



# «Der Beitrag der Ökonomie zum Kartellrecht»

**«XXXII. Atelier de la Concurrence»  
5. Dezember 2019, Bern**

Prof. em. Dr. Roger Zäch, Universität Zürich



## Inhaltsübersicht

### 1. Gesetzgebung

- a) Kenntnis der Funktionsweise kartellrechtlicher Bestimmungen
- b) Kenntnis des Regelungsgegenstands

### 2. Rechtsanwendung

- a) Vorbemerkung
- b) Zusammenschlusskontrolle – Prognosesachverhalte
- c) «Kartellabreden» und Missbrauchskontrolle –  
Vergangenheitssachverhalte
  - aa) Repetitive Fälle
  - bb) Neue Fälle

### 3. Schluss



# 1. Gesetzgebung (1)

## a) Kenntnis der Funktionsweise kartellrechtlicher Bestimmungen

Kartellgesetze verbieten den Unternehmen gewisse wettbewerbsbeschränkende

- Abreden (Art. 5 KG)
- Missbräuchliche Verhaltensweisen (Art. 7 KG)
- Unternehmenszusammenschlüsse

Viele Mitglieder des Parlaments beurteilen Kartellgesetze bzw. diesbezügliche Revisionen negativ:

- Als Erlass neuer Gesetze entgegen dem verbreiteten Slogan: «Keine neuen Gesetze», denn wir haben ja schon zu viele!
- Als Verbotsgesetze und daher als Beschränkung der Vertragsfreiheit und damit der Wirtschaftsfreiheit – zwei Rechtsgüter - die mittels staatlicher Gesetze bereits zu stark eingeschränkt sind (Regulierungen für Banken, Versicherungen, Industrie- und Bauunternehmungen, Konsumentenschutz!)



# 1. Gesetzgebung (2)

## a) Funktionsweise kartellrechtlicher Bestimmungen

Viele Mitglieder des Parlaments verstehen nicht,

- dass kartellrechtliche Bestimmungen Regulierungen durch *Private* zu Lasten anderer Privaten verhindern wollen,
- dass solche privaten Regulierungen nur mittels Gesetzen verhindert/unterbunden werden können.

Die Ökonomie, genauer, die Wettbewerbstheorie sollte vermehrt dazu beitragen, dass Kartellrecht als Recht zum Schutz der Wirtschaftsfreiheit vor beschränkender Regulierung durch Private verstanden wird.

Das würde erforderliche Gesetzesanpassungen erleichtern (vgl. Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden 2018).



# 1. Gesetzgebung (3)

## a) Funktionsweise kartellrechtlicher Bestimmungen

### Beispiel: Fair-Preis-Initiative:

- Will als Fernziel, dass die Preise für Produktionsmittel in etwa auf das EU-Preisniveau fallen.
- Zu diesem Zweck soll der Einkauf solcher Produkte insbesondere für KMU im Ausland ermöglicht werden.
- Viele verstehen diesen Mechanismus nicht, obwohl die Preise bei den Automobilen gerade das bestätigen.

### Verfassungsrecht

Für viele sind Vorschriften gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen immer noch *Abweichungen* von der Wirtschaftsfreiheit (Art.31<sup>bis</sup> Abs. 3 BV von 1874). Das ist seit ca. 40 Jahre nicht mehr zutreffend (Andreas Kley; Daniel Moeckli, KG-Kommentar, Zürich/St.Gallen 2018). Das ist *laisser-faire* aus dem 19. Jhd.



## 1. Gesetzgebung (4)

### b) Kenntnis des Regelungsgegenstands

Wettbewerbsbeschränkungen verursacht durch Kartelle, marktmächtige Unternehmen oder Unternehmenszusammenschlüsse zu verstehen ist mangels direkter Erfahrung schwieriger als den Verkehr auf den Strassen, den Verkauf beweglicher Sachen oder die Ausleihe von Geld.

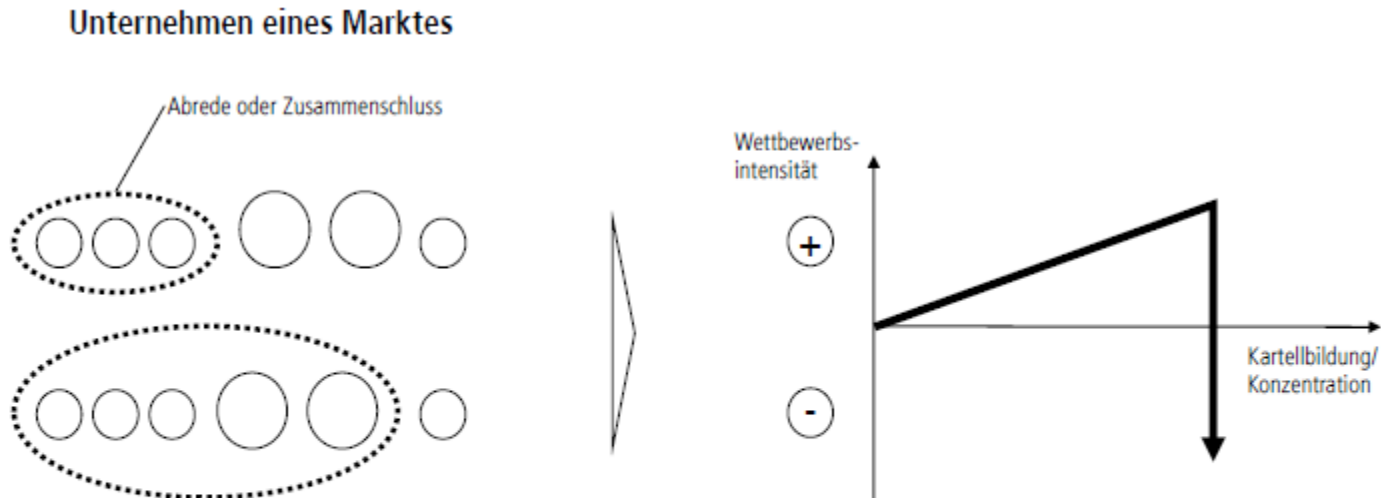
Zu unterscheiden ist auch hier zwischen Fällen und deren Auswirkungen

- die dank langer Erfahrung bekannt sind  
z.B. Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, Monopolsituationen
- und Fällen, die neuartig und noch unbekannt sind  
z.B. Stichwort digitale Wirtschaft (Plattformen, mehrseitige Märkte, Netzwerkeffekte). Das ist der klassische Bereich, wo die Gesetzgebung vor dem Erlass kartellrechtlicher Bestimmungen auf inputs der Ökonomie angewiesen ist.

## 2. Rechtsanwendung (1)

### a) Vorbemerkung

### *Kartellbildung und Konzentration beeinflussen die Wettbewerbsintensität*



- Unternehmen dürfen untereinander Abreden treffen und sie dürfen sich zusammenschliessen, sofern dadurch der wirksame Wettbewerb nicht übermässig beschränkt oder gar beseitigt wird.
- Es ist im Einzelfall schwierig zu beurteilen, wann eine zunächst oft positive, wettbewerbsfördernde Wirkung umschlägt in eine negative, wettbewerbsbeschränkende oder wettbewerbsbeseitigende.



## 2. Rechtsanwendung (2)

### b) Zusammenschlusskontrolle – Prognosesachverhalte

#### aa) *Einfache Fälle*

Die allermeisten Fälle bieten keine besonderen Probleme und können durch die rechtsanwendenden Behörden (gesetzeskonform) entschieden werden.

Ökonomischer Input ist nicht erforderlich:

- Das Eingreifkriterium ist sehr eng;
- Fehlentscheidungen können
  - durch die Marktentwicklung (Chicago School)

oder

-- gestützt auf Art. 7 KG korrigiert werden, besonders nach einer allfälligen Erweiterung der Missbrauchskontrolle auf «relativ marktmächtige» Unternehmen (Fair-Preis-Initiative; vgl. Hans Merz, 1967).





## 2. Rechtsanwendung (3)

### b) Zusammenschlusskontrolle – Prognosesachverhalte

#### *bb) Schwierige Fälle – Stichwörter*

- Marktabgrenzung → Marktbeherrschung
- kollektive Marktbeherrschung
- koordinierte und nicht koordinierte Auswirkungen
- Nahe Wettbewerber?
- Sind verbleibende Wettbewerber innovativ?
- Marktzugangs- und Marktaustrittsschranken
- Spieltheoretische Überlegungen (Gefangenen-Dilemma)
  
- Zusagen der Parteien: Was genügt?
- Effizienzen? – Verbrauchernutzen?
- As efficient competitor – Test

Ökonomischer Input ist hier – repetitive Fälle ausgenommen – erforderlich.



## 2. Rechtsanwendung (4)

### c) «Kartellabreden» und Missbrauchsaufsicht - Vergangenheitssachverhalte

#### aa) *Gesetzlich klar geregelte und repetitive Fälle*

Fälle, die gesetzlich klar geregelt oder von früheren Entscheidungen her bekannt sind und wieder gleich entschieden werden sollten – *Rechtssicherheit!*

#### *Beispiele:*

Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs.3 und 4 KG und die Regelbeispiele von Art. 7 Abs. 2 KG.

Hier geht es um die juristischen Fragen:

- Liegen solche Fälle vor? Wenn ja,
- sind diese gerechtfertigt nach Art. 5 Abs. 2 KG bzw. handelt es sich um eine missbräuchliche und damit unzulässige Behinderung oder Benachteiligung anderer Unternehmen nach Art. 7 KG?



## 2. Rechtsanwendung (5)

### c) «Kartellabreden» und Missbrauchsaufsicht - Vergangenheitssachverhalte

#### aa) *Gesetzlich klar geregelte und repetitive Fälle*

Ökonomischer Input ist hier (de lege lata) nicht erforderlich; sinnvoll ist allenfalls ein solcher – gestützt auf entschiedene Fälle - de lege ferenda.

#### *Begründung*

Der Gesetzgeber hat diese Fälle klar entschieden.

Daher stellen die Gerichte zu Recht fest, dass bei solchen Fragen/Fällen nicht über ökonomische Theorie zu diskutieren ist.

Wichtig ist aber, dass die Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie Art. 7 Abs. 2 KG **richtig** ausgelegt werden.



## 2. Rechtsanwendung (6)

### c) «Kartellabreden» und Missbrauchsaufsicht - Vergangenheitssachverhalte

#### *bb) Neue Fälle*

Nach dem «Drei-Bereiche-Modell» (Kramer, Methodenlehre) können bei der Auslegung drei Bereiche unterschieden werden: Ein Sachverhalt wird von einem Text/Begriff/Ausdruck

- klar erfasst (positive Kandidaten)
- klar *nicht* erfasst (negative Kandidaten)
- der Fall ist offen (neutrale Kandidaten)

Neutrale Kandidaten können in diesem Sinn als neue Fälle bezeichnet werden.



## 2. Rechtsanwendung (7)

### c) «Kartellabreden» und Missbrauchssachverhalte - Vergangenheitssachverhalte

*bb) Neue Fälle*

*Beispiele*

Fälle aus der digitalen Wirtschaft,

Stichwörter: Netzwerkeffekte, Schnittstellen, Plattformen, Multihoming,  
Bestpreisklauseln, Mehrseitige Märkte

Ökonomischer Input ist für solche Fälle in aller Regel erforderlich.



## 3. Schluss

**Die Frage des Beitrags der Ökonomie zum Kartellrecht muss differenziert beantwortet werden.**

### **Diskussionspunkte:**

- 1) Fall Gaba: bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG nur noch qualitative Kriterien, keine quantitativen mehr?
- 2) Nach Urteil BVerwG B-83/2011
  - a) Ist bei der Anwendung von Art. 7 KG eine «theory of harm» nachzuweisen?
  - b) Ist nun Art. 7 KG bzw. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG ein Gefährungsdelikt?
- 3) More economic approach im Kartellrecht?