaler Abreden

- Pro memoria: Die Ökonomik vertikaler Abreden hat sich in den letzten 25 Jahren nicht verändert
- Motive: Vertikale Abreden können pro-kompetitiv (z.B. Internalisierung von Externalitäten in der Vertriebskette) oder anti-kompetitiv sein (z.B. Herstellerkartelle)
- Daumenregel: Sofern der Interbrand-Wettbewerb funktioniert, sind vertikale Abreden nicht schädlich



Praxis zu vertikalen Abreden: Marktabschottungen

- Erste Leitentscheide zu Art. 5 Abs. 4 KG: Kampf gegen **Hochpreisinsel** Schweiz
- Entscheid-Trias BGE **Gaba** (2016) / **Nikon** (2016) / **BMW** (2017)
 - Parallelimportbeschränkung als unzulässige Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG
 - Grundsätzliche Erheblichkeit aufgrund des Gegenstands
 - Mögliche Wettbewerbsbeeinträchtigung genügt
 - Frage indirekter Gebietsabschottungen



Praxis zu Vertikalabreden: Preisbindungen

- Unzulässige Preisbindungen zweiter Hand nach Art. 5 Abs. 4 KG über **Mindest- oder Festpreise**, z.B.
 - WEKO i.S. Saiteninstrumente (2015): betr. Maximalrabatte
 - EVR i.S. Stöckli (2019): Verpflichtung der Händler, Schweizer Verkaufspreise nicht zu unterbieten
- **Preisempfehlungen** als unzulässige Preisbindung?
 - Begriff der abgestimmten Verhaltensweise
 - Insbes. BGE Altimum (2018); BGE Hors-Liste Medikamente (2020)
- **Paritätsklauseln/Meistbegünstigungsklauseln**, u.a. im Bereich Hotelbuchungsplattformen



Der Blick nach vorne

Trends im Bereich der Abreden

Anhaltende
«Aus-
dehnung»
des Abrede-
tatbestands

- Eingriffe werden tendenziell «interventionistischer»
- Ein solches «Mikromanagement» erfordert viel marktspezifisches und ökonomisches Wissen
- Flucht in einen formbasierten Ansatz?
 - Bedürfnis nach Verkürzung der Verfahrensdauer
 - Gefahr: rechtsstaatlich bedenkliche Abkürzungen
- Gegenteilstendenzen:
 - Motion Français
 - Reform EU GVO: Ruf nach mehr Flexibilisierung

Trends im Bereich der Abreden (2)

Neue Abredetat- bestände

- Mit dem Kartellgesetz sollen immer mehr sachfremde Ziele erreicht werden
- Im Bereich der Abreden: Hochpreisinsel, Klimaschutz, Social Corporate Responsibility (SCR) etc.
- Bei der Weiterentwicklung des Kartellgesetzes sollte auf Folgendes geachtet werden:
 - ① Tinbergen-Regel: «Pro Ziel ein Instrument»
 - ② Keine Neuauflage von «Gescheitertem» (z.B. Saldomethode)
 - ③ Kohärenz des Kartellgesetzes im Blick behalten

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Dr. Samuel Rutz, stv. Geschäftsführer Swiss Economics
samuel.rutz@swiss-economics.ch



Dr. Monique Sturny, LL.M., Partnerin, Walder Wyss AG
monique.sturny@walderwyss.com