

# Das Wunder des Wettbewerbsrechts

Autor(en): **Stoffel, Walter A.**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizer Monat : die Autorenzeitschrift für Politik, Wirtschaft und Kultur**

Band (Jahr): **99 (2019)**

Heft 1064

PDF erstellt am: **29.06.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-868627>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Das Wunder des Wettbewerbsrechts

Man kennt sich in der Schweiz: Dieses Land hat also den Wettbewerb nicht erfunden. Aber vor dreissig Jahren doch noch entdeckt! Mitte der 1990er gelang es, die alten Zöpfe eines nicht mehr zeitgemässen Kartellrechts abzuschneiden – mit durchschlagendem Erfolg.

von Walter A. Stoffel

Während 30 Jahren scheiterten alle Versuche. Die kleine Schweiz, in der sich alle so nah sind, in der man eher auf Kompromiss und «miteinander reden» bedacht ist als auf Wettbewerb, schien einfach nicht bereit für einen griffigen Schutz von ebendiesem Wettbewerb. Und doch: Vor einem Vierteljahrhundert stellte das Land sein Kartellgesetz auf eine neue Grundlage und baute es zu einem modernen Wettbewerbsrecht aus.

Wie konnte das – im besten Sinne – passieren? Es zeigt sich schnell: Einmal mehr war Druck von aussen nötig, um die Reformkräfte in der Schweiz zu stärken und die hier so zahlreichen Blockierungsmöglichkeiten für kurze Zeit zu neutralisieren. Dies erklärt auch, weshalb wir uns seither wieder schwer tun mit einer weiteren Modernisierung. Doch der Reihe nach.

## Ab den frühen 1960ern: Missbrauchsgesetzgebung mit Saldomethode – Beispiele Bier- und Tabakkartell

Die Schweiz lebte lange nach dem «Gesetz gegen Kartelle und kartellähnliche Organisationen» aus dem Jahr 1962. Die damals vorherrschende Meinung im Land war, dass Kartelle und kartellähnliche Organisationen (damit waren die marktmächtigen Unternehmen gemeint) volkswirtschaftlich und sozial schädliche Folgen haben können, aber nicht müssen. Das Wettbewerbsrecht war somit (nur) dazu da, *Missbräuche* zu bekämpfen, nicht den Wettbewerb als solchen zu stützen.<sup>1</sup> In der Schweiz wurde die Kartellisierung nicht per se als schädlich angesehen, sie konnte im Gegenteil auch nützliche Auswirkungen haben.

Als solche galt der vermeintliche Schutz kleinerer Unternehmen. Das Beispiel hierfür bietet die Bierindustrie. Sie war über lange Jahre vollständig «durchkartellisiert». Jede Brauerei hatte ihr Gebiet, in dem nur ihr Bier verkauft und ausgedient werden durfte. Das führte zu höheren Preisen, weil niemand Konkurrenz zu befürchten hatte. Und eben darin sah man einen Schutz der kleineren Brauereien, da diese von der höheren Marge profitieren konnten.

Wie immer bei Kartellen sah die Wirklichkeit jedoch anders aus. Die hohen Margen erlaubten den Kleinen vorerst das Überle-

ben, aber sie verschafften vor allem den Grösseren und den effizient arbeitenden Betrieben überhöhte Gewinne. Früher oder später gerieten trotzdem viele kleinere Brauereien in Schwierigkeiten. Dies konnten die Grossen dank der vollen Kriegskasse nutzen und die Kleinen aufkaufen. Das Kartell förderte somit letztlich die Konzentration der Branche. Am Schluss blieb einzig die Brauerei Feldschlösschen übrig. In den ganzen Jahren hatte sich aber auch Feldschlösschen an das bequeme Durchkommen ohne Innovationen gewöhnt, so dass sie nach einigen weiteren Jahren von Carlsberg aufgekauft wurde. Und was geschah mit dem in den Kartelljahren aufgehäuften Geld? Das war bezeichnenderweise in Immobilien angelegt worden, und Feldschlösschen mutierte zu einer Immobiliengesellschaft, vorerst unter dem Namen REG (Real Estate Group), die sich wenig später mit der PSP Swiss Property zum damals grössten schweizerischen Immobilienunternehmen zusammenschloss.

Bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen wurde nach der sogenannten *Saldomethode* vorgegangen. Vorteile und Nachteile eines Kartells waren gegeneinander abzuwägen und gemäss dem Saldo zu beurteilen. Weil dabei nicht nur die wirtschaftlichen, sondern *alle* Vor- und Nachteile zu berücksichtigen waren, insbesondere auch die politischen, fehlte bei dieser Vorgehensweise ein nachvollziehbares Entscheidungskriterium. Einem funktionierenden Wettbewerb kam kein besonderes Gewicht zu.

Ein instruktives Beispiel dafür ist das Tabakkartell. Dieses wurde in den 1960er und '70er Jahren von Denner herausgefordert, der einen hohen Rabatt auf Zigaretten gewähren wollte. Aber die Kartellkommission wie auch das Bundesgericht hielten das Kartell aufrecht. Der Grund: ein positiver Saldo. Die Argumentation war mehrstufig: Erstens führte das Tabakkartell zu höheren Preisen, was einen Nachteil darstellte. Dieser Nachteil war aber – zweitens – für die kleinen Produzenten und kleinen Verkaufsstellen, darunter die Kioske, ein Vorteil. Die Kioske waren – drittens – auf eine hohe Marge bei den Zigaretten angewiesen, um die niedrigen Margen auf anderen Produkten auszugleichen. Und unter den anderen Produkten fanden sich – viertens – auch die Presseerzeugnisse. Somit lautete die Schlussfolgerung: Das Tabakkartell ist für die politische Meinungsbildung im Lande vorteilhaft!

<sup>1</sup> Dies im Gegensatz zum Recht der Europäischen Union, der eine «Verbotsgesetzgebung» zugeschrieben wurde.

A close-up portrait of a middle-aged man with dark, wavy hair, wearing glasses and a dark suit jacket over a red and blue plaid shirt. He is looking slightly to the left of the camera with a serious expression. The background is a plain, light-colored wall.

«In der schweizerischen Politik hat sich ein neuer Blockaderiegel herausgebildet, wenn SVP und Gewerkschaften zusammenspannen. Dieser Schulterschluss könnte auch für das Wettbewerbsrecht zur Gefahr werden.»

**Walter A. Stoffel**

Walter A. Stoffel, zvg.

**1985: Ein grösseres Gewicht für das Wettbewerbsprinzip.****Beispiel: Das Zinskartell der Banken**

Dass die schweizerische Wirtschaft trotz des wenig griffigen Wettbewerbsrechts gut wuchs, liegt in ihrer internationalen Verflechtung. Diese führte letztlich auch zur Auflösung des Zinskartells der Banken.

Alle grösseren und die meisten mittelgrossen Unternehmen sahen sich einer scharfen internationalen Konkurrenz ausgesetzt und passten sich schnell dem europäischen und amerikanischen Wettbewerbsrecht an. Das war nicht selbstverständlich und auch nicht schmerzlos. Grosse schweizerische Unternehmen trugen unfreiwillig Bedeutendes zur Fallpraxis des europäischen Wettbewerbsrechts bei. Doch ab den 1980er Jahren waren die international tätigen schweizerischen Unternehmen – und damit der wertschöpfungsmässig wichtigste Teil unserer Wirtschaft – auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht auf globalem Standard.

Nicht so die Binnenwirtschaft und die Politik. Die Revision des Kartellgesetzes von 1962 kam nur harzig voran und drohte völlig zahnlos zu werden. In der Schlussphase der parlamentarischen Beratungen vermochte jedoch ein geschickt formulierter Vorschlag des späteren Bundesrates Arnold Koller eine Wende herbeizuführen. Der Gesetzgeber nahm den berühmten Art. 29 Abs. 3 an, der ab 1985 dem Wettbewerbsprinzip gegenüber Preis- und ähnlichen Absprachen den Vorrang einräumte. Damit erhielt die Saldomethode einen Angelpunkt. Gleichzeitig gestaltete das Gesetz von 1985 die «Empfehlungen» neu, welche die Behörde an die Unternehmen richten konnte. Sie wurden nunmehr für die Unternehmen verbindlich, wenn diese nicht innerhalb von drei Monaten beim Departement eine Verfügung verlangten. Die Empfehlungen wurden damit *de facto* zu einer Art Verfügung.

Die damalige Kartellkommission wandte das neue Instrument sogleich im Banken- und etwas später auch im Versicherungsmarkt an. Die am Ende einer breitangelegten Untersuchung erlassene Empfehlung an die Banken, die sogenannten Zinskonvenien abzuschaffen, war die erste grosse wettbewerbsrechtliche Entscheidung in der Schweiz. Die Banken trugen die Empfehlungen der Kommission vor das Volkswirtschaftsdepartement, aber Bundesrat Delamuraz bestätigte die Anordnungen («Empfehlungen») der Kartellkommission, womit diese verpflichtend wurden. Wichtig dabei war sicher der Umstand, dass die Grossbanken den Widerstand gegen das Wettbewerbsrecht zu diesem Zeitpunkt aufgegeben hatten. Rainer E. Gut, VR-Präsident der früheren SBG, beschreibt in seinen Memoiren, wie er damals von Bundesrat Delamuraz um seine Meinung gefragt wurde und sich in diesem Sinne geäussert hatte. Man wird nie wissen, was geschehen wäre, wenn die Stellungnahme von Rainer E. Gut anders ausgefallen wäre. Aber es ist ziemlich offensichtlich, dass die internationale Exposition der Grossbanken den Sinneswandel förderte. Das Gesetz von 1985 bildete im Rückblick einen wichtigen Zwischenschritt.

**1995: Vom EWR-Nein zum Wettbewerbsgesetz.****Beispiel: Das Vitaminkartell**

Das Kartellgesetz von 1985 wurde nur zehn Jahre später abgelöst von einem neuen Wettbewerbsgesetz, das auf der Höhe seiner Zeit war und in vielen Teilen immer noch ist. Den Anstoss bildete die Ablehnung des EWR-Beitritts 1992. Der EWR hätte die Übernahme des europäischen Wettbewerbsrechts bedeutet. Nach dem Nein in der Volksabstimmung schlug der Bundesrat vor, den gesetzgeberischen Innovationsschub, den der Beitritt mit sich gebracht hätte, in autonomem Nachvollzug zu verwirklichen. Aus dem sogenannten EuroLex-Paket wurde das SwissLex-Paket, und zu diesem gehörte ein neues Wettbewerbsgesetz.

Die nur knappe Ablehnung des EWR-Beitritts verlieh dem SwissLex-Paket den nötigen Schub. Für eine kurze Zeit öffnete sich ein *Window of Opportunity*. Das Wettbewerbsrecht profitierte von der Wegbereiterarbeit des 1985er Gesetzes, von den Vorbereitungen im Departement und vom Austausch, der sich in den 80er Jahren mit dem *Competition Committee* der OECD eingestellt hatte. Innerhalb von zwei Jahren stand das neue Gesetz.

Es brachte 1995 einen eigentlichen Paradigmenwechsel mit sich. Zum ersten Mal war der Wettbewerb als Koordinationsmechanismus der Wirtschaft verankert. Eine Beseitigung oder erhebliche Behinderung des Wettbewerbs bildet seither als solche eine Gesetzesverletzung. Diese wird nicht mehr abgewogen gegenüber anderen Aspekten, sondern sie ist unzulässig, es sei denn, sie könne ausnahmsweise aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Die Wettbewerbskommission kann nicht mehr nur Empfehlungen aussprechen, sondern auch Verfügungen erlassen.

Das Gesetz wurde von der Wettbewerbskommission sofort angewandt. Während der ersten Jahre fehlte ihr allerdings noch die Befugnis, Wettbewerbsverstösse *sofort* zu ahnden: Bestraft werden konnte erst im Wiederholungsfall, der «erste Mord war gratis». Das internationale Vitaminkartell, das zu dieser Zeit aufflog, machte das deutlich. Es wurde Ende der 1990er Jahre in Europa und Amerika mit hohen Bussen geahndet, durfte aber in der Schweiz nicht bestraft werden, weil das Kartell nicht vorgängig von der Behörde formell verboten worden war. So konnte die Wettbewerbskommission lediglich die Widerrechtlichkeit feststellen und Kenntnis nehmen von den Vorkehrungen der (kooperationswilligen) Roche, derartige Verstösse in Zukunft zu verhindern. Das rüttelte Öffentlichkeit und Politik nun doch auf. Man verstand nicht, dass eine grosse schweizerische Chemiefirma zu den Kartellisten gehörte und gerade im Sitzstaat ungeschoren davonkam.

Ein zweites *Window of Opportunity* öffnete sich. Innerhalb kürzester Zeit konnte eine Teilrevision des Gesetzes durchgeführt werden, die ein normales Sanktionsregime und das Bonusprogramm einführte. Seit 2005 kann die Wettbewerbskommission auch direkte Sanktionen aussprechen. Diese bemessen sich nach der Schwere des Verstosses und seiner wirtschaftlichen Bedeutung. Sie können sich auf zwei- oder dreistellige Millionenbeträge

belaufen, sofern die Verletzung des Wettbewerbsrechtes Märkte mit hohen Umsätzen betrifft. Die Sanktion wird erlassen oder vermindert, wenn sich eine Unternehmung selbst anzeigt und damit ein Kartell zu Fall bringt.

#### 2016: Striktere Anwendung und mehr öffentliche Resonanz.

##### Beispiel: Die Baukartelle

Zwar entwickelte sich seit 2005 ein insgesamt erfolgreicher *courant normal*, doch es dauerte noch einmal gut zehn Jahre, bis das Gesetz auch in der Rechtsprechung und in der Öffentlichkeit gänzlich ankam. In der Rechtsprechung übten die Gerichte vorerst Zurückhaltung. Vor allem die Voraussetzung, wonach eine Wettbewerbsbeschränkung «erheblich» sein muss, wurde oft in einer Weise verstanden, die lähmend hohe Anforderungen an den Nachweis der wirtschaftlichen Auswirkungen auch von klar wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen stellte. Erst das sogenannte *Gaba-Urteil*<sup>2</sup> von 2016 brachte die höchstrichterliche Klärung: Das Bundesgericht schützte die Praxis der Wettbewerbskommission, die das Erfordernis der Erheblichkeit eng auslegte.

Die Öffentlichkeit hat das Gesetz vor allem im Zusammenhang mit den Baukartellen in Graubünden wahrgenommen. Solche Kartelle sind Absprachen, in denen Bauunternehmen die Ausschreibungen der öffentlichen Hand unter sich aufteilen, und zwar indem für jede Ausschreibung jeweils nur eines von ihnen eine ernsthafte Offerte einreicht, während die anderen sich bewusst mit ihrem Preis ins Abseits stellen und somit nur zum Schein offerieren. Baukartelle (oder Submissionskartelle, wie man sie auch nennt) wurden von der Wettbewerbskommission in den letzten Jahren immer wieder aufgedeckt. Ins Bewusstsein einer breiteren Öffentlichkeit sind die Fälle jedoch erst im letzten Jahr getreten, weil bekannte Politiker mit den Absprachen in Verbindung gebracht wurden und in Graubünden Wahlen anstanden.

#### Die Zukunft: stabiles Wettbewerbsverständnis?

##### Was zu tun bleibt

Die Dinge scheinen heute auf den ersten Blick gefestigt, und man fragt sich sogar gelegentlich, weshalb das so lange gedauert hat. Eine gewisse Fragilität ist allerdings geblieben, der Gedanke des Wettbewerbsrechts ist nicht überall assimiliert. Die helvetische Kleinräumigkeit und eine falsch verstandene Nähe stehen der Wettbewerbsidee entgegen. Die schweizerische Kompromissfähigkeit, die an sich eine grosse Qualität des Landes darstellt, fördert das Verständnis für den Wettbewerb nicht. Dieser wird zu Unrecht als Kampf aller gegen alle empfunden, statt als das wirksamste Mittel, die Produktionsfaktoren der Wirtschaft – im Interesse aller, insbesondere der Konsumenten – einer optimalen Allokation zuzuführen.

In der Rechtsprechung dürfte die Wettbewerbsgesetzgebung allgemein akzeptiert sein. Weniger stabil ist die Akzeptanz in der Politik. Bereits liegt eine parlamentarische Intervention vor, die den Gaba-Entscheid rückgängig machen und das Rad um 25 Jahre zurückdrehen möchte. Das wettbewerbspolitische Engagement des Departements ist nicht mehr so stark wie damals unter den Bundesräten Couchepin und Deiss. Im Parlament wurde das Wettbewerbsrecht bisher von links stärker unterstützt als von rechts. Bei der späteren konkreten Anwendung des Gesetzes durch die Behörde war es dann eher umgekehrt, während die äusserste Rechte das Wettbewerbsrecht weder in der Gesetzgebung noch in der Anwendung unterstützt. In den erwähnten schmalen Fenstern konnte in dieser Konstellation ein äusserer Anstoss zu einem Momentum führen, das wettbewerbspolitische Reformen ermöglichte. Die Linke blieb ihrer Linie treu; für die Mitte wurde der Wettbewerb ein politisch interessantes Thema, weil man nach der Ablehnung des EWR allgemein ein kompetitiveres Wirtschaftsklima erwartete (was dann auch eintrat). Damit liess sich eine Mehrheit finden.

Es ist unklar, ob diese Koalition auch heute noch Bestand hätte. In der schweizerischen Politik hat sich ein neuer Blockaderiegel herausgebildet, wenn SVP und Gewerkschaften zusammenspannen. Dieser Schulterchluss könnte auch für das schweizerische Wettbewerbsrecht zur Gefahr werden. Seit der Einführung des geltenden Gesetzes vor fast 25 Jahren ist die Welt nicht stillgestanden, heute besteht wieder ein beträchtlicher gesetzgeberischer Nachholbedarf. Er betrifft die Organisation des Verfahrens und die viel zu langen Prozessdauern. Reformbedürftig ist auch das Fusionsrecht, das auf veralteten Kriterien beruht. Ganz im Argen liegt die Möglichkeit für Konsumenten und Geschädigte, Schadensersatzansprüche gerichtlich geltend zu machen. Schliesslich bleibt die Zusammensetzung der Wettbewerbskommission ein Problem, weil sie nach wie vor nicht nur unabhängige Experten, sondern auch wirtschaftliche Interessenvertreter umfasst.

Die Voraussetzungen sind gegeben, um auf dem Erreichten weiterbauen zu können. Es ist zu hoffen, dass die Politik bald mit der Planung des nächsten Stockwerks beginnt. Die digitale Wirtschaft steht nicht mehr nur vor der Tür, sie ist da. Dabei geht es nicht nur um ökonomische Werte. Eine dezentrale, marktgesteuerte Organisation der Wirtschaft ist ein wesentliches Element einer freien und demokratischen Gesellschaft. Es werden in der Schweiz und anderswo die Wettbewerbsbehörden sein, die als erste die entsprechenden Entscheide zu fällen haben. ◀

---

#### Walter A. Stoffel

war von 2003 bis 2010 Präsident der Schweizerischen Wettbewerbskommission. Er ist Professor für Wirtschafts- und Privatrecht an der Universität Freiburg und war Mitglied des Schweizerischen Wissenschafts- und Innovationsrates.

<sup>2</sup> Siehe z.B. [www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik/bundesgericht-faellt-leiturtel-im-wettbewerbsrecht-fuer-ein-scharfes-kartellgesetz-ld.92346](http://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik/bundesgericht-faellt-leiturtel-im-wettbewerbsrecht-fuer-ein-scharfes-kartellgesetz-ld.92346)