



54-0597: Beratung maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelationen bei Fleisch

I. Sachverhalt

1. Der Schweizer Tierschutz STS unterscheidet zwischen drei verschiedenen Produktionsarten für Fleisch: Konventionell, Label und Bio. Die Produktion von Bio- und Label-Fleisch ist teurer, weil strengere Vorgaben eingehalten werden müssen. Ausserdem sind die Margen des Detailhandels bei Bio- und Label-Fleisch höher als bei konventionellem Fleisch. Deshalb sind die Verkaufspreise für Bio- und Label-Fleisch im Vergleich zu konventionell produziertem Fleisch deutlich höher.
2. Die Nachfrage nach Bio- und Label-Fleisch reagiert relativ stark auf Preisanpassungen (relativ hohe Eigenpreiselastizität). Ausserdem hat der Preis für konventionelles Fleisch einen Einfluss auf die Nachfrage nach Bio- und Label-Fleisch: Je tiefer die Verkaufspreise für konventionelles Fleisch ausfallen, desto geringer die Nachfrage nach Bio- und Label-Fleisch.
3. Der Schweizer Tierschutz STS möchte möglichst viele schweizerische Detailhändler dazu bewegen, unter sich eine Vereinbarung abzuschliessen. Ziel dieser Vereinbarung ist die schweizweite Förderung des Absatzes von Bio- und Label-Fleisch, da dieses tierfreundlicher hergestellt wird als konventionelles Fleisch.
4. Dieses Ziel soll durch die Anpassung des relativen Verkaufspreises von Bio- und Label-Fleisch im Vergleich zu konventionellem Fleisch erreicht werden: Bio- und Label-Fleisch soll im Vergleich zu konventionellem Fleisch günstiger werden.
5. Konkret ist vorgesehen, dass sich die Detailhändler dazu verpflichten sollen, die Marge auf den Produzentenpreis bei Bio- und Label Fleisch nicht höher als bei konventionell produziertem Fleisch anzusetzen. Dieses Konzept einer «maximalen Produzenten-/Konsumentenpreisrelation» wird nachfolgend am Beispiel von Hinterschinken illustriert.

Tabelle 1: Beispiel Hinterschinken.

Produktionsart	Produzentenpreis		Aktueller Verkaufspreis		Maximaler Verkaufspreis (Fr./kg)
	Fr./kg	%	Fr./kg	%	
Konventionell	4.65	100 %	19.60	100 %	
Label	5.15	111 %	39.10	199 %	21.71
Bio	6.50	140 %	53.50	273 %	27.40

Quelle: Schweizer Tierschutz STS, E-Mail vom 7. Dezember 2020.

6. Die Produzentenpreise für konventionelles und Bio-Fleisch werden regelmässig vom Bundesamt für Landwirtschaft erhoben. Für Label-Fleisch gibt es Erhebungen der einzelnen Label. Die Detailhändler können diese Produzentenpreise im Wesentlichen nur in eine Richtung beeinflussen: Sie können den Produzenten mehr als den marktüblichen Preis bezahlen, haben aber nicht die Möglichkeit, die entsprechenden Produkte zu tieferen Preisen zu beziehen.
7. Aus Tabelle 1 ist ersichtlich, dass der Produzentenpreis für Bio-Hinterschinken im Vergleich zu konventionellem Hinterschinken rund 40 % höher ausfällt, während der entsprechende Zuschlag für Label-Hinterschinken rund 11% beträgt.

8. Gemäss der vorgesehenen Vereinbarung dürfen deshalb die beteiligten Detailhändler Label-Hinterschinken höchstens zu einem um 11 % höheren Preis als konventionellen Hinterschinken verkaufen. Bei Bio-Hinterschinken darf der entsprechende Preisunterschied höchstens 40 % ausmachen. Wenn ein Detailhändler den konventionellen Hinterschinken zu einem Preis von Fr. 19.60 verkauft, darf er aus diesem Grund Label-Hinterschinken höchstens zu einem Preis von Fr. 21.71 und Bio-Hinterschinken höchstens zu einem Preis von Fr. 27.40 verkaufen.

9. Wenn die Margen auf den Produzentenpreis bei Label- und Bio-Fleisch wie im in Tabelle 1 dargestellten Beispiel höher ausfallen als bei konventionellem Fleisch, müssten die Detailhändler bei unveränderten Produzentenpreisen den Verkaufspreis für konventionelles Fleisch anheben bzw. die Preise für Label- und Bio-Fleisch senken.

10. Es ist vorgesehen, dass neben den Detailhändlern auch Produzentenorganisationen und Labelorganisationen einbezogen werden sollen. In welcher Form diese Organisationen eingebunden werden sollen, ist im Moment noch unklar. Da ausserdem die vorgesehene maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelation nur die Detailhändler in die Pflicht nimmt, beschränkt sich die vorliegende Beratung auf die vorgesehene Vereinbarung zwischen den Detailhändlern.

11. Im Moment ist ausserdem noch unklar, ob Aktionen ebenfalls von der vorgesehenen Regelung erfasst wären und wie die Einhaltung der Vereinbarung sichergestellt werden soll.

II. Kartellrechtliche Beurteilung

Wettbewerbsabrede

12. Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei der vorgesehenen Vereinbarung um eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG handeln könnte. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

13. Im vorliegenden Fall ist vorgesehen, dass die an der Vereinbarung beteiligten Detailhändler sich gegenseitig verpflichten, gewisse Vorgaben in Bezug auf die relativen Verkaufspreise von Bio-, Label- und konventionellem Fleisch einzuhalten. Dabei handelt es sich um eine Koordination des Verhaltens von Unternehmen der gleichen Marktstufe.

14. Die Koordination betrifft den relativen Preis von Substituten (vgl. Rz 2 vorne). Dabei handelt es sich um einen Wettbewerbsparameter. Indem sich die an der Vereinbarung beteiligten Detailhändler verpflichten, bestimmte Vorgaben in Bezug auf relative Preise einzuhalten, schränken sie ihre Handlungsfreiheit im Wettbewerb ein. Eine solche Einschränkung kann zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen.

15. Aus diesen Gründen handelt es sich bei der vorgesehenen Vereinbarung voraussichtlich um eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG.

Unzulässige Wettbewerbsabrede

16. Als nächstes ist zu prüfen, ob die vorliegende Wettbewerbsabrede unzulässig i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG ist. Das ist der Fall, falls der Wettbewerb durch die Abrede beseitigt wird oder falls die Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

Beseitigung des Wettbewerbs

17. Gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG wird die Beseitigung des Wettbewerbs u.a. vermutet, falls es sich (i) um eine Abrede zwischen tatsächlich im Wettbewerb stehende Unternehmen handelt und (ii) die Abrede die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen betrifft. Deshalb

wird zunächst geprüft, ob es sich bei der vorliegend zu beurteilenden Vereinbarung um eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG handeln könnte.

18. Da die an der geplanten Vereinbarung beteiligten Detailhändler tatsächlich im Wettbewerb stehen, handelt es sich um eine horizontale Wettbewerbsabrede. Damit ist Voraussetzung (i) erfüllt.

19. Gegenstand der vorliegend zu beurteilenden Vereinbarung ist der relative Preis von Substituten. Durch die Vereinbarung wird der Spielraum der Detailhändler in Bezug auf die Preissetzung eingeschränkt. Deshalb handelt es sich voraussichtlich um eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG.¹

20. Allerdings werden durch die vorliegend zu beurteilende Vereinbarung keine absoluten Preise und auch nicht die absolute Höhe von Preisbestandteilen festgelegt. In Bezug auf die relativen Preise schränken sich die an der vorgesehenen Vereinbarung beteiligten Detailhändler jedoch ein, allerdings verbleibt ihnen diesbezüglich voraussichtlich ein gewisser Spielraum. Ausserdem ist jedenfalls nicht offensichtlich, dass die Vereinbarung darauf abzielt, den Preiswettbewerb zwischen den daran beteiligten Detailhändlern zu beeinträchtigen oder sogar auszuschalten.

21. Aus diesen Gründen und da die Wettbewerbsbehörde die Vereinbarung relativer Preise bisher noch nie abschliessend beurteilt, wird offengelassen, ob es sich bei der vorliegenden Vereinbarung um eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG handelt. Zudem dürfte es sich bei der vorliegenden Vereinbarung selbst dann um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handeln, wenn sie nicht als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a qualifiziert wird (vgl. Rz 23 ff. unten). Ob die vorliegende Vereinbarung unter Art. 5 Abs. 3 lit. a subsumiert werden kann, hat deshalb nur einen Einfluss darauf, ob sie gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionsbedroht ist (vgl. Rz 33 f. unten), nicht aber auf die Beurteilung der Zulässigkeit.

22. Ob die vorliegende Vereinbarung zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen könnte, hängt insbesondere von der Marktstellung der daran beteiligten Detailhändler ab: Je schwächer diese Stellung ausfällt, desto unwahrscheinlicher ist es, dass der Wettbewerb beseitigt werden könnte. Da im Moment noch nicht feststeht, welche Detailhändler an der zu beurteilenden Abrede beteiligt wären, kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden, ob die geplante Vereinbarung den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte. Diese Frage kann auch deshalb offen gelassen werden, weil es sich selbst dann um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handeln dürfte, wenn sie nicht zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen würde (vgl. Rz 23 ff. unten).

Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

23. Auch wenn die vorliegende Abrede den Wettbewerb nicht beseitigt, handelt es sich gemäss Art. 5 Abs. 1 KG um eine unzulässige Wettbewerbsabrede, falls sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Deshalb wird als nächstes geprüft, ob die Vereinbarung den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.

24. Dabei ist zu beachten, dass Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG in der Regel die Erheblichkeitsschwelle bereits aufgrund der Art der Abrede erreichen.² Im vorliegenden Fall wurde nicht abschliessend geklärt, ob es sich bei der geplanten Vereinbarung um eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG handelt. Jedenfalls handelt es sich nicht um eine herkömmliche Preisabrede, bei welcher die absolute Höhe von Preiselementen vereinbart wird. Deshalb

¹ Zum Begriff der Preisabrede vgl. z.B. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 378 ff.

² BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, *Gaba*.

wird nachfolgend geprüft, ob die Vereinbarung den Wettbewerb voraussichtlich erheblich beeinträchtigt.

25. Gemäss der geplanten Vereinbarung sollen die relativen Preise für konventionelles, Label- und Bio-Fleisch nicht wie bisher individuell durch die im Wettbewerb stehenden Detailhändler festgelegt werden. Stattdessen soll vereinbart werden, dass sich die Detailhändler in der Preissetzung einschränken. Die Vereinbarung ist geeignet, eine Verschiebung der Nachfrage von konventionellem zu Label- und Bio-Fleisch herbeizuführen. Genau darin besteht auch ihr Zweck.

26. Im Wettbewerb ergeben sich die relativen Preise aus dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage. Eine zentrale Funktion des Wettbewerbs besteht darin, über relative Preise die relative Knappheit verschiedener Güter zu signalisieren, was unter bestimmten Voraussetzungen zu einer effizienten Allokation der verfügbaren Ressourcen führt. Die vorliegende Abrede greift in diese zentrale Funktion ein. Deshalb liegt voraussichtlich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG vor.³ Das trifft jedenfalls dann zu, wenn es sich bei den an der Abrede beteiligten Detailhändlern um relevante Marktakteure handelt.

Rechtfertigungsgründe

27. Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zulässig, wenn sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.⁴ In Art. 5 Abs. 2 lit. a KG sind die möglichen Rechtfertigungsgründe abschliessend aufgezählt.⁵ Mögliche Rechtfertigungsgründe sind demnach (i) die Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, (ii) die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, (iii) die Förderung der Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen, sowie (iv) die rationellere Nutzung von Ressourcen. Es genügt, wenn einer dieser Gründe gegeben ist.⁶

28. Der Schweizer Tierschutz STS bringt vor, die vorliegende Vereinbarung bezwecke die Förderung des Tierwohls (vgl. Rz 3 vorne). Deshalb wird nachfolgend geprüft, ob die Vereinbarung durch diesen Grund gerechtfertigt werden kann.

29. Die Förderung des Tierwohls kann nicht unter die Rechtfertigungsgründe (i), (ii) oder (iii) subsummiert werden. Zu prüfen ist deshalb lediglich eine allfällige Subsumption unter den Rechtfertigungsgrund (iv) der rationelleren Nutzung von Ressourcen.

30. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Begriff der «Ressource» weit auszulegen: Auch öffentliche Güter und natürliche Ressourcen gehören dazu.⁷ Im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob die Förderung des Tierwohls grundsätzlich als Rechtfertigungsgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 lit. a KG dienen kann. Selbst wenn das der Fall wäre, ist jedenfalls ein genügend enger Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt erforderlich.⁸ Im vorliegenden Fall ist dieser Bezug nicht ausreichend eng: Die Förderung des Tierwohls ist ein allgemeines Anliegen, welches bereits in einem Bundesgesetz geregelt ist.⁹ Dadurch wird ein allfälliges

³ Vgl. BGE 129 II 28, 24 f. E. 5.2.1, *Sammelrevers*.

⁴ Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b KG können Abreden, welche den beteiligten Unternehmen Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

⁵ BGE 129 II 18, 45 E. 10.3, *Sammelrevers*.

⁶ BGE 129 II 18, 45 E. 10.3, *Sammelrevers*.

⁷ BGE 129 II 28, 46 f. E. 10.3.3, *Sammelrevers*.

⁸ Vgl. RPW 2005/2, 266 Rz 92, *Swico/Sens*; RPW 2005/1, 242 Rz 31, *Klimarappen*. Vgl. in diesem Zusammenhang auch RPW 2004/4, 1075 ff. Rz 122 ff., *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

⁹ Tierschutzgesetz, SR 455. Ausserdem ist am 15. Oktober 2019 die unter anderem vom Schweizer Tierschutz unterstützte Volksinitiative «Keine Massentierhaltung in der Schweiz (Massentierhaltungsinitiative)» zustande gekommen. Im Rahmen der entsprechenden Volksabstimmung hat die

Marktversagen bereits korrigiert. Ausserdem ist der Bezug zwischen der Vereinbarung und der Förderung des Tierwohls indirekt, da nicht die Produkte oder Produktionsprozesse der Detailhändler, sondern diejenigen der vorgelagerten Fleischproduzenten beeinflusst werden sollen.

31. Ausserdem müsste die Abrede notwendig sein, damit sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könnte.¹⁰ Im vorliegenden Fall ist insbesondere unklar, weshalb die einzelnen Detailhändler ihre Margen für Label- und Biofleisch nicht unabhängig voneinander anpassen könnten. Deshalb ist die vorliegende Vereinbarung voraussichtlich nicht notwendig.

32. Insbesondere weil kein ausreichend enger Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt vorliegt und weil die Abrede nicht notwendig ist, kann diese voraussichtlich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 lit. a KG gerechtfertigt werden.

Fazit und Rechtsfolge

33. Bei der vorgesehenen Vereinbarung handelt es sich mutmasslich um eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. Selbst wenn dadurch der Wettbewerb nicht beseitigt werden sollte, ist die Vereinbarung voraussichtlich unzulässig, da sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. Wird die Vereinbarung als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eingeordnet, könnten die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens i.S.v. Art. 27 KG gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für den entsprechenden Verstoss gegen das Kartellgesetz direkt sanktioniert werden.

34. Selbst wenn es sich bei der vorgesehenen Vereinbarung nicht um eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG handeln sollte, wäre die Vereinbarung voraussichtlich unzulässig. In diesem Fall könnte die Wettbewerbsbehörde die Vereinbarung untersagen, könnte aber keine direkte Sanktion aussprechen. Die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen könnten erst bei einem Verstoss gegen die entsprechende Verfügung der Wettbewerbsbehörde gemäss Art. 50 KG mit einer Sanktion belastet werden.

Bevölkerung erneut die Gelegenheit, sich für oder gegen eine Verschärfung der Vorschriften betreffend den Tierschutz auszusprechen.

¹⁰ Zum Erfordernis der Notwendigkeit vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1), Art. 5 N 319 ff.