

# Schützt das Kartellgesetz den Wettbewerb noch ausreichend?

Wettbewerbspolitischer Workshop 2022, Avenir Suisse

Zürich, 28. September 2022

Dr. Monique Sturny

---

walderwyss rechtsanwälte

# Agenda

- Schutz des wirksamen Wettbewerbs – Zielsetzung des KG
- Bereich der Wettbewerbsabreden
- Bereich des Missbrauchs einer (relativ) marktbeherrschenden Stellung
- Bereich der Zusammenschlusskontrolle
- Fazit

# Schutz des wirksamen Wettbewerbs

# Schutz des wirksamen Wettbewerbs – Zielsetzung des KG im Laufe der Zeit

KG 1962	KG 1985	KG 1995	KG 2003	Stand heute / Ausblick
<ul style="list-style-type: none"><li>– Boykottrecht-sprechung</li><li>– Selbst-organisation der Wirtschaft in Verbänden</li><li>– <b>Konzept des möglichen Wettbewerbs</b></li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>– Interessen-abwägung: <b>Saldomethode</b></li><li>– Kartell-wirtschaft bis in die 80er Jahre</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>– Nachgang zum EWR-Nein</li><li>– Paradigmen-wechsel</li><li>– <b>Konzept des wirksamen Wettbewerbs</b></li><li>– Vermutungs-tatbestände für horizontale Abreden</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>– Einführung direkter Sanktionen</li><li>– Bessere Auf-klärungs-möglichkeiten</li><li>– Vermutungs-tatbestände für vertikale Abreden</li></ul>	<p><b>1.1.2022:</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>– Einführung relative Marktmacht</li></ul> <p><b>Laufende Revision:</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>– Einführung SIEC-Test</li><li>– Motion Français</li><li>– Motion Wicki</li></ul>

# Verfassungsrechtliches Ziel

- **Art. 96 Abs. 1 BV:** Massnahmen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Wettbewerbsbeschränkungen
- Zielerfüllung im Laufe der Zeit: Grosse Errungenschaften am Beispiel der horizontalen Abreden
  - Aufbrechen kartellistischer Verbandsstrukturen
  - Ursprünglich als Kartelle organisierte Branchenverbände wurden zurückgebunden
  - Fundamentaler Mentalitätswandel
  - Tarifvorgaben von Berufs-, Industrie- und Gewerbeverbänden wurden als unzulässig erklärt
  - Wirksam bis heute: z.B. Aufdeckung Submissionsabreden im Baubereich

# Aktuelle Diskussion: Braucht es eine Neuausrichtung?

- **Anhaltende Ausdehnung und Formalisierung der unter das KG fallende Sachverhalte?**
- Hintergrund:
  - Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich der **Wettbewerbsabreden**:
    - u.a. BGer i.S. Gaba, BMW, Altimum, Pfizer
    - Reaktionen: **Motion Français (2018)**, **Motion Wicki (2021)**
  - Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich des **Missbrauchs marktbeherrschender Stellung**: u.a. BVGer i.S. SIX/DCC
  - **Zusammenschlusskontrolle**: Diskussion zum Wechsel zu SIEC-Test

# Wettbewerbsabreden

# Wettbewerbsabreden: Anhaltende Ausdehnung und Formalisierung der unter das KG fallenden Sachverhalte?

- **Motion Français (2018):**
  - Fordert, dass für Erheblichkeit i.S.v. Art. 5 KG stets qualitative und quantitative Kriterien berücksichtigt werden müssen
  - Umkehr der Gaba-Rechtsprechung, wonach die Vermutungstatbestände (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) bereits dem Gegenstand nach erheblich sind
  - Zustimmung von Seite der Wirtschaft
  - Opposition auf Seite der rechtsanwendenden Behörden/Gerichte



# Wettbewerbsabreden: Anhaltende Ausdehnung und Formalisierung der unter das KG fallenden Sachverhalte?

## – **Motion Wicki (2021):**

- Fordert, Untersuchungsgrundsatz zu wahren
- Keine Beweislastumkehr im KG
- Begründungstext erwähnt Gesamtabrede
- Vorwurf: Gesamtabrede (i.S. einer Rahmenabrede) wird nicht nachgewiesen
- Vorwurf des Zirkelschlusses: Gesamtabrede wird aus Einzelabreden abgeleitet; Einzelabreden müssen nicht nachgewiesen werden wegen Gesamtabrede

# Gretchenfrage: Schafft die aktuelle Praxis für die Unternehmen Rechtssicherheit oder Verunsicherung?

Diskussion geprägt von zwei gegensätzlichen Haltungen:

*«Die Vermutungstatbestände sind klar definiert. Es sind nur fünf Tatbestände. Für alle anderen Abreden greift die Gaba-Rechtsprechung nicht. Die Qualität der Abrede lässt sich gut selbst einschätzen. Eine Effizienzrechtfertigung ist ausserdem immer noch möglich.»*

*«Die Vermutungstatbestände sind ausufernd. Es werden stets neue Vermutungen und Beweiserleichterungen geschaffen. Die Unternehmen sind verunsichert. Dies führt zu Fehlanreizen und Verzicht auf an sich effizientes Verhalten.»*

«Reality Check» aus Unternehmenssicht?

# Praxis zu Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 und 4 KG

1

Weiter **Abredebegriff** («Gefühl gegenseitiger Sicherheit») und weite Auslegung der **Vermutungstatbestände**

2

**Erheblichkeit bejaht unabhängig von konkreten Marktwirkungen (Gaba/BMW)**,  
Nachweis Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht erforderlich

3

**Effizienzrechtfertigung kaum erfüllbar und kaum geprüft (Altimum, Pfizer)**  
Kriterium der Notwendigkeit kaum je gegeben

4

**Klärungsmöglichkeiten gering**  
Widerspruchsverfahren unzulänglich,  
Beratungsanfragen ungeeignet für schwierig zu beurteilende Fragen

# Weiter Abredebegriff und weite Auslegung der Vermutungstatbestände

- **Abgestimmte Verhaltensweise: *Anic*-Vermutung (BGer i.S. Pfizer)**
- **Horizontale Abreden**
  - Schädliche Kartelle über Preise, Mengen, Gebiete, z.B.:
    - Submissionsabsprachen
    - Verbandsabreden über Preise
  - Fragwürdige Ausweitung: Beispiele aus RPW 2022/1:
    - Abreden im Bereich Luftfracht: Gesamtabrede; Nachweis Gesamtplan?
    - Beratung Statistik Verkauf Elektroapparate

# Weiter Abredebegriff und weite Auslegung der Vermutungstatbestände (II)

## – **Vertikale Abreden:**

### – Schädliche Formen:

- Preisbindungen zweiter Hand
- Absolute Gebietsschutzabreden

### – Fragwürdige Ausweitungen und Swiss finish:

- BGer i.S. Pfizer: Frage der Preisbindung; Beurteilungskriterien bei UVP
  - Intensive Kommunikation (selbst wenn ohne Druck / Anreize)
  - Hoher Befolgungsgrad; elektronische Übermittlung
- Indirekte absolute Gebietsschutzabreden

# Frage der Marktwirkungen

- Sinn und Zweck der Vermutungstatbestände: Wettbewerbsschädliche Abreden unterbinden
- Ausweitung in jüngsten Jahren
  - Unabhängig von Umsetzung (auch Schubladenkartelle)
  - Unabhängig von Anzahl betroffener Fälle (Gaba / BMW)
  - Bezwecken genügt
  - Wirkungen müssen nicht vorliegen

# Missbrauch einer marktbeherrschende Stellung

# Aktuelle Praxis zu Art. 7 KG

- Formalistischer Ansatz und strenge Haltung
- Beispiele aus der jüngsten Praxis:
  - BVGer i.S. SIX/DCC: Art 7 Abs. 2 KG als abstraktes Gefährdungsdelikt
  - BVGer i.S. Sport im Pay-TV
    - Verweigerung von Geschäftsbeziehungen
    - Diskriminierung von Handelspartnern
    - Erzwingung unangemessener Preise
    - Exklusivrechte/Investitionsschutz keine Rechtfertigung
- Besondere Herausforderungen für marktbeherrschende Unternehmen in der Praxis u.a. bei: Rabattgestaltung; Vertragsverhandlungen



# Ausweitung auf relativ marktbeherrschende Unternehmen

- Hintergrund: Fair-Preis-Initiative:
  - Umsetzung: Umfassende Anwendung auch auf Binnensachverhalte
  - Gesamter Art. 7 KG gilt neu auch für Verhältnisse relativer Marktmacht
- Bezweckt: Schutz von Abnehmern oder Lieferanten
- Rechtsunsicherheit bezüglich der Anwendung
  - **Wann liegt relative Marktmacht vor?** Unbestimmte Begriffe: keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten
  - **Wann liegt ein Missbrauch relativer Marktmacht vor?** Beispiele:
    - Zu beurteilen ist stets ein bilaterales Verhältnis: Anwendung auf Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern?
    - Tatbestände, welche eine Erschwerung des Marktzugangs / Marktverschliessung betreffen, passen nicht

# Zusammenschlusskontrolle

# Qualifizierter Marktbeherrschungstest vs. SIEC-Test

- Gegenwärtig: qualifizierter Marktbeherrschungstest
  - Marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann
  - Keine überwiegenden Verbesserungen in anderen Märkten
- Laufende Revision: Wechsel zu SIEC-Test? Diskutierte Punkte:
  - Welche «Gap cases» bestehen?
  - Statt Konsumentenwohlfahrts-Standard: Gesamtwohlfahrtsstandard müsste massgebend sein (Schutz der Struktur des Wettbewerbs; Effizienzgewinne in benachbarten Märkten; produktive Effizienzgewinne)

# Fazit

# Fazit

Errungenschaften des Kartellgesetzes sowie der Praxis der WEKO und der Gerichte


- Bewirkte einen Mentalitätswandel
- Kartellrecht als unternehmerisches Kernrisiko
- Grosse Compliance-Anstrengungen

Kehrseite: zunehmende Ausdehnung und Formalisierung

- Sachverhalt und Rechtsfolgen zunehmend fingiert
- Gefahr eines fragwürdigen “over-enforcement”
- Gefahr einer ineffizienten “over-compliance”
- Verzicht auf effiziente Verhaltensweisen
- Zwangsjackeneffekt

## Fazit (II)

Kartellgesetz darf nicht zum Spielball werden von politischen Interessen



Keine Verfolgung von wettbewerbsfremden Themen



Keine Strukturpolitik im KG (wie z.B. relative Marktmacht)

Aber: Auseinandersetzung mit neuen Herausforderungen erforderlich (Stichworte: Digitalisierung und Nachhaltigkeit)

Dr. Monique Sturny, LL.M., Rechtsanwältin  
Partnerin, Walder Wyss AG  
[monique.sturny@walderwyss.com](mailto:monique.sturny@walderwyss.com)  
Direkt: +41 58 658 56 56

---

walder**wyss** rechtsanwälte