

Schnittstelle Kartellrecht und Sektorenregulierung

A low-angle photograph of a modern building with a white facade and large, dark-framed windows, set against a clear blue sky.

20. TAGUNG ZUM IMMATERIALGÜTER- UND
WETTBEWERBSRECHT

PROF. DR. NICOLAS DIEBOLD

10. MÄRZ 2020

DER REFERENT ÄUSSERT SEINE PERSÖNLICHE AUFFASSUNG

Überblick

1 Ausgangslage

2 Schnittstelle vorbehaltene Vorschriften

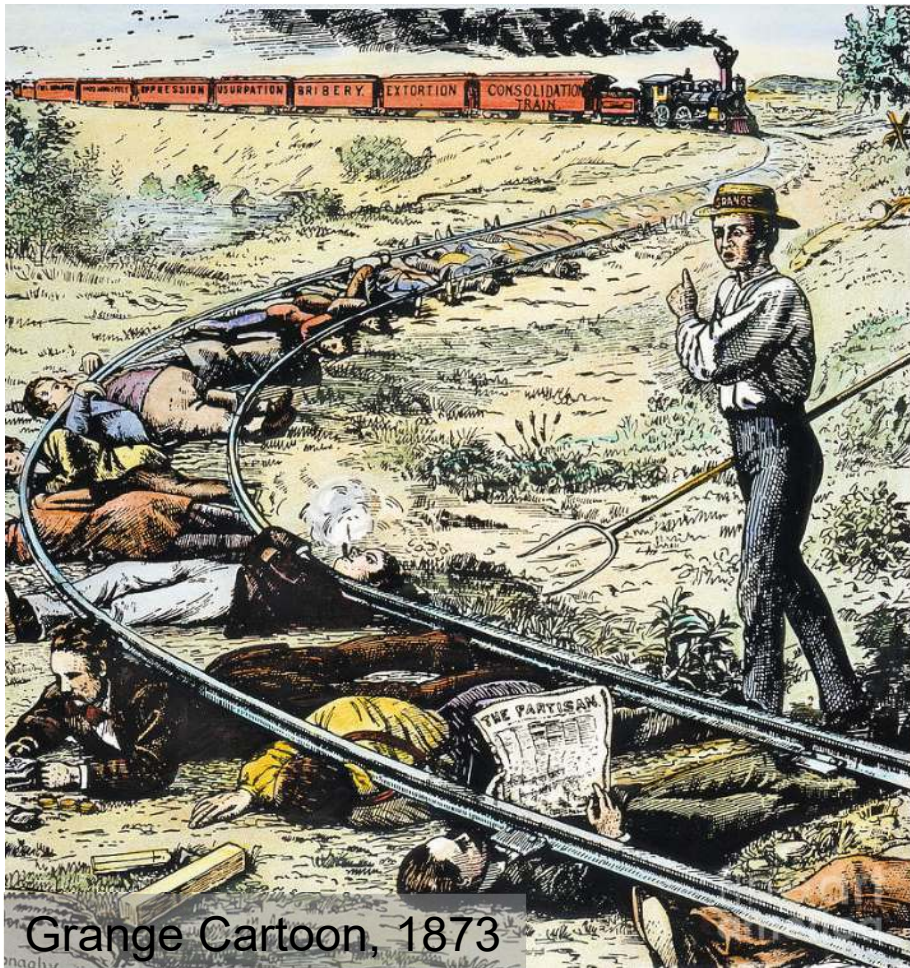
3 Schnittstelle Spezialvorschriften

4 Schnittstelle Tatbestandsebene

5 Fazit

Ausgangslage

“The Grange Awakening the Sleepers”



Grange Cartoon, 1873

«Granger Movement», 1870er

- Vereinigung von Landwirten gegen Macht der Eisenbahn und Getreidespeicher

Interstate Commerce Act, 1887

- Preisregulierung: «reasonable and just», transparent, nicht-diskriminierend

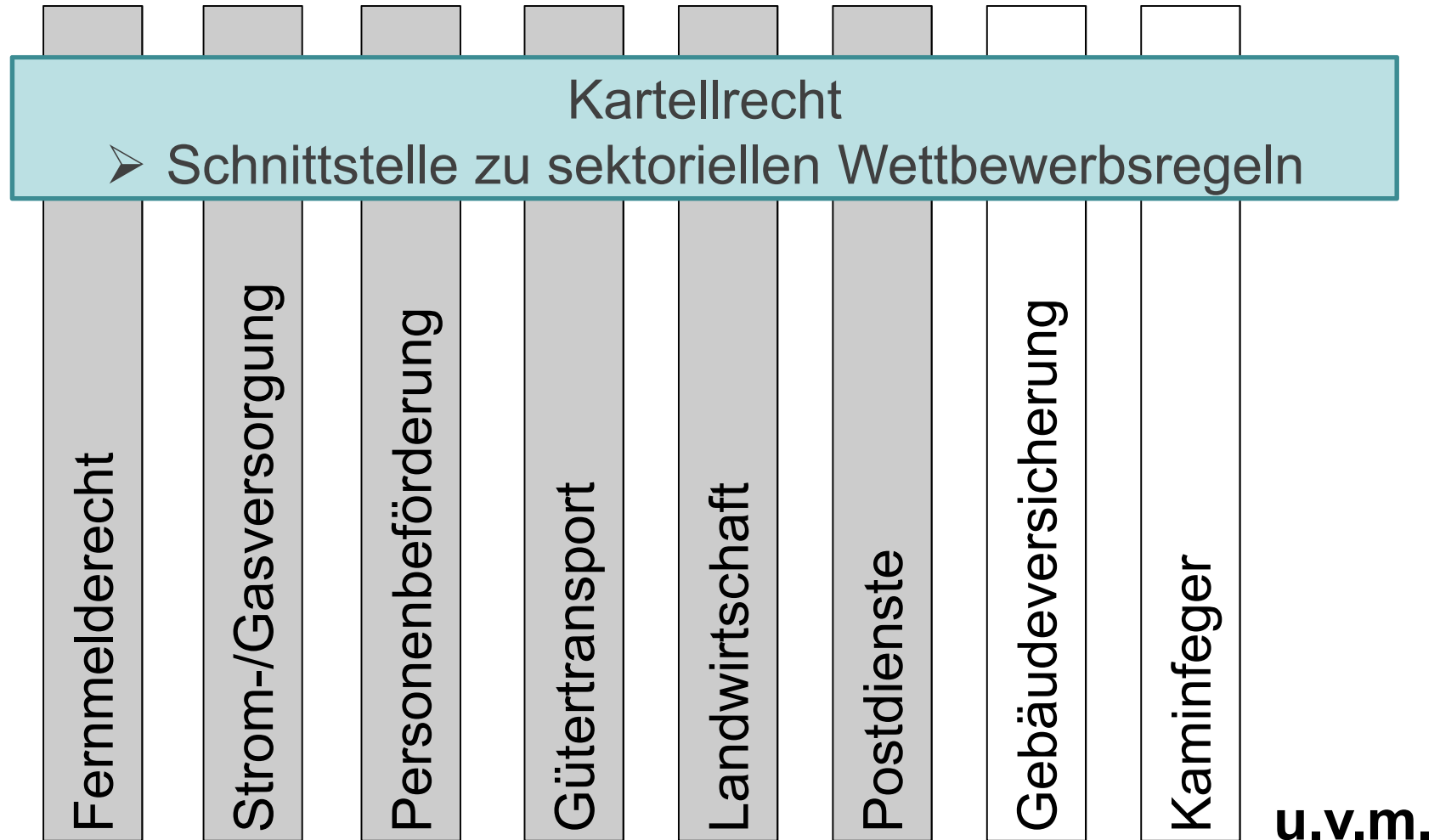
Sherman Act, 1890

- Verbot von Abreden «in restraint of trade or commerce»

United States v. Trans-Missouri Freight Association

[166 U.S. 290 (1897), 17 S. Ct. 540]

Ausgangslage



Ausgangslage

Zweck mit Blick auf Wettbewerb

Kartellrecht	Sektorenregulierung
Schutz und Förderung von Wettbewerb ➤ Wettbewerbspolitik	Ausschluss / Minderung von Wettbewerb ➤ Wirtschafts- und Strukturpolitik
	Wettbewerbsneutral ➤ Eingriff als Mittel zur Verwirklichung von anderen öffentlichen Interessen
	Förderung von Wettbewerb ➤ Wettbewerbspolitik

Abgrenzungstheorien

- Sektorenregulierung als vorbehaltene Vorschrift
- Sektorenregulierung als Spezialvorschrift
- Sektorenregulierung als Element eines Tatbestandsmerkmals

Vorbehaltene Vorschriften

Wenn der regulatorische Rahmen den Wettbewerb in einem relevanten Markt ausschliesst, erübrigt sich die Anwendung des Kartellrechts (Zielkonflikt)

Art. 3 KG

¹ Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften:

- a. die eine staatliche **Markt- oder Preisordnung** begründen;
 - b. die einzelne Unternehmen zur Erfüllung **öffentlicher Aufgaben** mit **besonderen Rechten** ausstatten.
-

Vorbehaltene Vorschriften

Regulierung eines Wettbewerbsparameters

Wettbewerbsparameter	Regulierung
Marktzutritt	Rechtliches Monopol / Bedürfnisklausel (faktisches Monopol nicht ausreichend)
Preis	Preisregulierung
Menge	Rechtliches Monopol / Kontingent
Wahl Geschäftspartner	Kontrahierungspflicht

Vorbehaltene Vorschriften

Beispiel Landwirtschaftsmarkt

Art. 8 LWG

¹ Die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes sind Sache der Organisationen der Produzenten oder der entsprechenden Branchen.

Art. 8a LWG

¹ [Die Organisationen] ... können ... Richtpreise herausgeben, auf die sich die Lieferanten und die Abnehmer geeinigt haben.

-
- WEKO: Selbsthilfemassnahmen begründen keinen generellen Vorbehalt, nur soweit LwG explizite Ausnahme vorsieht (RPW 2005/3 459 f.)
 - BGer 2006: Selbsthilfemassnahmen generell vom KG ausgenommen (4C.57/2006 v. 20.4.2006 E. 2.1)
 - BGer 2015: Frage explizit offen gelassen (5A_787/2014 v. 4.5.2015 E. 2.3)

Vorbehaltene Vorschriften

Beispiel Preisregulierung

Art. 16 Taxiverordnung Stadt Zürich

² Der Stadtrat erlässt nach Anhörung der Taxikommission eine verbindliche Tarifordnung.

- Preisregulierung ist geeignet, einen Vorbehalt gegenüber dem KG zu begründen
- Tragweite des Vorbehalts?
 - private Beeinträchtigung von Preis → Vorbehalt gilt nur soweit Regulierung Preiswettbewerb vollumfänglich ausschliesst
 - private Beeinträchtigung von anderen Wettbewerbsparametern → unterstehen dem KG (z.B. Abreden über Kunden oder Gebiete)
- Verfassungskonformität des Vorbehalts?
 - Preisregulierung idR grundsätzlich (BV 94 IV; BGer, 2C_940/2010 v. 17.5.2011)
 - Sanktionierbarkeit bei verfassungswidrigem Vorbehalt?

Vorbehaltene Vorschriften

Beispiel Werbeverbot

Art. 32 Abs. 2 HMG

² Unzulässig ist Publikumswerbung für Arzneimittel, die
a. nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen

-
- Werbung als regulierter Wettbewerbsparameter; übrige Wettbewerbsparameter – insb. Preis, Menge, Angebot – sind nicht betroffen
 - Regulierung verfolgt nicht wirtschafts-, struktur- oder wettbewerbspolitische Zwecke → Eingriff als Mittel zur Verwirklichung von Konsumentenschutz
 - keine vorbehaltene Vorschrift, Kartellgesetz bleibt parallel anwendbar, insb. auf horizontale oder vertikale Preisabreden (BGE 141 II 66)

Spezialvorschriften

Vorschrift der Sektorenregulierung bezweckt Förderung von Wettbewerb (Zielkongruenz)

Zugang zu Infrastrukturen

Kartellrechtlicher Zugang gestützt auf Verbot von Marktmachtmissbrauch und essential facility-Doktrin

Spezialgesetzlicher Zugang gestützt auf Sektorenregulierung, z.B. StromVG, Rohrleitungsgesetz, Postgesetz, Fernmeldegesetz, Gütertransportgesetz, Eisenbahngesetz, Luftfahrtgesetz u.a.

Fragestellung:

- Parallele Anwendung von Sektorenregulierung und Kartellrecht?
- Vorrang der Sektorenregulierung als lex specialis?

Spezialvorschriften

Beispiel Stromversorgung

Kartellrecht	Stromversorgungsgesetz
<ul style="list-style-type: none"> • Stromnetz als essential facility • Missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehung • Aufsicht WEKO <p>BGE 129 II 497 E. 6.5 (FEW)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Anspruch auf Netzzugang für Grossverbraucher (Art. 13 StromVG) • Nichtdiskriminierung • Nutzungsentgelt • Aufsicht ElCom

- BVGer, A-4043/2015 v. 22.3.2016, E. 3.2.10: «Die Netzzugangsregelung nach Artikel 13 ist eine spezialgesetzliche Regelung, welche die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliesst»
- Botschaft StromVG, S. 1675: «Das StromVG enthält namentlich Vorschriften über das Recht auf Netznutzung (Netzzugang) und die Höhe der Netznutzungsentgelte. Damit werden diese Bereiche spezialgesetzlich geregelt. Für die Anwendung des Kartellgesetzes bleibt hier kein Platz mehr».

Spezialvorschriften

Beispiel Gütertransport

Kartellrecht	Gütertransportgesetz
<ul style="list-style-type: none"> • Betreiber von Umschlagsanlagen als beherrschende Unternehmen • Missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehung • Aufsicht WEKO 	<ul style="list-style-type: none"> • Diskriminierungsfreier Zugang zu subventionierten Umschlagsanlagen (Art. 8 GüTG) • Aufsicht SKE

- Fusion SBB, Hupac und Rethmann hinsichtlich Betrieb von subventionierter Umschlaganlage Gateway Basel Nord
- Entscheid WEKO: «Mit Blick auf die gesetzlichen Vorgaben für einen diskriminierungsfreien Zugang zu GBN und die weiteren Auflagen des Bundesamts für Verkehr (BAV) geht die WEKO davon aus, dass sich dank GBN der Wettbewerb im Import- und Exportverkehr auf der Schiene zum Teil verbessert»

Spezialvorschriften

Beispiel Gasversorgung

Kartellrecht	Rohrleitungsgesetz
<ul style="list-style-type: none"> • Gasleitung als essential facility • Missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehung • Aufsicht WEKO 	<ul style="list-style-type: none"> • Transportpflicht (Art. 13 RLG) • Aufsicht BFE

Erläuternder Bericht zum E-GasVG, September 2019

- «Der Schweizer Gasmarkt ist heute gesetzlich nur rudimentär geregelt»
- «Im Übrigen richtet sich das Verhalten der verschiedenen Marktakteure nach den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere nach dem KG und dem PüG»
- «Eine spezialgesetzliche Regelung, wie sie mit dem vorliegenden Gasversorgungsgesetz (GasVG) vorgesehen ist, soll die [kartellrechtliche] Rechtsunsicherheit beseitigen»

Tatbestandsebene

Sektorenregulierung beeinflusst Beurteilung der kartellrechtlichen Tatbestandsmässigkeit.

Art. 11 Abs. 3 aFMG

¹ Kommt innert drei Monaten zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung zustande, so verfügt die Kommission auf Antrag des Bundesamtes die Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen. ... Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt die Wettbewerbskommission.

- (überhöhte) Terminierungsgebühren gelten nicht als «Erzwingung» von unangemessenen Preisen nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG
- Anfragerin hat die Möglichkeit, den Preis in einem Interkonnektionsverfahren durch die ComCom festlegen zu lassen (BGE 137 II 199 E. 5.4)

Fazit

Sektorenregulierung mit **Zielkonflikt** zum KG begründet als **vorbehaltene Vorschrift** eine **Bereichsausnahme**, sofern sie zentralen Wettbewerbsparameter **vollständig** aufhebt und **wirtschafts- bzw. strukturpolitische Zielsetzung** verfolgt

- KG bleibt anwendbar auf private Beeinträchtigung von
 - Restwettbewerb bezüglich reguliertem Wettbewerbsparameter
 - Restwettbewerb bezüglich nicht regulierten Wettbewerbsparametern

Sektorenregulierung mit **Zielkongruenz** kann **parallel** zum KG anwendbar sein oder als **lex specialis** dem KG vorgehen

- Einzelfallbeurteilung nach Massgabe der spezialgesetzlichen Regulierungsdichte

Sektorenregulierung kann Beurteilung der **kartellrechtlichen Tatbestandsmässigkeit** beeinflussen

Schnittstelle Kartellrecht und Sektorenregulierung



NICOLAS.DIEBOLD@UNILU.CH