

**UNIVERSITÄT
LUZERN**



29. November 2022

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

ÖFFENTLICHES RECHT UND WIRTSCHAFTSRECHT

WETTBEWERBSRECHT

**Zwischen Rechtsprechung
und Politik**

**Vortrag Luzerner
Juristenverein**

WETTBEWERBSRECHT - PROF. DR. NICOLAS DIEBOLD

VORBEMERKUNG

**3 Jahre
Anwaltschaft**

**5 Jahre im
Sekretariat
WEKO**

**5 Jahre Mitglied
WEKO**

**Ich bin nicht
unabhängig!**

**Zum «Freihandelsrecht»
promoviert / habilitiert**

**6 Jahre
Professor UniLU**

**Nach dem
Leistungsprinzip
sozialisiert**

ÜBERSICHT

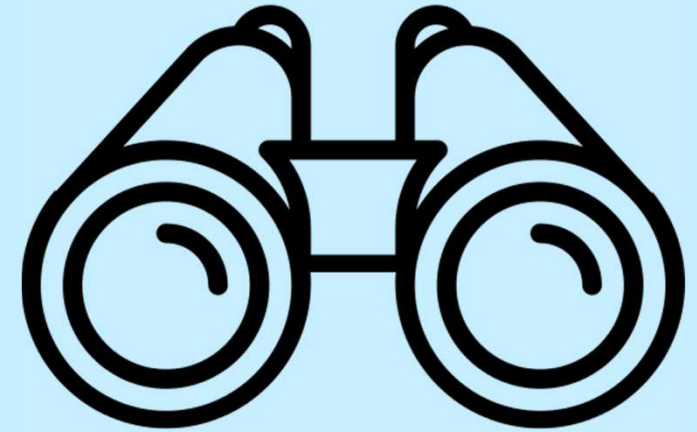
Überblick

Rückblick

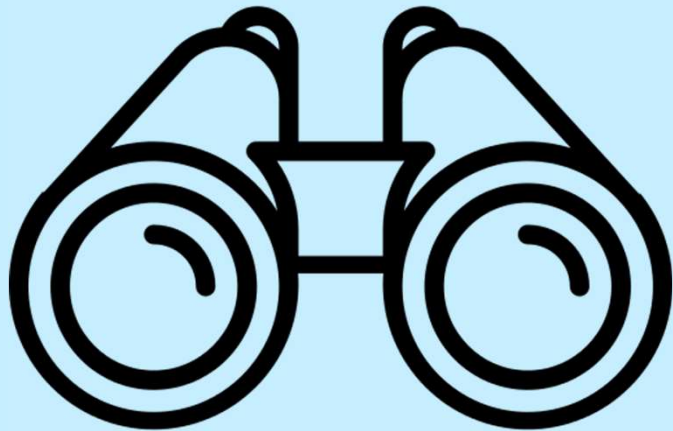
Mikroblick

Makroblick

Metablick



ÜBERBLICK



WETTBEWERBSRECHT i.w.S.



WETTBEWERB ALS SCHUTZOBJEKT

Voraussetzungen

- Freier Zugang zum Markt
- Freie Gestaltung der Wettbewerbsparameter wie Preis, Leistung, Menge
- Wahlfreiheit der Nachfrager
- Freier Austritt aus dem Markt

Intensität / Quantität

- Hohe Anbieterzahl
- Austauschbarkeit und Differenzierung der Leistungen
- Hohe Nachfragerzahl

Wirkung / Öffentliches Interesse

«Erwünschte» Wirkung

- Marktpreis
- Optimale Leistung (Qualität, Innovation, Service u.a.)
- Effizienz / Optimieren von Ressourcen

«Unerwünschte» (Neben-)wirkung

- Konzentration («Lädelisten»)
- Lohndruck / Entlassungen

- Korporatismus
- Monopol

- Keine Differenzierung
- Tiefe Anbieterzahl

«Verpönte» Wirkung

- Überhöhte Rendite (Kartellrente)
- Schlechte Leistung
- Ineffizienz / Verschwendung von Ressourcen

ZIEL UND ZWECK DES KARTELLRECHTS?

Voraussetzungen

Schutz von
**Wettbewerbs-
parametern** und
Marktzugang?

Intensität / Quantität

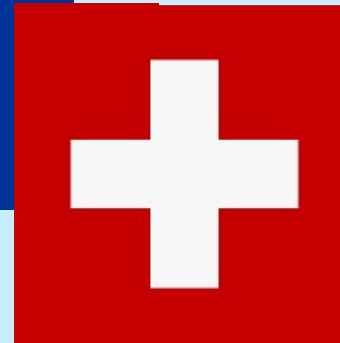
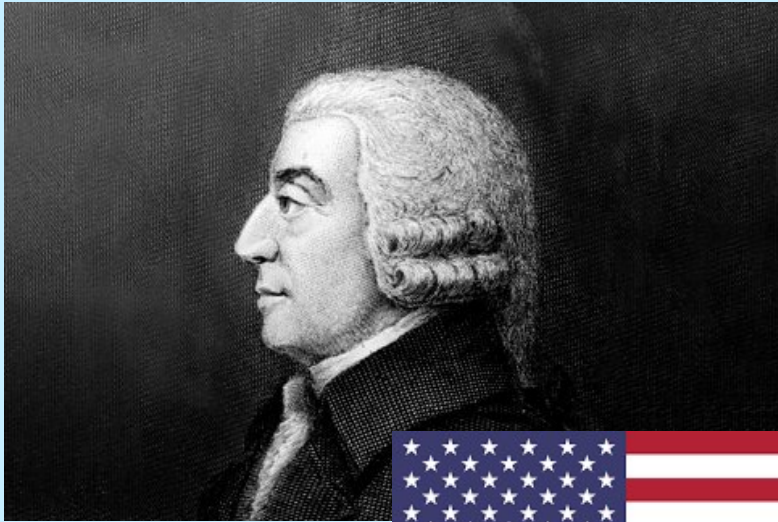
Schutz eines
**Wettbewerbs-
zustands?**

Schutz der
**Unternehmen /
Konkurrenten?**

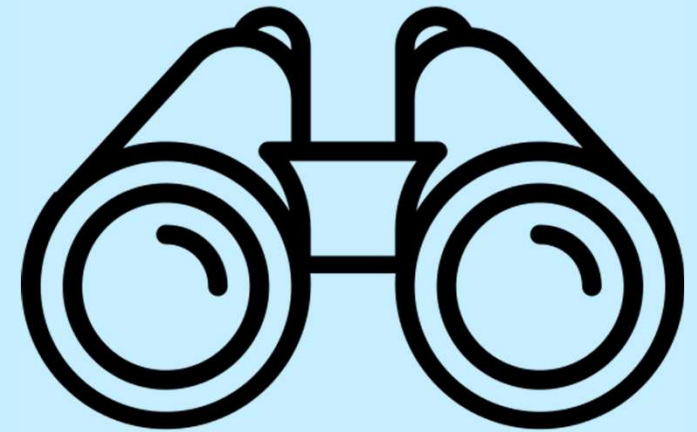
Wirkung / Öffentliches Interesse

Schutz von
**Konsumenten-
wohlfahrt?**

Schutz der
**Gesamt-
wohlfahrt?**



RÜCKBLICK

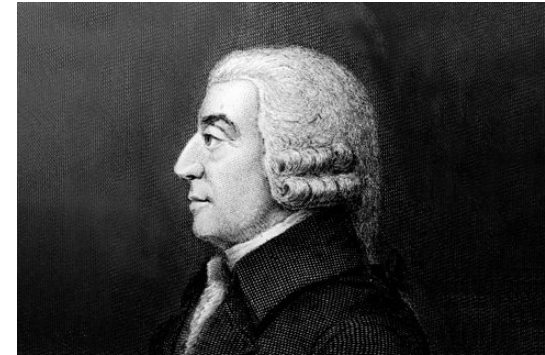


ENTWICKLUNG DES KARTELLRECHTS

Adam Smith – The Wealth of Nations, 1776

„**Geschäftsleute des gleichen Gewerbes** kommen selten, selbst zu Festen und zur Zerstreung, zusammen, ohne dass [...] **irgendein Plan ausgeheckt wird, wie man die Preise erhöhen kann.**

Solche Zusammenkünfte kann man aber unmöglich durch irgendein Gesetz unterbinden, das durchführbar oder mit Freiheit und Gerechtigkeit vereinbar wäre, doch sollte das Gesetz keinerlei Anlass geben, solche Versammlungen zu erleichtern, und, noch weniger, sie notwendig zu machen.“



“monopolists, by keeping the market constantly **understocked**, by never fully supplying the effectual demand, sell their commodities much **above the natural price**, and raise their emoluments, whether they consist in wages or profit, greatly above their natural rate.”



ENTWICKLUNG DES KARTELLRECHTS



«The Bosses of the Senate», Puck 1889, by Joseph Keppler

USA

The Bosses of the Senate, Puck 1889, by Joseph Keppler

Sherman Antitrust Act, 1890

«If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessaries of life.» (Senator John Sherman)

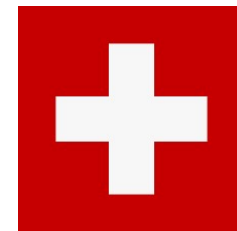


ENTWICKLUNG DES KARTELLRECHTS

Europäische Union

Die Römischen Verträge wurden am 25. März 1957 von Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und den Niederlanden im Konservatorenpalast in Rom unterzeichnet.





ENTWICKLUNG DES KARTELLRECHTS

Bundesverfassung von 1874

- Einführung der Handels- und Gewerbefreiheit
- Verbot von Kartellen als staatlicher Eingriff in die HGF
- Starke Zunahme an Kartellen (Verbänden/Zünften) nach 1880, z.B. in Handwerker-, Textil-, Uhren-, Biermärkten u.v.m.
- Selbstorganisation wurde volkswirtschaftlich und gesellschaftlich als positiv bewertet.

Liberal-Korporatistische Wirtschaftsordnung

- Kartelle sind volkswirtschaftlich erwünscht, folglich zulässig und gerichtlich durchsetzbar
- Ausnahme: «Boykott»-Rechtsprechung des BGer (BGE 22 I 175)



ENTWICKLUNG DES KARTELLRECHTS

Revision der Wirtschaftsartikel von 1947

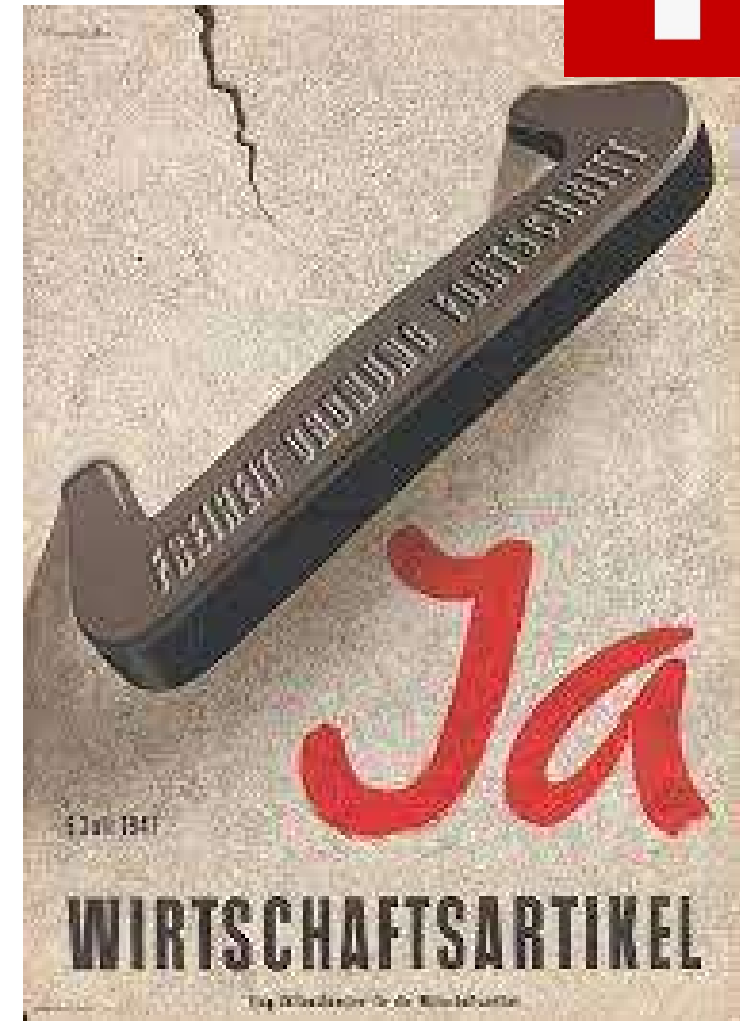
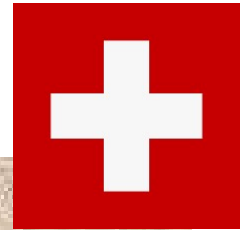
(«Kartellartikel»; Art. 31a lit. d aBV. Heute: Art. 96 BV)

Art. 31a aBV

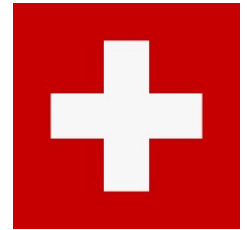
«Wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, ist der Bund befugt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschriften zu erlassen:

[...]

d) gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen»



<https://swissvotes.ch/vote/143.00>

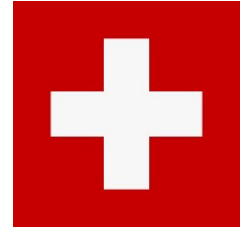


ENTWICKLUNG DES KARTELLRECHTS

Volksinitiative «Missbrauch wirtschaftlicher Macht» von 1958

<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis69t.html>





ENTWICKLUNG DES KARTELLRECHTS

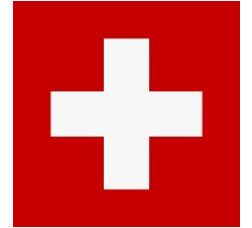
Kartellgesetz von 1962

Art. 4

¹ Vorkehren eines Kartells, mit denen Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert werden sollen, wie Bezugs- und Liefersperrn, Sperrn von Arbeitskräften, Benachteiligung in den Preisen und Bezugsbedingungen oder gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Preisunterbietungen, sind unter Vorbehalt der Ausnahmen des Artikels 5 unzulässig.

Art. 11

¹ Verträge und Beschlüsse, durch die Kartellverpflichtungen begründet werden, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form. Bei Beschlüssen genügt das unterzeichnete Protokoll.



ENTWICKLUNG DES KARTELLRECHTS

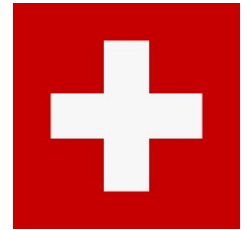
Kartellgesetz von 1985

Art. 6 Unzulässigkeit der Wettbewerbsbehinderung

¹ Vorkehren eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation sind unzulässig, wenn sie Dritte vom Wettbewerb ausschliessen oder in dessen Aufnahme oder Ausübung in erheblicher Weise behindern.

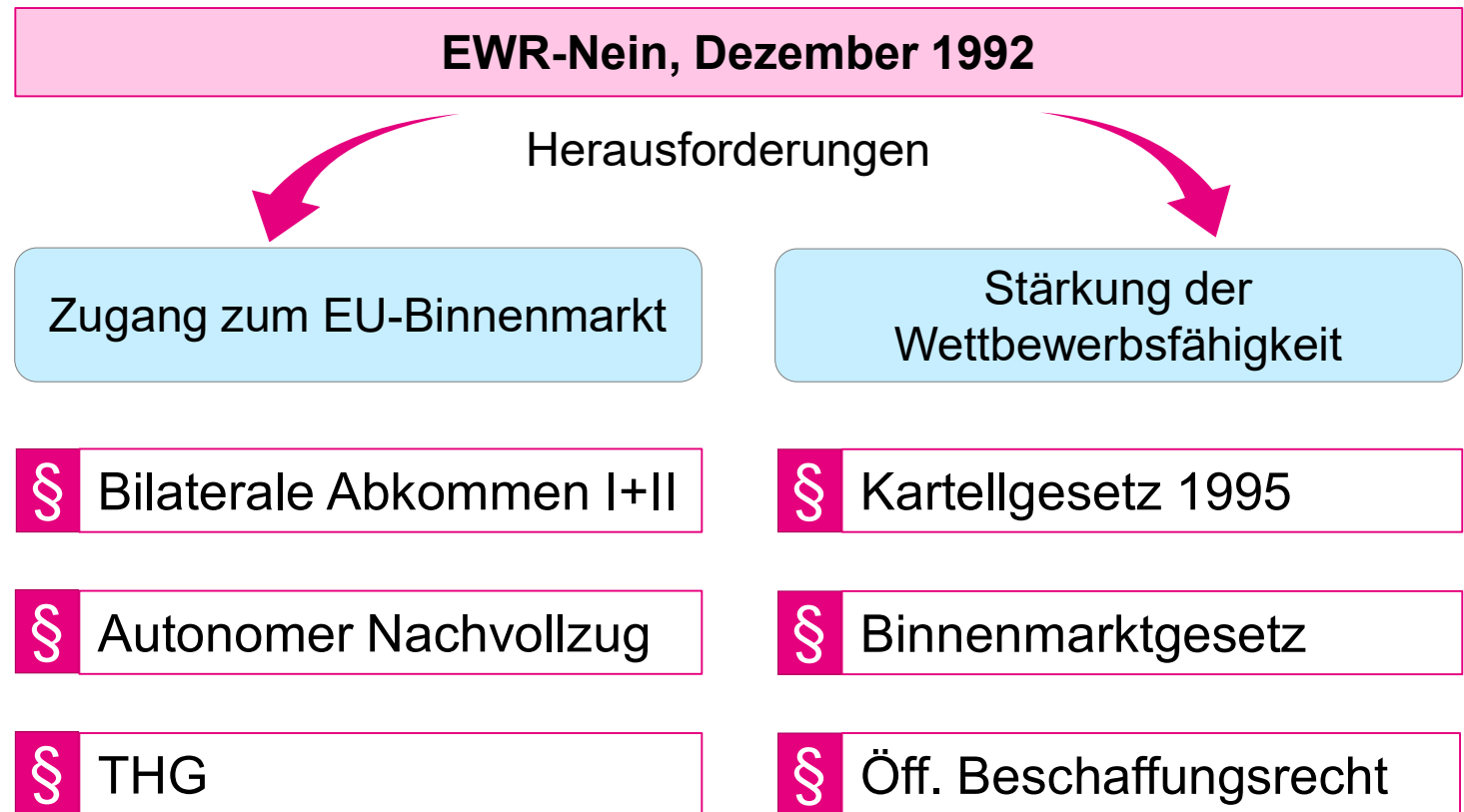
Art. 29 Untersuchungen

¹ Die Kommission untersucht im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements oder von sich aus, ob ein Kartell oder eine ähnliche Organisation volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigt.

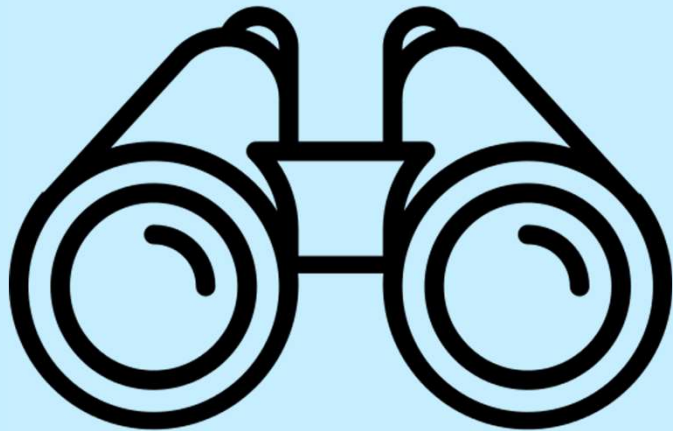


ENTWICKLUNG DES KARTELLRECHTS

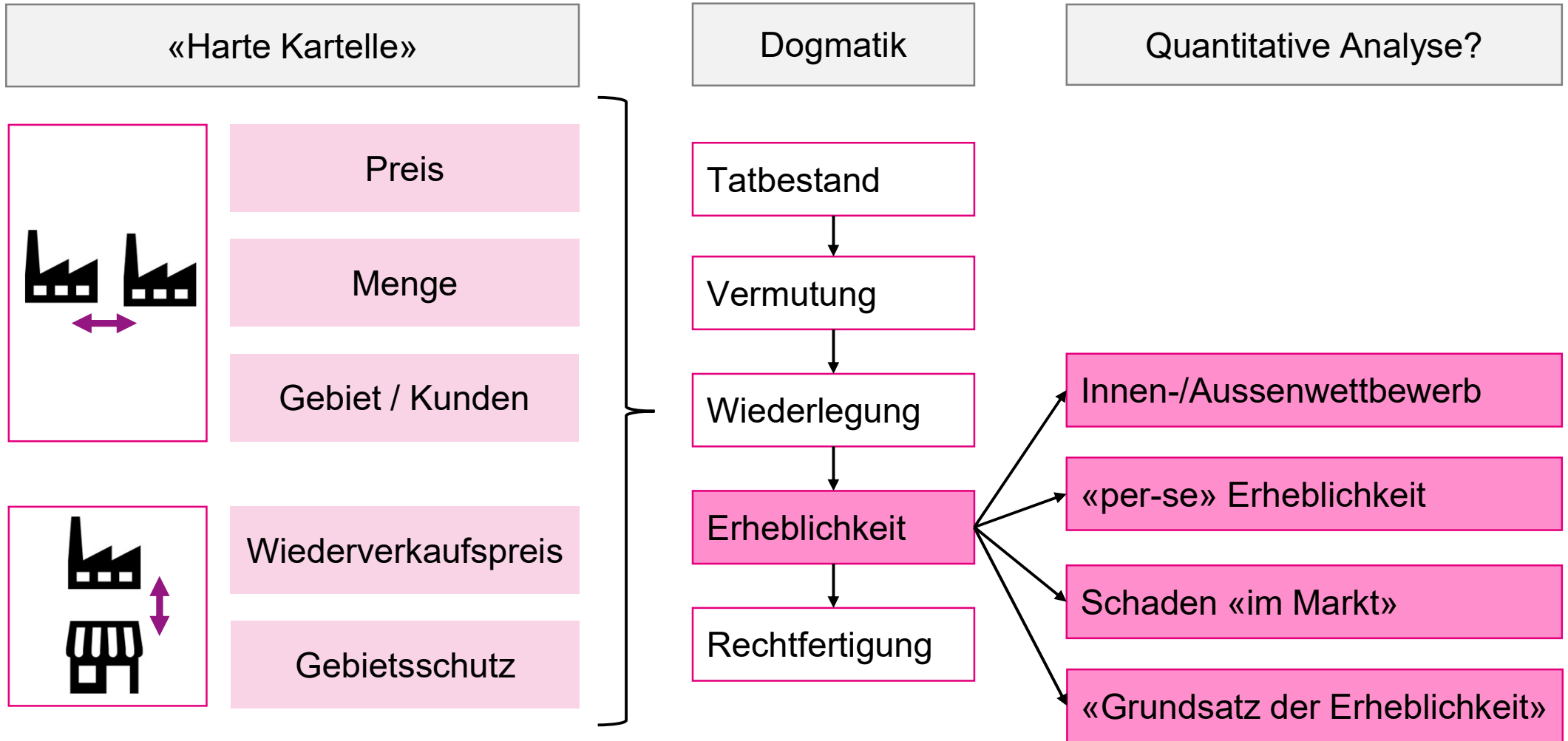
EWR-Nein 1992



MIKROBLICK → «ERHEBLICHKEIT»

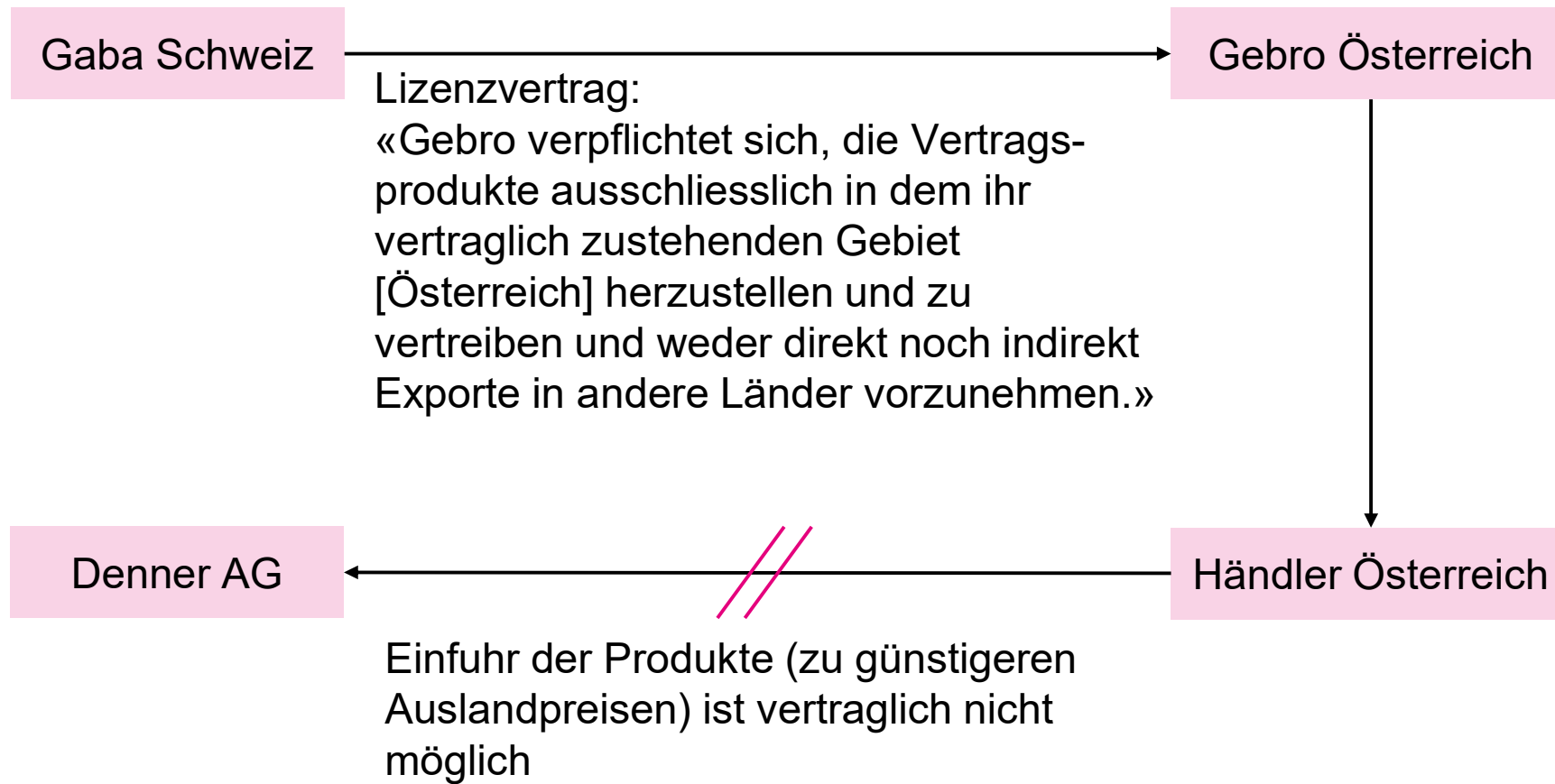


STREIT UM DIE «WIRKUNGSPRÜFUNG» VON HARTEN KARTELLEN



PRÄJUDIZWIRKUNG VON «GABA» – BGE 143 II 297

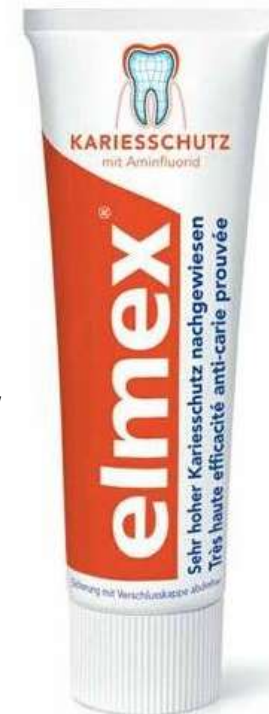
Sachverhalt



PRÄJUDIZWIRKUNG VON «GABA» – BGE 143 II 297

Urteil des Bundesgerichts

- Lizenzvertrag erfüllt Tatbestandsmerkmale von KG 5 IV (Passivverkaufsverbot) → Vermutung der Beseitigung von wirksamem Wettbewerb
- Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann widerlegt werden, da ausreichend Restwettbewerb besteht (E. 4.2)
- Wettbewerb ist aber erheblich beeinträchtigt (KG 5 I; E. 5)
 - **Qualitative Analyse** (Inhalt der Abrede): Abreden iSv KG III/IV («harte Kartelle» / «Kernbeschränkungen» / «Vermutungstatbestände») stellen «im Grundsatz» immer eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs dar.
 - **Quantitative Analyse** (Wirkung der Abrede): Muss nicht geprüft werden.
Ausnahme: «Bagatellkartelle»



POLITISCHE GEGENBEWEGUNG

Motion François,
FDP, 18.4282 vom
13.12.2018

«Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen.»

Vernehmlassungs-
vorlage BR vom
24.11.2021

Art. 5 Abs. 1^{bis}

^{1bis} Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen.

Umsetzung?

Abwägung?

Innen-/Aussenwettbewerb?

Kumulativ?

Schaden «im Markt»?

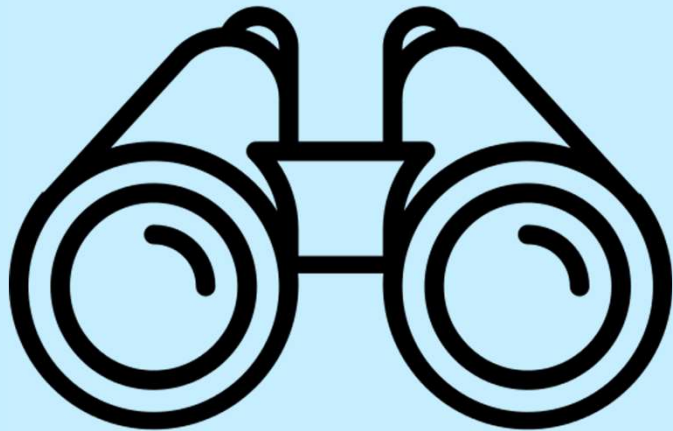
POLITISCHE GEGENBEWEGUNG

Stellungnahme
Studienvereinigung
Kartellrecht

Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG

^{1bis} Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ist erheblich, wenn sie quantitativ und qualitativ erheblich ist. Bei der quantitativen Erheblichkeit sind insbesondere Kriterien wie der Marktanteil der beteiligten Unternehmen und der Befolgungsgrad der Abrede zu prüfen. Dabei ist auch darzutun, dass die Abrede konkret (unter den gegebenen rechtlichen und faktischen Umständen) eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt. Bei der qualitativen Erheblichkeit ist insbesondere die Wichtigkeit des betroffenen Wettbewerbsparameters zu prüfen.

MAKROBLICK → KARTELLRECHT



POLITISCHE GEGENBEWEGUNG

Motion Français,
FDP, 18.4282 vom
13.12.2018

«Erheblichkeit»

Schwächung des
materiellen
Kartellrechts

Motion Wicki,
FDP, 21.4189 vom
30.9.2021

«Unschuldsvermutung»

Schwächung des
formellen
Kartellrechts

Wirtschafts-
verbände

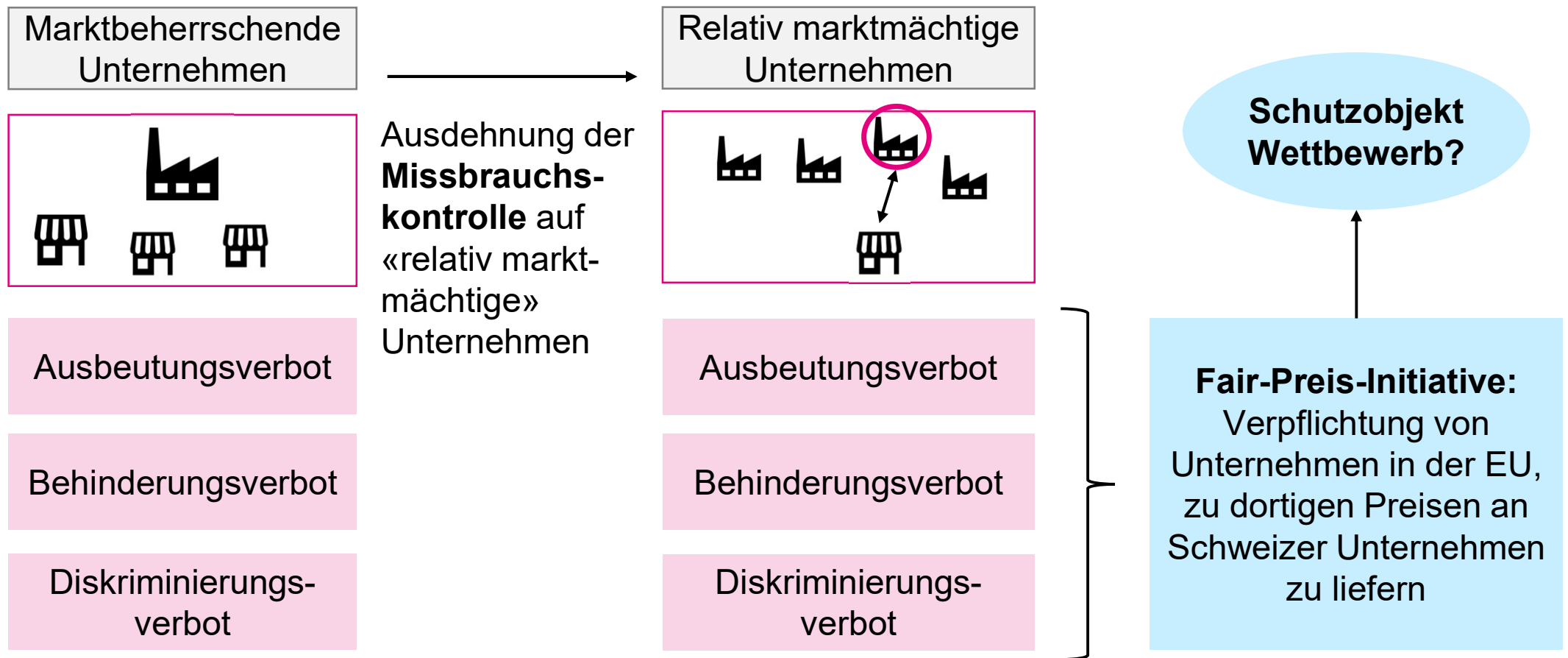
«Institutionenreform»

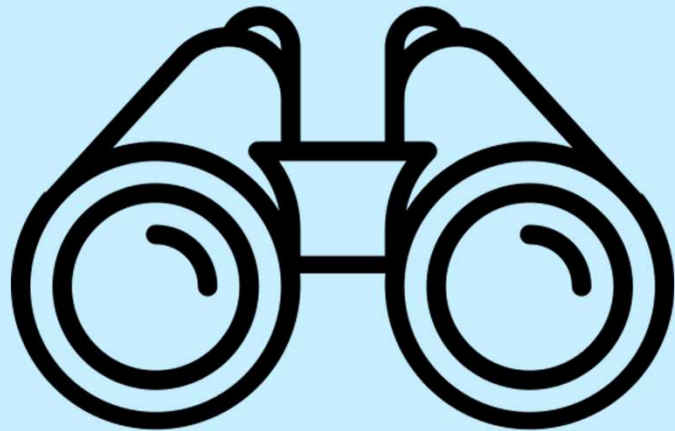
Schwächung der
Durchsetzung des
Kartellrechts

Schwächung des
Schutzes von
Wettbewerb vor
Korporatismus

POLITISCHE RÜCKBEWEGUNG ?

Ausdehnung der Missbrauchskontrolle auf «relativ marktmächtige» Unternehmen





METABLICK → WETTBEWERBS- RECHT

ZIELE DER «WETTBEWERBSPOLITIK»?

Einschränkung von staatlichen Eingriffen

- Forderung Entlastungsgesetz und Regulierungsbremse
- Forderung für stärkere Schranken von Staatswirtschaft und für Beihilferecht

Protektionismus

- Revision Beschaffungsrecht
- Kontrolle von ausländischen Investitionen
- Freihandelsabkommen?

Schutz von Wettbewerb?

Schutz von einzelnen Unternehmen

- Relative Marktmacht
- lex booking
- Verbot von Geoblocking

WETTBEWERBSRECHT i.w.S.



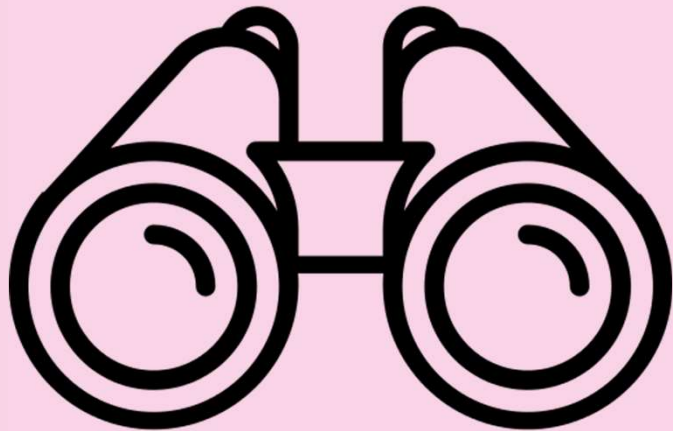
FAZIT DER RATLOSIGKEIT

Inkohärente Gesetzgebung im Kartellrecht

- Abbau von Wettbewerbsschutz
- Verstärkung von Individualschutz
- Kein klares Schutzziel
- Schmäler Grad zwischen Wettbewerbsschutz und Marktsteuerung
- Komplexität kaum noch überblickbar

Wettbewerb als ordnungspolitischer Grundentscheid hat keine politischen Mehrheiten

- Andere Prioritäten: Nachhaltigkeit
- Protektionismus ist wieder salonfähig



HERZLICHEN DANK FÜR IHR INTERESSE

ANREGUNGEN, HINWEISE ODER FRAGEN
GERNE AN:

nicolas.diebold@unilu.ch