

Die laufende Teilrevision des Kartellgesetzes erhitzt die Gemüter: Die einen monieren, die gelebte Praxis der Wettbewerbsbehörden und Gerichte im Umgang mit Abreden sei ausufernd. Ihr Vertrauen in die Wettbewerbshüter ist angekratzt. Insbesondere seien in den letzten Jahren zahlreiche Rechtsfiguren geschaffen worden, die mit der wirtschaftlichen Realität nichts mehr zu tun hätten.

Die anderen verteidigen diese Entwicklungen als Errungenschaft eines modernen Kartellrechts. Sie lehnen die diskutierte Revision ab und malen den Teufel einer Rückkehr in die Kartellwirtschaft vergangener Tage an die Wand. Das Parlament tut sich schwer mit der emotional aufgeladenen Debatte und droht die Kohärenz des Kartellgesetzes mit Ad-hoc-Vorstössen zu untergraben.

Die Wettbewerbskommission (Weko) hat die Kompetenz, den Wettbewerb beseitigende oder erheblich beeinträchtigende Abreden zu untersagen und zu ahnden, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Das hat sie in der Vergangenheit oft getan; es wurden teilweise happige Bussen gesprochen.

Einen Wendepunkt in der Beurteilung von Abreden stellt dabei das Urteil des Bundesgerichts von 2016 betreffend den Vertrieb von Elmex-Zahnpasten (Gaba-Urteil) dar. Gemäss diesem ist bei bestimmten Abredetypen – oft auch als «harte Abreden» bezeichnet – grundsätzlich von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen. Darunter fallen einerseits Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen Unternehmen auf derselben Wertschöpfungsstufe (horizontale Abreden), andererseits auch Abreden über Mindest- oder Festpreise, über Mengen sowie gewisse Gebietsabreden in Vertriebsverträgen (vertikale Abreden).

Diese Abreden sind gemäss Bundesgericht als «besonders schädlich» einzustufen, da der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, dass diese den Wettbewerb beseitigten. Die Weko müsse daher in solchen Fällen grundsätzlich keine weitergehenden

# Kartellrecht: Weniger Emotionen, mehr ökonomischer Verstand

*Die Wettbewerbskommission sollte schädliche Auswirkungen von vertikalen Abreden nach ökonomischen Kriterien prüfen. Denn sie sind keineswegs zwingend schädlich.*

*Gastkommentar von Stefan Bühler und Samuel Rutz*

quantitativen Analysen vornehmen, ob eine Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Es genüge der Nachweis, dass die Abrede vorgelegen sei. Die Weko wendet diese höchstrichterliche Rechtsprechung seit 2016 konsequent an. Und genau hier entzündet sich die emotional geführte Debatte zwischen Befürwortern und Gegnern der anstehenden Teilrevision. Diese sieht nämlich vor, dass bei der Beurteilung der Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigt werden sollen.

Aus ökonomischer Sicht ist die Sache klar. Es besteht ein breiter Konsens darüber, dass horizon-

tale und vertikale Abreden unterschiedlich zu beurteilen sind: Harte horizontale Abreden schaden der Wohlfahrt und dem Wettbewerb in aller Regel, so dass auf eine quantitative Prüfung der Erheblichkeit verzichtet werden kann.

Dagegen braucht es bei vertikalen Abreden eine Prüfung, die quantitative und qualitative Kriterien berücksichtigt. Denn anders als bei horizontalen Abreden ist es bei vertikalen Abreden nicht so, dass sie der Wohlfahrt und dem Wettbewerb in aller Regel schaden. Stattdessen können vertikale Abreden – auch solche, die derzeit als «hart» bezeichnet werden – den Wettbewerb zwischen ein-

zelnen Produkten und damit die Wohlfahrt stärken. Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn keine starken Vertriebsketten involviert sind. Der oft gehörte Vergleich von harten vertikalen Abreden mit einem Gefährdungsdelikt (z. B. Trunkenheit am Steuer) ist deshalb irreführend.

Die Schweiz würde mit einem solchen «Rule of Reason»-Ansatz für vertikale Abreden nicht ins internationale Hintertreffen geraten, sondern den ökonomischen Verstand in der wettbewerbsrechtlichen Praxis stärken. Auch dem Argument, der quantitative Nachweis von schädlichen Auswirkungen sei zu schwierig, muss widersprochen werden.

Natürlich ist sich die moderne Ökonomik bewusst, dass der kausale empirische Nachweis von schädlichen Auswirkungen nur selten gelingen kann. Ein solcher wird auch nicht verlangt. Es reicht vollends, wenn die formulierten Schadenstheorien mit empirischen Analysen plausibilisiert werden – dafür besteht ein etablierter ökonomischer «Werkzeugkasten». Die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat verfügen über diese Kompetenzen.

Mit dem Kartellgesetz soll volkswirtschaftlich schädliches Verhalten verhindert werden. Die Wettbewerbsbehörden sollen aber nicht ein Verhalten verhindern, das keine schädlichen oder sogar positive Auswirkungen hat. Die Weko sollte deshalb die schädlichen Auswirkungen von vertikalen Abreden im Rahmen einer Prüfung, die quantitative und qualitative Kriterien berücksichtigt, plausibilisieren. Sie läuft sonst Gefahr, dass ihre Entscheidungen ökonomisch nicht gerechtfertigt werden können, was auch dem Ansehen der Behörde schadet. Bei harten horizontalen Abreden ist eine solche Prüfung hingegen nicht notwendig.

Stefan Bühler ist Professor für angewandte Mikroökonomik an der Universität St. Gallen und ehemaliger Vizepräsident der Weko, Samuel Rutz ist geschäftsführender Partner von Swiss Economics und ehemaliger Chefökonom des Sekretariats der Weko.