



WETTBEWERBSRECHT UND MARKTREGULIERUNG

Buchvernissage

9. November 2023

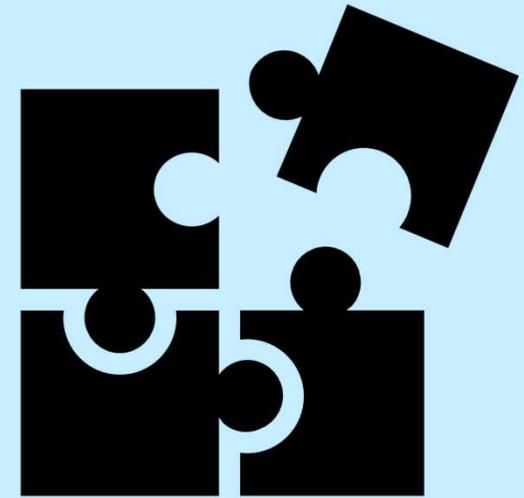
ÜBERSICHT

**Wettbewerb als
Rechtsgut**

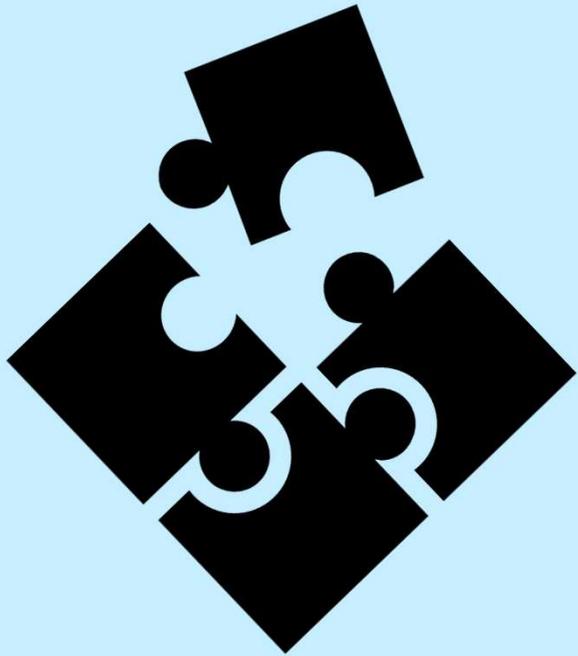
**Wettbewerbsschutz
im Kartellrecht**

**Fünf Thesen zur
Wirtschaftsfreiheit**

Rück- und Ausblick



WETTBEWERB ALS RECHTSGUT



Wettbewerbsrecht

Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs

- **Abwehr staatlicher Eingriffe in Wettbewerb**
Wirtschaftsfreiheit, Binnenhandelsrecht, Aussenhandelsrecht, Beschaffungsrecht
- **Abwehr privater Eingriffe in Wettbewerb**
Kartellrecht, Lauterkeitsrecht
- **Ausgleich negativer Folgen fehlenden Wettbewerbs**
Kartellrecht, Preisüberwachungsrecht

Verwirklichung von Wohlstand

Verfügbarkeit bedarfsgerechter **Leistungen** zu möglichst günstigen **Preisen**

Marktregulierung

Eingriffe in Wettbewerb zum Schutz von öffentlichen Interessen

- **Gewährleistung von öffentlichen Gütern**
öffentliche Sicherheit und Ordnung, intakte Umwelt und Natur, Klima u.a.
- **gerechte Verteilung marktfähiger Güter**
Gesundheit, Bildung, öffentlicher Verkehr, Energie, Vermögen/Einkommen u.a.

Verwirklichung von Wohlfahrt

bestmögliche Verwirklichung der **Gesamtheit öffentlicher Interessen**

«WETTBEWERB» ALS RECHTSGUT

BGE 146 II 217 E. 4.2 – ADSL

*«Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der **Institutionen-** und andererseits der **Individualschutz** oder mit anderen Worten die **Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb**».*



Rechtsgüter

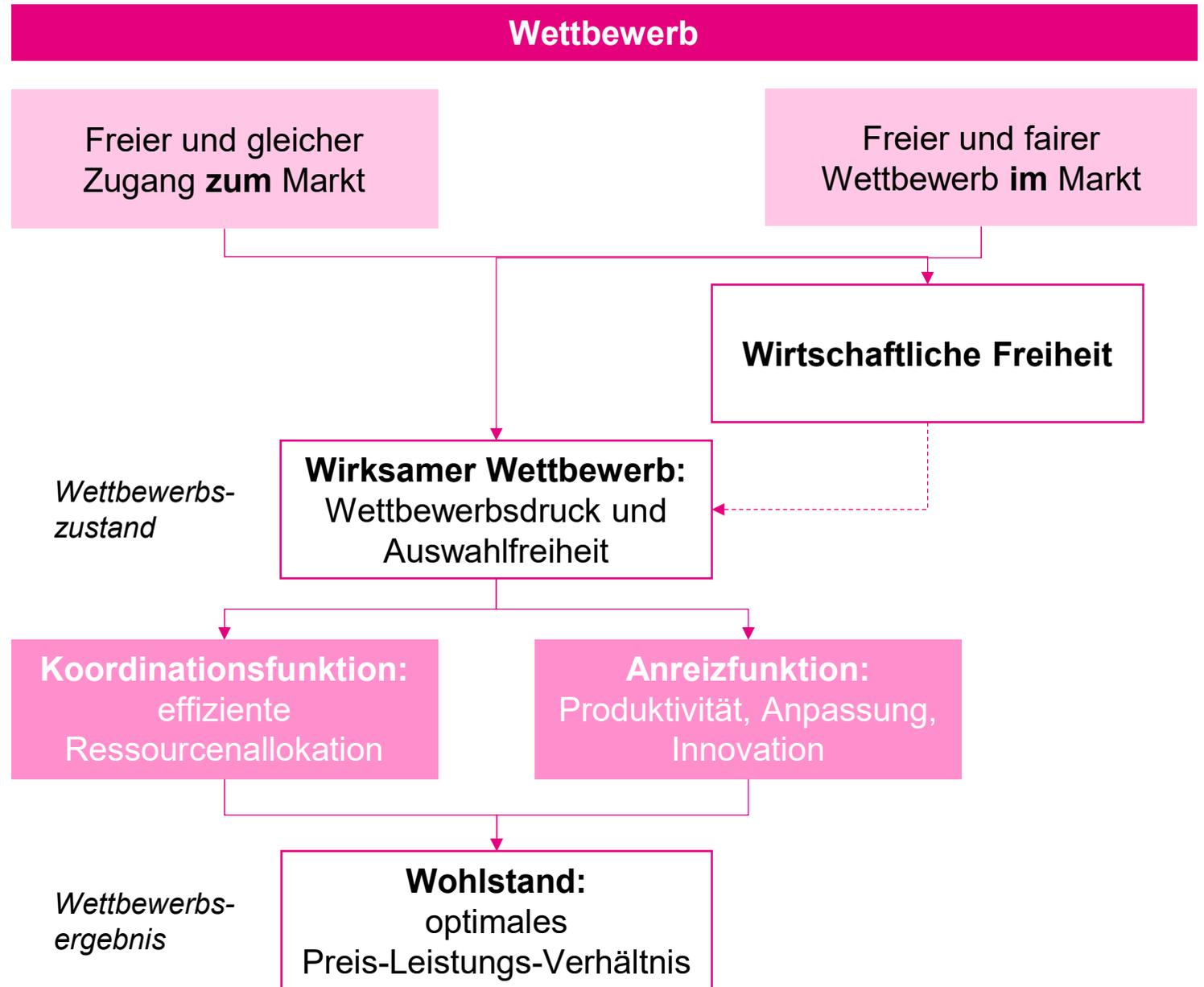
*Wettbewerbs-
voraussetzungen*

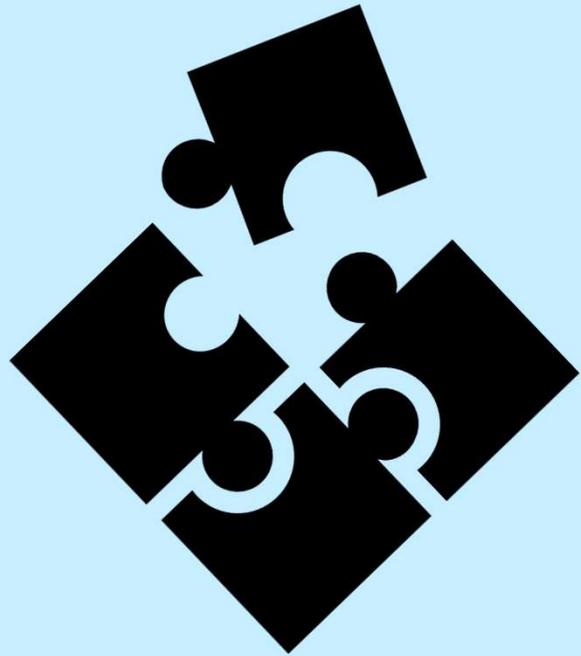
Individuenschutz

Systemschutz

*Wettbewerbs-
funktionen*

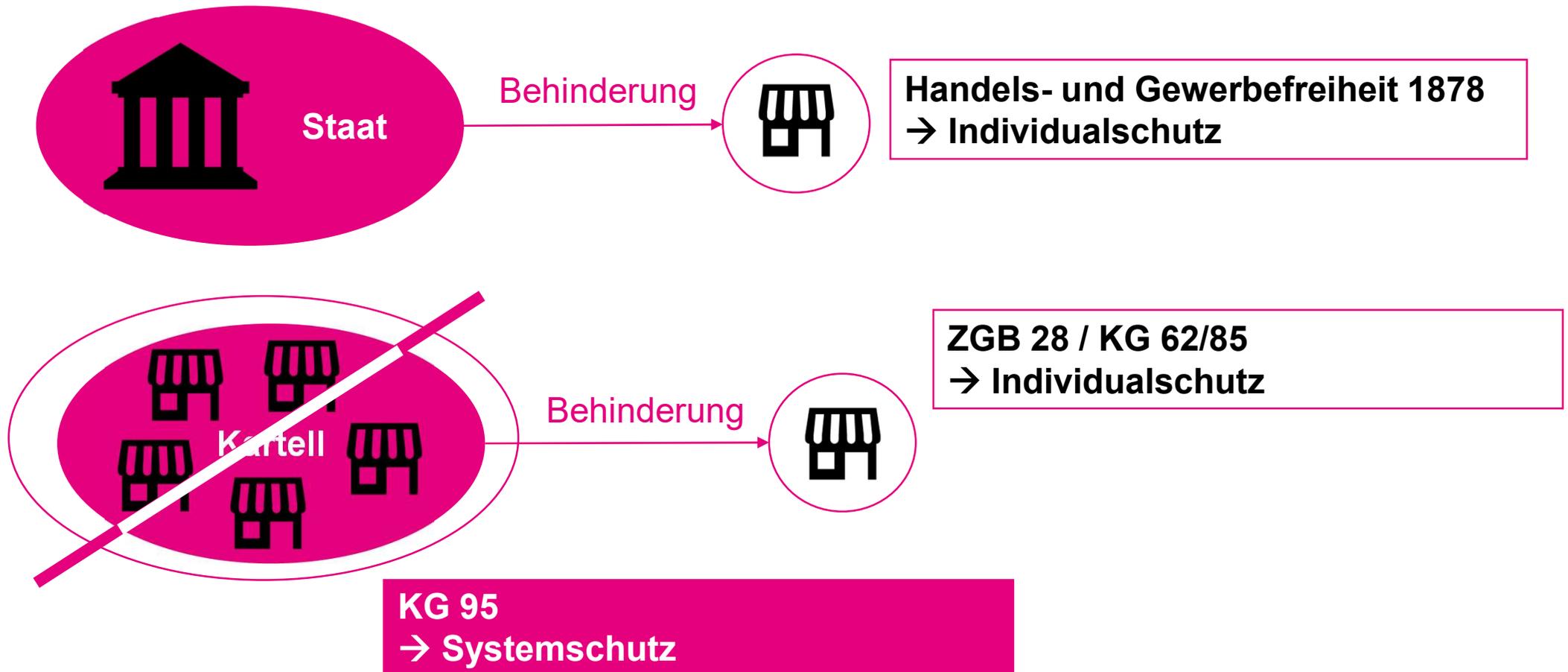
**Verwirklichung
von Wohlstand**





WETTBEWERBS- SCHUTZ IM KARTELLRECHT

ABREDE: VOM INDIVIDUAL- ZUM SYSTEMSCHUTZ



Systemschutz

Formbasierter Ansatz:

Tatbestand ist erfüllt bei Beeinträchtigung einer **Wettbewerbsvoraussetzung**

Wettbewerbsvoraussetzungen

Gefährdungsbasierter Ansatz:

Tatbestand verlangt **Schädigungstheorie**, d.h. Plausibilisierung anhand ökonomischer Erfahrungssätze, dass die Beeinträchtigung einer Wettbewerbsvoraussetzung im Einzelfall geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen.

Wettbewerbszustand

Wettbewerbsfunktionen

Erfolgsbasierter Ansatz:

Tatbestand verlangt zusätzlich zur Beeinträchtigung einer Wettbewerbsvoraussetzung die tatsächliche Beeinträchtigung einer **Wettbewerbsfunktion** oder des **Wettbewerbsergebnisses**.

Wettbewerbsergebnis

Wettbewerb

Freier und gleicher Zugang zum Markt

Freies Spiel der Wettbewerbsparameter im Markt

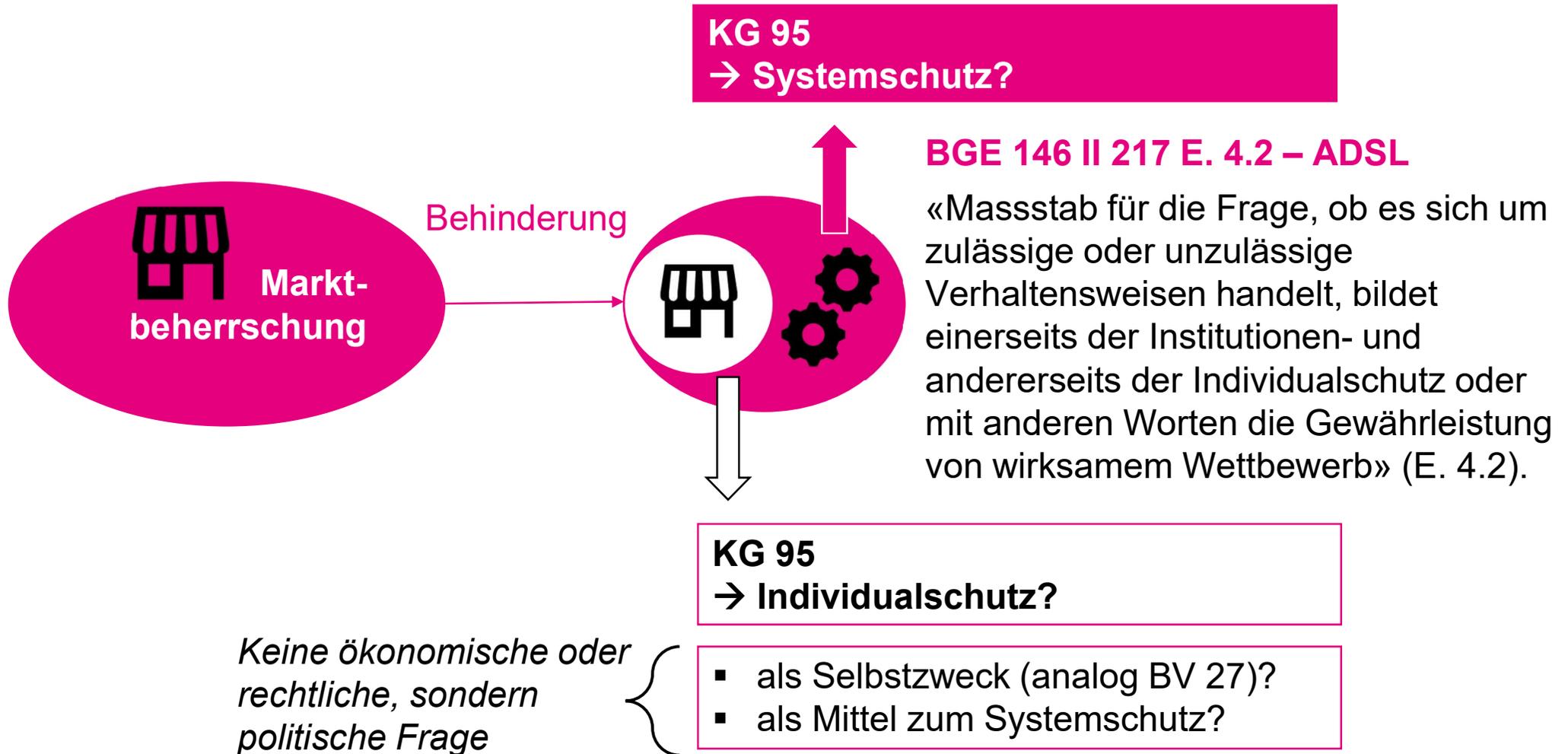
Wirksamer Wettbewerb:
Wettbewerbsdruck und
Auswahlfreiheit

Koordinationsfunktion:
effiziente
Ressourcenallokation

Anreizfunktion:
Produktivität, Anpassung,
Innovation

Wohlstand:
optimales
Preis-Leistungs-Verhältnis

BEHINDERUNG: SYSTEM- UND/ODER INDIVIDUALSCHUTZ?



AUSBEUTUNG: DIREKTE VERWIRKLICHUNG VON WOHLSTAND

BGE 146 II 217 E. 4.1 – ADSL

«Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich hindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise den Begriffen Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann, welchen ohnehin nur **heuristischer Wert** zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird» (E. 4.1).

**Rein heuristischer
Wert?**

AUSBEUTUNG: DIREKTE VERWIRKLICHUNG VON WOHLSTAND



Schutz von Wettbewerb

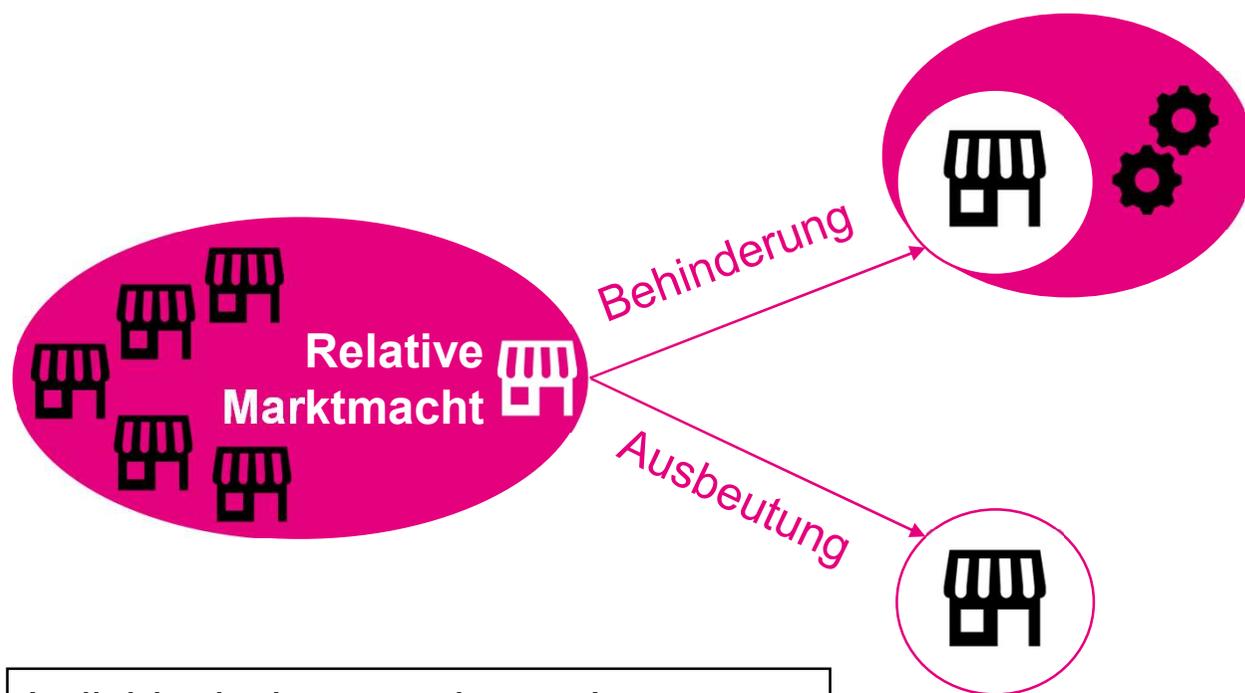
Schutz wirtschaftlicher Freiheit



**Schutz vor negativen Folgen
fehlenden Wettbewerbs**

- Tatbestandsmerkmal ist nicht Wettbewerbsbeeinträchtigung, sondern «ungünstiges» Preis-Leistungs-Verhältnis

RELATIVE MARKTMACHT: INDIVIDUAL-/WOHLSTANDSSCHUTZ



Individualschutz = privates Interesse
→ Zivilklage
→ Schadenersatz

Schutz von Wettbewerb?
→ unrealistisch

Schutz wirtschaftlicher Freiheit

- Tatbestand: Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit

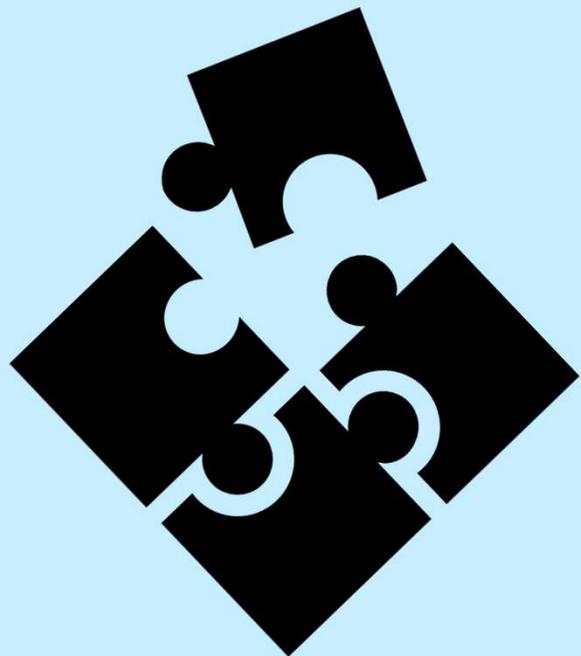
Schutz vor negativen Folgen fehlenden Wettbewerbs

- Tatbestand «ungünstiges» Preis-Leistungs-Verhältnis

FAZIT



FÜNF THESEN ZUR WIRTSCHAFTSFREIHEIT



THESE 1: ÖFFENTLICHE AUFGABEN UND SCHUTZBEREICH

Wer eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, kann sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, wenn die Aufgabe eine **marktfähige Tätigkeit** darstellt, die **unter Wettbewerbsbedingungen** ausgeübt wird.

Ausübung öffentlicher Aufgaben

Hoheitliche Tätigkeiten

(Vollzugsaufgaben /

EuGH: «Ausübung öffentlicher Gewalt»)

- Ausserhalb des Schutzbereichs der Wirtschaftsfreiheit
- Nichtanwendbarkeit BGBM

Marktfähige Tätigkeiten

(Grundversorgungsaufgaben)

Wettbewerbsbedingungen

(gleiche gesetzliche Regeln für Konkurrenten)

- Im Schutzbereich der **Wirtschaftsfreiheit**
- Anwendbarkeit **BGBM**

THESE 2: ZUGANG ZU GESCHLOSSENEN MÄRKTEN

Aus der Wirtschaftsfreiheit folgt ein (bedingter) Anspruch auf Zugang zu geschlossenen Märkten

Begriff «geschlossene Märkte»

- Märkte, in denen die **Zahl der Anbieter** durch staatliche Regulierung begrenzt ist
- Mengenmässig begrenzte Marktzugangsrechte → **kein gesetzlicher Anspruch auf Marktzugang**

Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch

- Seit BGE 101 Ia 473: Wirtschaftsfreiheit vermittelt einen **nach Massgabe von BV 36 einschränkbar**en **Anspruch** auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs für privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeiten
- Anspruch ist «**bedingt**» durch die Notwendigkeit der **Koordination** (sachenrechtlicher Vorbehalt)

Weitere Rechte auf Zugang zu geschlossenen Märkten

- **Monopolkonzessionen** und Kontingentbewilligungen, **Sondernutzungskonzessionen**, **Leistungsaufträge** und **sozialversicherungsrechtliche Zulassungen**
- Wenn das Gemeinwesen den **Grundentscheid** getroffen hat, mittels Konzession oder sonst wie Dritten Zugang zu einem geschlossenen Markt zu gewähren, muss dieser Zugang – **wie jeder Marktzugang** – durch das in BV 27 garantierte Recht auf Aufnahme einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit geschützt sein.
- Grundrechtlicher Anspruch ist **bedingt** durch den **Grundentscheid** des Gemeinwesens

THESE 3: SUBVENTIONEN UND WIRTSCHAFTSFREIHEIT

Subventionen greifen in den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (BV 94) ein, selbst wenn sie wettbewerbsneutral ausgestaltet sind.

Nicht wettbewerbsneutrale Subventionen

- Ungleiche Subventionierung von direkt konkurrierenden Unternehmen greift in das **Grundrecht (BV 27)** und den Grundsatz (BV 94) der Wirtschaftsfreiheit ein (neuerdings BGE 149 I 146)
- Rechtfertigung nach **BV 36**

Wettbewerbsneutrale Subventionen

- Rechtsgleich (wettbewerbsneutral) ausgestaltete Subventionen greifen nicht in BV 27, aber in den **Grundsatz (BV 94)** der Wirtschaftsfreiheit (**Wettbewerbsgarantie**) ein
 - Subventionierung führt zur Einsparung von Kosten für die Herstellung von Gütern
 - Kosten der Produktionsfaktoren fließen nicht vollständig in den Preis der Güter ein, sondern fallen teilweise bei der Allgemeinheit (Staat bzw. Steuerzahler) an
 - Anreize zur kostengünstigen Erbringung der Leistung entfallen
 - Beeinträchtigung der Hauptfunktionen des Wettbewerbs (**effiziente Ressourcennutzung / Anreizfunktion**)
- Rechtfertigung nach **BV 5**

THESE 4: EINGRIFF UND ABWEICHUNG VOM GRUNDSATZ

Nicht jeder Eingriff in den Grundsatz ist auch eine Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (BV 94).

Rechtfertigungsvoraussetzungen

- Eingriffe: **BV 5** (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit)
- Abweichungen: **BV 94 IV** (Grundlage in der BV oder kantonales Regalrecht)

Eingriffe

- Regulierung des **Marktzugangs**
- Regulierung von **Wettbewerbsparametern**
- Staatliche **Wirtschaftstätigkeit**

Wettbewerbsminderung oder -verzerrung

Abweichungen

- Qualifizierte Form von Eingriffen: **strukturpolitische Massnahmen**
- **Ausschaltung des Marktmechanismus** mit folgendem **Zweck** bzw. **Motiv**:
 - Erhalt von Unternehmen mit ihren Arbeitsplätzen und mittelbaren wirtschaftlichen Effekten (**Anbieterstrukturen**)
 - Schutz von Wirtschaftszweigen, Produktionsformen oder Gütern, die politisch für wertvoll oder attraktiv gehalten werden (**Angebotsstrukturen**)

THESE 5: ABWEICHUNGSERMÄCHTIGUNGEN IN DER BV

Die Ermächtigungen zur **Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (BV 94 IV)** sind in der **BV abschliessend aufgezählt**.

Ausdrückliche Abweichungsermächtigungen

- Geld- und Kreditwesen (BV 100 III)
- Aussenwirtschaftspolitik und Schutz der inländischen Wirtschaft (BV 100 III, 101 II)
- Bereich der öffentlichen Finanzen (BV 100 III)
- Landesversorgung (BV 102 II)
- **Strukturpolitik (BV 103)**
- Landwirtschaft (BV 104 II)

Implizite Abweichungsermächtigungen?

- Verfassungsbotschaft und Lehre: zahlreiche implizite Abweichungsermächtigungen
- Bundesgericht: BV 117 (Krankenversicherung), BV 92 (Fernmeldewesen)
- **Zweck und Systematik der BV:**
 - explizit verankerte Abweichungskompetenzen halten strukturpolitische Eingriffe in Märkte zwecks Wahrung des verfassungsrechtlichen Grundentscheids für freie marktwirtschaftliche Ordnung in engen Grenzen
 - Gefahr der Aushöhlung durch Annahme impliziter Abweichungskompetenzen

AUSBLICK

BAND 1: GRUNDLAGEN

§1 Markt und Wettbewerb

§2 Wettbewerbsschutz vor dem Staat

§3 Wettbewerbsschutz vor Privaten

BAND 2: MARKTZUGANG

§1 Produktemärkte

§2 Dienstleistungsmärkte

§3 Infrastrukturmärkte

BAND 3: WETTBEWERB IM MARKT

§1 Preiswettbewerb

§2 Leistungswettbewerb

§3 Staat als Marktteilnehmer