



## **Kartellrechtsrevision ante portas – Paradigmenwechsel tut Not**

In meiner Dissertation zum Thema «Kartellgesetz und marktmächtige Pharmaunternehmen» anno 1981 stiess ich an meine Grenzen. Motiviert durch spektakuläre Preisverfahren der damaligen F. Hoffmann La Roche & Co. AG, Marktführerin im Markt für Benzodiazepine wie Librium® und später Valium®, war ich mir ziemlich sicher, hier auf ein spannendes Thema zu stossen. Leider wurden meine Erwartungen enttäuscht. **Das Kartellrecht war und ist aufgrund seines Regelungsgegenstandes nicht justizibel.** Kartellrechtliche Eingriffe ins Marktgeschehen sind aus Gründen der Plausibilität und Effektivität grundsätzlich zum Scheitern verurteilt.

Im Rahmen der laufenden Revision lässt sich diese Problematik hautnah von Neuem nachzeichnen. Der Gesetzgeber klammert sich an kaum justiziable Begriffe wie «harte» versus «weiche» Kartelle, «erhebliche» versus «nicht erhebliche» Wettbewerbsabreden, bzw. «Wettbewerbsbeeinträchtigungen», «wirtschaftliche Effizienz» als Rechtfertigungsgrund einer Wettbewerbsbeschränkung u.a.m.

**Mut hätte er, wenn er das Kartellgesetz mangels Nutzens einer Totalrevision unterwerfen und in weiten Teilen abschaffen würde.**

## Worum geht es?

Nach geltendem Recht sind harte Kartellabreden, z.B. horizontale Preisabsprachen im Grundsatz verboten und können hohe Sanktionen auslösen, wenn sie erstens «wirksamen» Wettbewerb «beseitigen» oder «erheblich beeinträchtigen» - und wenn zweitens solche Abreden nicht durch Effizienzvorteile zu rechtfertigen sind (Art. 5-8 KG). Der Streit dreht sich nun darum, die fehlende Plausibilität und Justiziabilität dieser Regelung, die angeschuldigte Unternehmen im Regelfall mit unerwarteten Bussen konfrontiert zu beseitigen. Ohne Unrechtsbewusstsein der Rechtsadressaten und ohne Nachweis eines Schadens des inkriminierten Marktverhaltens lässt sich nach gesundem Menschenverstand keine Busse rechtfertigen, schon gar nicht eine solche, die das KG vorsieht, d.h. maximal 10% des Umsatzes der letzten drei Jahre (Art. 49a KG).

Im aktuellen Fall «Bringhen», der die Revisionsgespräche ausgelöst hat geht es um die Festlegung von Bruttopreisen in einem Walliser Sanitär-grosshändlerkartell. Obschon die Händler in ihrer Rabattpolitik frei sind, wurde die Vereinbarung als «hartes Kartell» qualifiziert, womit die WEKO vom Nachweis eines Schadens befreit ist. Ein Nachweis wirtschaftlicher Effizienz der Abrede fehlt, dementsprechend werden Bussen verhängt.

## Wettbewerbstheoretisches Fiasko

In meiner Dissertation<sup>1</sup> habe ich vergeblich nach tauglichen Ansätzen einer praktikablen Wettbewerbstheorie gesucht. Ausgehend vom Modell der vollständigen Konkurrenz, das auf einem unrealistischen Fundament von Annahmen beruht (vollständiger Marktzugang, Transparenz der Märkte, rationales Verhalten der Marktteilnehmer, Produkthomogenität, Prärogative des Preiswettbewerbes u.v.a.m.) folgten weit nüchterne, aber realistischere Modelle wie jenes der «workable competition» oder jenes der «Industrial Organisation Analysis», die aber alle nur wenig zur Lösung konkreter Wettbewerbsproblemen beitragen konnten. Das schweizerische Kartellgesetz, auf dem Boden der privatrechtlichen und das Recht der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB) tangierenden Wettbewerbsbehinderung («Prinzip des möglichen Wettbewerbes») entstanden, wettbewerbsökonomischen Theorien stets kritisch gegenüberstehend, entwickelte seit 1962 ein eigenständiges Vokabular an Rechtsbegriffen, die sich bis heute erhalten haben. So mutierte z.B. die «erhebliche» Wettbewerbsbehinderung zur «harten» Abrede und die «volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen» von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen wurden schlicht mit fehlender «wirtschaftlicher Effizienz» gleichgesetzt. Am Ende wurde das Kartellgesetz in vorauseilendem Gehorsam europakompatibel umgebaut, einiges an EU-rechtlicher Diktion übernommen und ein helvetischer Weg mit einer mehr pragmatischen Linie aufgegeben.

---

<sup>1</sup> Bertrand Barbey, Kartellgesetz und marktmächtige Pharma-Unternehmen, St. Gallen 1981

Fazit: Der Grundgedanke des Wettbewerbsrechtes, die Honorierung der Bestleistung, die Förderung der Antriebskräfte einer optimalen Allokation der Produktionsfaktoren und das Ziel offener Märkte mit freiem Marktzugang ist durch eine interventionistische und für die Normadressaten kaum antizipierbare Regelung verdrängt worden. Auch mit Kurskorrekturen wie jenen, die gegenwärtig in den Räten debattiert werden, fehlt es an Blaupausen und Referenzmärkten, die wettbewerbsrechtlich gebotene Strukturen und Verhaltensweisen beinhalten würden und an denen sich Gesetz und Praxis orientieren könnten. Es resultiert ein unbrauchbares Dickicht von Vorschriften, mit dem das Schumpeter'sche Entdeckungsverfahren simuliert werden sollte, ein vergebliches Unterfangen.

## **Beispiel F. Hoffman La Roche & Co. AG – «Valium»**

Im Leitfall, der meiner Arbeit zugrunde lag ging es insbesondere um internationale Preisunterschiede bei den Psychopharmaka Valium® und Librium®, den damaligen Leitmedikamenten des inkriminierten Unternehmens. Ein Vergleich der Bulkpreise in Italien, das keinen Patentschutz für Medikamente kannte mit Spezialitätenpreisen in England, später in anderen europäischen Staaten offenbarte krasse Preisunterschiede bis zu 400%, eine klare Einladung für die Einleitung eines Verfahrens wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, insbesondere wegen Preismissbrauchs (Monopolies Commission, Chlordiazepoxyde and Diazepam, London 1973)

Die Fragestellung beschäftigte Ämter und Gerichte vorerst in England, dann v.a. auch in Deutschland, und Holland, nicht aber in der Schweiz, deren Kartellrechtspraxis noch in den Kinderschuhen steckte. Trotz jahrelanger Verfahren auf sämtlichen Ebenen, trotz komplizierter Methoden Internationale Preise durch Zu- und Abschläge vergleichbar zu machen, trotz Referenzpreisen mit identischen, aber parallelimportierten Produkten gelang es den Wettbewerbsbehörden nicht, dem inkriminierten Unternehmen einen Preismissbrauch nachzuweisen.

Eigentlich hätte diese Erfahrung zur Erkenntnis führen müssen, dass der Preismissbrauch eine Materie ist, von der Kartellbehörden besser die Hände lassen sollten.

Das Gegenteil ist der Fall. Die Kontrolle überhöhter bzw. im Rahmen einer Abrede vereinbarter Preise ist nach wie vor ein zentraler Aspekt der kartellrechtlichen Aufsicht. Wie denn anders kann sich ein Amt rechtfertigen als mit spektakulären Preissenkungsverfügungen, die dem Endverbraucher zugutekommen oder mit hohen Bussen, die vor ausbeuterischem Verhalten abschrecken sollen. Das Bild der unzulässigen Absprache von Herstellern oder Händlern, die Preise zu Lasten der Konsumenten künstlich hochhalten wird niemand begrüssen.

Und doch weiss man seit den Preisverfahren gegen F. Hoffmann La Roche & Co. AG in den frühen 80-iger Jahren, dass jeder Fall, der prima facie zwar eindeutig, bei näherem Hinsehen viel komplizierter ist. Preiswettbewerb steht im Spannungsfeld mit anderen Wettbewerbsparametern wie Innovations-, Produkt-, Qualitäts-, Informationswettbewerb u.a.m. Die Vorstellung, es gehe primär und ausschliesslich um den Preis ist abwegig. Die dynamische Wettbewerbstheorie zeigt vielmehr, dass sich Preise im Zuge der Marktentwicklung, von der Kreation bis zur Rückbildung und Verdrängung verändern, was bedeutet, dass sich jeder Eingriff in die Preisbildung auch über die zeitliche Dimension des Marktes Rechenschaft abgeben sollte.

## **Beispiel «Zürcher S-Bahn»**

In der nun aktuellen Beschaffung der SBB («Zürcher S-Bahn») geht es am Rande auch um Wettbewerb. Das BÖB will in seinem Zweckartikel u.a. den Wettbewerb unter den Anbietern stärken, neuerdings seit der letzten Revision den sog. «wirksamen» Wettbewerb. Von einer Vielzahl von Anbietern erhofft man sich beste Qualität, attraktive Preise und v.a. ein Vergleichspanel von Angeboten. Wie will man sonst die Güte und Verlässlichkeit der zahlreichen Anforderungen und Leistungszusicherungen, die relative Potenz und Leistungsbereitschaft der Anbieter vergleichen und damit überprüfen?

Vermeiden will man zudem Absprachen unter den Herstellern bzgl. Preis und Qualität. Bei nur einem ernsthaften Anbieter erübrigen sich diese allerdings und die drakonischen Sanktionen des Gesetzes ebenso. Stattdessen bietet diese Ausschreibung die Gelegenheit, eine Praxis zur wirtschaftlich, sozial und ökologischen Beschaffung zu entwickeln, die für künftige Fälle massgebend ist. Man darf gespannt sein!

## **Schluss**

Der Bogen vom Fall «Bringhen» über «ROCHE Valium» bis zur «Zürcher S-Bahn» ist zugegebenermassen weit gespannt. In allen Fällen manifestiert sich immerhin das stete Bemühen der Behörden und Beschaffungsstellen dem «Wettbewerb» als Rechtsgut zum Durchbruch zu verhelfen. Ohne Wette, ohne Konkurrenz wird dieses Unterfangen jedoch nicht gelingen.