

Gefährdete Kohärenz im Kartellrecht

MICHAEL FUNK* / CHRISTIAN JAAG** / SAMUEL RUTZ***

Das Bundesgericht hat die Anwendung des Kartellverbots zuletzt deutlich verschärft: Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen sind unabhängig von deren Wettbewerbswirkung de facto verboten. Schon früher hat das Bundesgericht das Wettbewerbsrecht mit ähnlich weitreichenden Entscheidungen geprägt. Heute können Fusionen kaum noch untersagt werden, und unangemessene Preise werden nicht mehr sanktioniert. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefährdet die Kohärenz des Kartellgesetzes: Während im Bereich der Fusionen und unangemessener Preise ein «Laissez-faire»-Ansatz praktiziert wird, wird bei den Abreden eine äusserst interventionistische Politik verfolgt. Den Unternehmen werden dadurch starke Anreize gesetzt, das harte Kartellverbot durch Fusionen zu umgehen.

Récemment, le Tribunal fédéral a nettement renforcé l'application de l'interdiction des cartels: les accords sur les prix, sur les volumes et les accords territoriaux sont de facto interdits, indépendamment de leur effet sur la concurrence. Par le passé, notre instance suprême avait déjà influencé le droit de la concurrence par des décisions d'une portée aussi considérable. Aujourd'hui, les fusions sont à peine interdites et des prix inappropriés ne sont plus sanctionnés. La jurisprudence de notre Cour fédérale met en péril la cohérence du droit antitrust: alors qu'en matière de fusions et des prix inappropriés, un «laissez-faire» est pratiqué, une politique extrêmement interventionniste est menée dans le domaine des ententes. Cette pratique incite fortement les entreprises à contourner l'interdiction antitrust par le biais de fusions.

- I. Wirkungslose Zusammenschlusskontrolle
 - II. Hohe Eingriffshürden auch in der Missbrauchskontrolle
 - III. Inkonsistente Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - IV. Wiederherstellung der Kohärenz durch den SIEC-Test?
 - V. Eine Korrektur der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist nötig
- Zusammenfassung / Résumé

Mit seinem im Juni 2017 veröffentlichten Urteil gegen die Elmex-Herstellerin GABA (heute Colgate-Palmolive) setzt das Bundesgericht die Eingriffshürden bei Wettbewerbsabreden tief an¹. So hält das Bundesgericht in seinem Leitentscheid fest, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen, ungeachtet ihrer tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb, grundsätzlich verboten sind². Somit muss die Wettbewerbskommission (Weko) die negativen Auswirkungen solcher «harten» Abreden nicht belegen: Sie sind unzulässig und sanktionierbar, sofern nicht der Nachweis gelingt, dass eine Abrede aus gesamtwirtschaftlicher Sicht effizient ist.

I. Wirkungslose Zusammenschlusskontrolle

Es ist nicht das erste Mal, dass das Bundesgericht die Anwendung des Kartellrechtes entscheidend prägt. So schwächte das Bundesgericht mit seinem Urteil in Sachen «Swissgrid» die Schweizer Fusionskontrolle 2007 entscheidend ab: Es kam zum Schluss, dass die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht wie in allen anderen europäischen Ländern ausreicht, um eine Fusion zu untersagen³. Vielmehr fordere das schweizerische Kartellgesetz, dass die marktbeherrschende Stellung zusätzlich dazu geeignet sein muss, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

* Dr. rer. pol., Principal, Swiss Economics, ehemaliger Mitarbeiter Weko-Sekretariat, Zürich.

** PhD in Economics and Finance, Managing Partner, Swiss Economics, Zürich.

*** Dr. oec. publ., vice Director, Swiss Economics, ehemaliger Chefökonom der Weko, Zürich.

¹ BGer vom 4. Juni 2017, 2C_172/2014.

² Diese strikte Praxis wurde vom Bundesgericht im Fall «BMW» bestätigt (vgl. BGer vom 24. Oktober 2017, 2C-63/2016).

³ BGE 133 II 104 ff.

Das strenge Kriterium der Wettbewerbsbeseitigung lässt sich in der Praxis kaum jemals ex ante belegen. Deshalb wurde in der Schweiz seit dieser Entscheidung nur eine Fusion rechtskräftig untersagt⁴.

Aufgrund dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es überdies in der Schweiz auch ausgeschlossen, dass unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst werden könnten. Diese können in oligopolistischen Märkten auftreten, wenn das fusionierte Unternehmen unabhängig von anderen Marktteilnehmern seine Preise gewinnbringend anheben oder Produktionsmengen senken kann, ohne jedoch über eine klassische marktbeherrschende Stellung zu verfügen⁵.

II. Hohe Eingriffshürden auch in der Missbrauchskontrolle

Es lässt sich argumentieren, dass eine zurückhaltende Fusionskontrolle grundsätzlich begrüssenswert ist, zielt diese ihrem Wesen nach doch auf die Vermeidung künftiger und deshalb schwer abschätzbarer Wettbewerbsbeschränkungen ab. Zudem besteht mit der Missbrauchskontrolle ein Instrument, das es erlaubt, schädliche Auswirkungen von Fusionen im Nachhinein zu korrigieren bzw. abzumildern. Doch auch hier hat das Bundesgericht im Rahmen der Beurteilung der Terminierungsgebühren⁶ von Swisscom die Interventionsschwelle hoch angesetzt. Die Weko kam in diesem Fall zum Schluss, dass Swisscom marktbeherrschend sei und ihre Terminierungsgebühren unangemessen hoch festsetze. Obwohl die Möglichkeit der Erzwingung unangemessener Preise der Marktbeherrschung grundsätzlich inhärent ist, verlangte das Bundesgericht, dass die Erzwingung gesondert nachgewiesen wird⁷. Auch dies ist faktisch kaum möglich. Es erstaunt deshalb nicht, dass die Weko seither auf ein Vorgehen gegen unangemessene Preise verzichtet.

Befürworter einer liberalen Wettbewerbspolitik mögen auch dies begrüßen, handelt es sich beim Konzept der unangemessenen Preise doch um eines der politisch umstrittensten Themen im Wettbewerbsrecht: Wann ein Preis genau «unangemessen» ist, lässt sich kaum je objektiv bestimmen. Das Verbot hoher Preise wird denn auch in verschiedenen Ländern, etwa den USA, als unfaire Bestrafung des wirtschaftlichen Erfolgs von Unternehmen gesehen. Trotzdem ist es international wohl einzigartig, dass es den Schweizer Wettbewerbsbehörden weder im Rahmen der Fusions- noch der Missbrauchskontrolle erlaubt ist, Unternehmen daran zu hindern, hohe Preise zu setzen und Renten abzuschöpfen. Gerade in einer Volkswirtschaft wie der Schweiz, die in manchen Branchen einen hohen Konzentrationsgrad aufweist und sich regelmässig über die bestehende «Hochpreisinsel» und bescheidenen Produktivitätszuwachs beklagt, erscheint diese Konstellation ökonomisch nicht unproblematisch.

III. Inkonsistente Rechtsprechung des Bundesgerichts

Während das Bundesgericht im Bereich der Fusions- und der Missbrauchskontrolle in der Vergangenheit also weitgehend einen «Laissez-faire»-Ansatz praktizierte, ist das eingangs erwähnte Urteil gegen die ehemalige Elmex-Herstellerin GABA sehr interventionistisch. Dies erstaunt und ist inkonsistent, denn gerade zwischen Abreden und Fusionen besteht eine enge Beziehung: Die extremste Form einer vertikalen Abrede, also einer Abrede zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen (etwa zwischen dem Händler eines Produktes und dessen Hersteller), ist die vertikale Integration. Auch horizontale Abreden – also Abreden zwischen Konkurrenten – lassen sich als Fusion «tarnen», beispielsweise durch die Gründung eines Joint Venture. Entsprechend sollten die kartellrechtlichen Eingriffshürden bei Abreden und Fusionen ungefähr gleich angesetzt werden. Das ist in der Schweiz heute bei Weitem nicht der Fall.

Diese Inkonsistenz ist nicht nur ein theoretisches Problem, sondern sie hat realwirtschaftliche Auswirkungen: Da konzerninterne Absprachen vom Kartellverbot ausgenommen sind – sie profitieren vom

⁴ Die Fusion zwischen Sunrise und Orange wurde im Jahr 2010 allerdings aufgrund einer befürchteten kollektiven Marktbeherrschung untersagt. Nach langer Zeit intervenierte die Weko im Frühjahr 2017 nun wieder aufgrund einer drohenden Einzelmarktbeherrschung gegen einen Zusammenschluss. Der Entscheid der Weko im Fall «Ticketcorner/Starticket» wurde allerdings angefochten und ist somit noch nicht rechtskräftig.

⁵ Zu Preiseffekten von Fusionen vgl. etwa Jr, J.E. KWOKA, Does merger control work? A retrospective on US enforcement actions and merger outcomes, *Antitrust Law Journal* 2013, 78(3), 619–650; O. ASHENFELTER/D. HOSKEN/M. WEINBERG, Did Robert Bork understate the competitive impact of mergers? Evidence from consummated mergers, *The Journal of Law and Economics* (2014), 57(S3), 67–100; oder P. ORMOSI/F. MARIUZZO/H. RICHARD (2015), A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, Europäische Kommission. Online verfügbar: <ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0115715enn.pdf>.

⁶ Terminierungsgebühren sind Entgelte, die sich die Mobilfunkanbieter gegenseitig für den Netzzugang verrechnen.

⁷ BGE 137 II 199 ff.

sogenannten Konzernprivileg –, haben die Unternehmen starke Anreize, sanktionsbedrohte horizontale und vertikale Abreden durch Fusionen zu umgehen. Das Kartellgesetz verliert damit seine Neutralität gegenüber der Organisationsform von Unternehmen und fördert die vertikale Integration sowie die Gründung von Joint Ventures. Bei der Ausgestaltung von Produktions- und Vertriebsprozessen und deren Organisation sind folglich nicht mehr nur betriebswirtschaftliche Überlegungen ausschlaggebend, sondern es fließen auch kartellrechtliche Kriterien in die Entscheidungen ein. Dies kann zu einer ineffizienten Organisation von Unternehmen führen.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist auch aus einer ordnungspolitischen Perspektive fragwürdig. Während in der Schweiz traditionell eine auswirkungsbasierte Anwendung des Kartellgesetzes angestrebt wurde, hat das Bundesgericht in den letzten zehn Jahren zusehends einen formalistischen Kurs durchgesetzt. Entscheidend ist gemäss dem Bundesgericht nicht, ob eine Absprache, ein Zusammenschluss oder das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens tatsächlich volkswirtschaftlich schädlich ist, sondern ob gewisse formale Kriterien erfüllt sind. Damit gibt die Schweiz einen wichtigen konzeptionellen Vorteil gegenüber dem europäischen Kartellrecht aus der Hand: Seit Jahren wird in der EU nämlich – mit mehr oder weniger Erfolg – darum gerungen, das Kartellrecht auf ein solides ökonomisches Fundament zu stellen. Man spricht in diesem Zusammenhang vom sogenannten «more economic approach». Hintergrund dieser Debatte ist die Erkenntnis, dass formale Kriterien für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen in der Regel ungeeignet sind, da sie der komplexen Realität von Marktprozessen meist nicht gerecht werden. So kann etwa eine vertikale Preisabrede durchaus effizient und ein Zusammenschluss, obwohl er den Wettbewerb nicht beseitigt, volkswirtschaftlich schädlich sein. Nur mittels der Analyse der tatsächlichen Wettbewerbswirkung im Einzelfall kann der oberste Zweck des Kartellrechts – der Schutz des Wettbewerbs – effektiv erreicht werden.

IV. Wiederherstellung der Kohärenz durch den SIEC-Test?

Die bundesgerichtliche Praxis hat über die Jahre also zusehends zu einem Auseinanderdriften der Interventionshürden in den drei Grundpfeilern des Kartellrechts (Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle) geführt. Das Resultat ist ein Verlust der Kohärenz des Kartellgesetzes, geht es doch im Grundsatz in dessen drei Pfeilern gleichermaßen um die Bekämpfung der volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen von Marktmacht. Eine gewisse Abhilfe könnte in diesem Zusammenhang die vom Bundesrat vorgeschlagene Modernisierung der Fusionskontrolle leisten. Konkret soll der heute in der Schweiz angewandte Marktbeherrschungstest durch den in der EU vorherrschenden SIEC-Test («Significant Impediment to Effective Competition») abgelöst werden⁸.

Grundsätzlich können mit dem SIEC-Test alle Fusionen untersagt werden, die zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wird dabei als Regelbeispiel für eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs genannt. Eine solche Behinderung kann aber auch die Folge von unilateralen Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle sein. Mit der Einführung des SIEC-Tests würde also die Problematik, dass im Schweizer Kartellrecht weder mit der Fusions- noch der Missbrauchskontrolle wirksam gegen hohe Preise vorgegangen werden kann, zu einem gewissen Grad entschärft. Gleichzeitig würde die Fusionskontrolle auf ein ökonomisches Fundament gestellt, was eine sachgerechtere Prüfung von Zusammenschlüssen erlaubt. Zu erwarten wären konsistentere und besser nachvollziehbare Entscheide.

V. Eine Korrektur der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist nötig

Mit der Anpassung der Interventionshürde in der Fusionskontrolle würde auch eine gewisse Annäherung an die bundesgerichtlich festgelegte Eingriffsschwelle im Bereich der «harten» Abreden (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden) stattfinden. Zu einer effektiven Angleichung käme es dennoch nicht, da das höchstrichterliche Verdikt klar zu erkennen gibt, dass den ökonomischen Auswirkungen von harten Abreden – ob vertikaler oder horizontaler Natur – bei der kartellrechtlichen Beurteilung wenig Bedeutung zukommt. Allenfalls lassen sich solche Abreden aus Gründen der ökonomischen Effizienz rechtfertigen. Die Praxis in der Schweiz und im umliegenden Ausland zeigt allerdings, dass ein solcher Effizienznachweis schwierig ist.

⁸ Vgl. dazu C. JAAG/N. JACOBBER/S. RUTZ, Einführung des SIEC-Tests – Auswirkung auf die Schweizer Fusionskontrolle, Studie im Auftrag des Seco (2017), Online verfügbar: <www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/revision-fusionskontrolle.html>.

Hier wäre also, um die Kohärenz des Wettbewerbsrechts wiederherzustellen, eine Anpassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nötig. Dies könnte mit einer entsprechenden Anpassung bzw. Konkretisierung des Kartellgesetzes durch das Parlament erreicht werden. Konkret müsste festgehalten werden, dass im Schweizer Kartellgesetz – wie dies vor dem bundesgerichtlichen Urteil der gelebten Praxis entsprach – kein «per se»-Verbot von Abreden gilt. Es würde sich anbieten, eine solche Anpassung des Kartellgesetzes gleichzeitig mit der Einführung des SIEC-Tests in der Fusionskontrolle vorzunehmen. Abwegig ist ein solcher Vorschlag nicht: Das Bundesgericht hat mit seiner restriktiven Auslegung des Kartellgesetzes nämlich genau diejenige Gesetzesanpassung durch die Hintertür eingeführt, die das Schweizer Parlament erst vor Kurzem abgelehnt hat. Einer der Hauptgründe für das Scheitern der Kartellrechtsrevision im Herbst 2014 war just der Vorschlag eines solchen «Teilkartellverbots».