

Monique Sturny

Dr. iur., Rechtsanwältin, LL.M.

Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht

Historische Entwicklung und Analyse



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XLIII
Abkürzungsverzeichnis	XLIX
I. Einleitung.....	1
A. Ausgangslage und Problemstellung	1
B. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes.....	3
C. Aufbau der Arbeit	4
II. Einfluss des EU-Rechts auf die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts.....	5
A. Vorbemerkungen zum autonomen Nachvollzug und zur Rechtsvergleichung.....	5
B. Das schweizerische Kartellgesetz von 1962	8
1. Entstehungsgeschichte	8
1.1 Kartellwesen in der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert	8
1.2 Selbstorganisation in Verbänden	9
1.3 Die Boykotturteile des Bundesgerichts	10
1.4 Die Tätigkeit der Preisbildungskommission.....	13
1.5 BV-Revision und Kartellinitiative	14
1.6 Auslöser für den Erlass eines schweizerischen Kartellgesetzes.....	16
1.7 Das KG 62 – Bewusstes Abweichen vom ausländischen Recht	18
2. Entstehung von Kartellgesetzen in Europa	19
2.1 Entstehung nationaler Kartellgesetze in Europa.....	19
2.1.1 Kartellgesetzgebung in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg	19
2.1.2 Kartellgesetzgebung in anderen europäischen Ländern	20
2.2 Kartellrechtsbestimmungen der EGKS.....	22
2.3 Die Kartellrechtsbestimmungen der EWG	24
3. Das KG 62 – Inhalt und Divergenzen zum europäischen Kartellrecht.....	26
3.1 Wettbewerbspolitisches Ziel und Schutzobjekt.....	26

3.2	Zivilrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Teil	27
3.3	Zivilrechtlicher Teil	28
3.3.1	Grundzüge	28
3.3.2	Missbrauchsprinzip	29
3.3.3	Das Konzept des „möglichen Wettbewerbs“	30
3.4	Verwaltungsrechtlicher Teil	32
3.4.1	Die Kartellkommission	32
3.4.2	Vergleich mit der Rolle der Europäischen Kommission	33
C.	Das Freihandelsabkommen von 1972 und dessen Einfluss auf das schweizerische Kartellrecht	34
1.	Vorbemerkungen	34
2.	Die Kartellrechtsbestimmungen in Art. 23 FHA	34
3.	Frage der Direktwirkung von Art. 23 FHA	37
4.	Ausführungsbestimmungen zu Art. 23 FHA	38
D.	Das schweizerische Kartellgesetz von 1985	40
1.	Auslöser der Revision des KG 62	40
2.	Ablauf der Revisionsarbeiten	41
3.	Rechtsvergleichende Hinweise in den Materialien	43
3.1	Ausmass der Orientierung am europäischen Kartellrecht	43
3.2	Einfluss des US amerikanischen und deutschen Rechts	45
4.	Konvergenzen und Divergenzen zum europäischen Kartellrecht	45
4.1	Vorbemerkung	45
4.2	Zivilrechtlicher Teil	46
4.2.1	Umgang mit Wettbewerbsabreden	47
4.2.2	Umgang mit Vertikalabreden im Besonderen	48
4.2.3	Verhaltensweisen kartellähnlicher Organisationen	50
4.3	Verwaltungsrechtlicher Teil	51
4.3.1	Hauptanliegen der KG-Revision von 1985	51
4.3.2	Volkswirtschaftliche und soziale Schädlichkeit von Kartellen und ähnlichen Organisationen	52
i.	Saldomethode	52
ii.	Stärkere Gewichtung des Wettbewerbsgedankens	53
iii.	Die Saldomethode als schweizerische Spezialität	54
iv.	Unterschiede und Parallelen zum europäischen Kartellrecht	55

4.3.3	Vorschlag zur Einführung einer Zusammenschlusskontrolle.....	56
4.3.4	Ausgestaltung des Institutionssystems.....	57
5.	Rechtfertigung einer im Vergleich zum Ausland milderen Wettbewerbspolitik in der Schweiz.....	59
6.	Zwischenfazit	60
E.	Das schweizerische Kartellgesetz von 1995	61
1.	Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess	61
1.1	Entwicklung des europäischen Integrationsprozesses	61
1.2	Der EWR und die Eurolex-Vorlagen.....	61
1.3	Das EWR-Nein und dessen Folgen	62
1.3.1	Integrationspolitische Optionen.....	63
1.3.2	Massnahmen zur marktwirtschaftlichen Erneuerung.....	63
1.3.3	Wiederaufnahme der Eurolex-Vorlagen	65
2.	Auslöser der Kartellgesetzesnovelle von 1995	66
2.1	KG-Revision als Teil des Revitalisierungsprogramms.....	66
2.2	Defizite des KG 85	67
3.	Der Ablauf der Revisionsarbeiten	68
4.	Materiellrechtlicher Paradigmenwechsel	69
5.	Anlehnung an das europäische Kartellrecht.....	71
6.	Motive für die Anlehnung an das europäische Kartellrecht.....	72
6.1	Europakompatibilität oder Europarechtskonformität als Ziel	73
6.1.1	BGE in Sachen <i>Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk</i>	73
6.1.2	Die Politik der Europaverträglichkeit	73
6.1.3	Qualifikation als „autonomer Nachvollzug“.....	76
6.2	Anlehnung an ein bewährtes Rechtssystem.....	77
6.3	Extraterritorialität des europäischen Kartellrechts	78
6.4	Marktzugang und Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit.....	81
6.5	Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen	82
6.6	Grundlage für integrationspolitische Ziele	82
7.	Konvergenzen und Divergenzen zum europäischen Kartellrecht.....	83
7.1	Überblick	83
7.2	Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG	84
7.3	Missbrauchsprinzip im Bereich der Wettbewerbsabreden	85
7.4	Vermutungstatbestände nach Art. 5 Abs. 3 KG.....	87
7.5	Einzelfallbeurteilung von Vertikalabreden.....	88

7.6	Rechtfertigung von wettbewerbsbeschränkenden Abreden nach Art. 5 Abs. 2 KG	89
7.6.1	Unterscheidung zwischen wettbewerbslichen und ausserwettbewerbslichen Rechtfertigungsgründen.....	90
7.6.2	Europakompatibilität der wettbewerbslichen Rechtfertigungsgründe.....	92
7.7	Gerechtfertigte Arten von Wettbewerbsabreden (Art. 6 KG)	95
7.7.1	Inhalt und Entstehung von Art. 6 KG	95
7.7.2	Anlehnung an das europäische Recht	97
7.7.3	Divergenzen zum EU-Recht.....	98
	i. Systemunterschied.....	98
	ii. Spärliche Fallpraxis und unvollständige Umsetzung	99
	iii. Bindungswirkung und Rechtssicherheit.....	100
7.7.4	Die Vertikalbekenntmachung im Besonderen	101
	i. Die Vertikalbekenntmachung von 2002.....	101
	ii. Die Vertikalbekenntmachung von 2007.....	102
	iii. Die Vertikalbekenntmachung von 2010.....	104
7.7.5	Die Kraftfahrzeugbekenntmachung im Besonderen	108
	i. Ziel der Europakompatibilität der Kraftfahrzeugbekenntmachung	108
	ii. Divergenzen in der aktuellen Rechtslage	109
7.8	Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.....	110
7.8.1	Begriff der marktbeherrschenden Stellung	110
7.8.2	Missbräuchliche Verhaltensweise.....	111
7.8.3	Rechtfertigungsmöglichkeiten	113
7.9	Präventive Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.....	115
7.9.1	Einführung.....	115
7.9.2	Aufgreifkriterien.....	117
7.9.3	Eingreifkriterien.....	119
7.10	Instrumentarium und Rolle der Wettbewerbskommission.....	121
7.10.1	Ausgestaltung der Wettbewerbskommission.....	121
7.10.2	Kompetenzen der Wettbewerbskommission.....	122
F.	Die KG-Revision von 2003.....	125
1.	Das Vitaminkartell als Anstoss zur KG-Revision.....	125
2.	Der Ablauf der Revisionsarbeiten	126

3.	Die wichtigsten Neuerungen im Überblick	128
4.	Frage der europapolitischen Zielsetzung der Revision	129
5.	Konvergenzen und Divergenzen zum europäischen Recht	130
5.1	Das Sanktionssystem	131
5.1.1	Rechtsvergleichende Hinweise zu direkten Sanktionen und Bonusregelung	131
i.	Botschaft 2001	131
ii.	Parlamentarische Beratungen	132
5.1.2	Konsequenzen der Missbrauchsgesetzgebung	133
5.1.3	Höhe der direkten Sanktionen	133
5.1.4	Gesetzgebungsprozess zur Bonusregelung im Besonderen	135
5.1.5	Meldemöglichkeit (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG)	137
5.2	Vermutungstatbestände für vertikale Preis- und absolute Gebietsschutzabreden	138
5.2.1	Kriterium der Europakompatibilität im Entstehungsprozess	138
i.	Botschaft 2001	138
ii.	Nationalrat	139
iii.	Ständerat	142
5.2.2	Zwischenfazit zu Art. 5 Abs. 4 KG	145
5.3	Verhältnis des Kartellrechts zum Immaterialgüterrecht ..	146
5.3.1	Inhalt und Auslöser der Neuerung	146
5.3.2	Einfluss des EU-Rechts	147
5.3.3	Fazit zu Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG	150
5.4	Der Marktbeherrschungsbegriff	151
5.4.1	Klammerzusatz in Art. 4 Abs. 2 KG	151
5.4.2	Auslöser der Revision	151
5.4.3	Gesetzgebungsprozess	153
i.	Botschaft 2001	153
ii.	Nationalrat als Erstrat	154
iii.	Ständerat als Zweitrat	156
iv.	Differenzbereinigung	157
5.4.4	Interpretation in der Lehre und Praxis	157
5.4.5	Zwischenfazit zum Marktbeherrschungsbegriff ..	159
5.5	Einführung von Art. 6 Abs. 1 lit. e KG	160
5.6	Aufgreifkriterien für Unternehmenszusammenschlüsse	163
G.	Evaluation und laufende KG-Revision	165
1.	Evaluation des Kartellgesetzes	165
1.1	Synthesebericht der Evaluationsgruppe	165
1.2	Bericht des Bundesrats über die Evaluation	167

1.3	Einfluss des EU-Kartellrechts und Orientierung am „internationalen Standard“	168
1.3.1	Rechtsvergleichung als zentrales Instrument.....	168
1.3.2	Orientierung an der internationalen „Best Practice“.....	169
2.	Laufende KG-Revision	170
2.1	Erstes Revisionspaket.....	171
2.1.1	Neuordnung des Institutionssystems	171
2.1.2	Flexibilisierung bei den Vertikalabreden.....	171
2.1.3	Zusammenschlusskontrolle.....	172
2.1.4	Weitere Revisionspunkte.....	174
2.2	Zweites Revisionspaket: Motion Schweiger.....	175
2.3	Drittes Revisionspaket: Anpassung von Art. 5 KG	177
2.3.1	Einführung eines Teilkartellverbots.....	177
2.3.2	Ausmass der Anlehnung an das EU-Recht	178
2.4	Botschaft 2012.....	179
2.4.1	Übersicht über die beantragten Neuerungen: Konvergenzen und Divergenzen zum EU-Recht.....	179
2.4.2	In der Botschaft 2012 nicht aufgenommene Revisionspunkte.....	180
2.4.3	Einfluss des EU-Rechts	181
2.5	Parlamentarische Beratung im Ständerat.....	183
2.5.1	Institutionenreform	183
2.5.2	Teilkartellverbot	183
2.5.3	Umsetzung der Motion Birrer-Heimo.....	184
2.5.4	Zusammenschlusskontrolle.....	185
2.5.5	Weitere Revisionspunkte	185
2.6	Nichteintreten des Nationalrates und weiterer Verlauf....	186
II.	Eignung des EU-Kartellrechts für die Schweiz	187
A.	Problemstellung und Vorgehen	187
B.	Das EU-Recht als Mehrebenensystem	188
C.	Kompatibilität der wettbewerbspolitischen Zielsetzungen in der EU und in der Schweiz	189
1.	Der Schutz des wirksamen Wettbewerbs	189
2.	Integrationsfunktion	190
2.1	Integrationspolitischer Zweck des europäischen Kartellrechts	190
2.2	Frage der integrationspolitischen Finalität des schweizerischen Kartellrechts	191

2.3	Überlagerung der Wettbewerbspolitik mit anderen öffentlichen Interessen.....	192
3.	Der „more economic approach“	193
3.1	Konsumentenwohlfahrt und Effizienzsteigerung	193
3.2	Einzelfallbasierter „effects-based approach“.....	194
D.	Wettbewerbspolitik in kleinen Volkswirtschaften.....	197
1.	Definition einer kleinen Volkswirtschaft	197
2.	Die ökonomischen Charakteristika kleiner Volkswirtschaften	199
3.	Effizienzdilemma in kleinen Volkswirtschaften	201
4.	Folgerungen für die Wettbewerbspolitik in kleinen Volkswirtschaften	202
4.1	Effizienz als prioritäre Zielsetzung.....	203
4.2	Horizontale Unternehmenszusammenschlüsse.....	204
4.3	Absprachen unter Wettbewerbern	205
4.4	Beurteilung der Marktkonzentration.....	205
4.5	Beschränkte Wirkung von strukturellen Massnahmen	208
4.6	Regulierung wettbewerbsschädlicher Verhaltensweisen.....	209
5.	Von der Marktgrösse unabhängige wettbewerbspolitische Bereiche	210
E.	Wettbewerbspolitik in der Schweiz.....	211
1.	Grösse der schweizerischen Volkswirtschaft	211
1.1	Beurteilung im Schrifttum	211
1.2	Bevölkerungsverteilung.....	212
1.3	Ausmass bestehender Handelsschranken	212
1.3.1	Beurteilung der Offenheit der Schweizer Grenzen.....	212
1.3.2	Marktöffnung durch das <i>Cassis de Dijon</i> -Prinzip.....	214
1.4	Zwischenfazit	216
2.	Wettbewerbspolitische Besonderheiten in der Schweiz.....	216
2.1	Die Schweiz als relativ kleines Land.....	216
2.2	Die Schweiz als reiches Land.....	218
3.	Folgerungen für die schweizerische Wettbewerbspolitik.....	219
4.	Würdigung	221
4.1	Wettbewerbssituation in schweizerischen Märkten.....	221
4.2	Abbau künstlicher Handelshemmnisse als primäre Massnahme	222
F.	Internationale „Best Practice“ im Kartellrecht	224

IV. Verhältnis zwischen EU-Kartellrecht und einzelstaatlichem Recht der EU-Mitgliedstaaten	227
A. Fragestellung und Vorgehen.....	227
B. Verhältnis von Art. 101 und 102 AEUV zum einzelstaatlichen Recht.....	228
1. Einleitung.....	228
2. Regelung gemäss Art. 3 VO (EG) Nr. 1/2003	228
3. Verfahren vor den nationalen Behörden	230
C. Zusammenschlusskontrolle.....	232
1. „One-stop shop“ bei gemeinschaftsweiter Bedeutung	232
2. Verweisung an die Behörden eines Mitgliedstaates.....	232
3. Schutz öffentlicher Interessen	234
4. Verweisung an die Europäische Kommission.....	234
V. Synthesen und Zusammenfassung.....	237
A. Drei Phasen der Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts	237
1. Bewusstes Abweichen vom europäischen Kartellrecht.....	237
2. Autonomer Nachvollzug	238
3. Orientierung an der internationalen „Best Practice“	239
B. Entwicklungsverlauf im Bereich der Vertikalabreden	240
C. Motive und Ursachen für Divergenzen.....	242
D. Motive und Auslöser für Konvergenzen.....	247
E. Problemfelder der Europäisierung des schweizerischen Kartellrechts	250
1. Europakompatible Auslegung des KG.....	250
2. Fehlende Hinweise auf Konvergenzen und Divergenzen in den Materialien	250
3. Rechtssicherheit	252
4. Autonomer Nachvollzug mit zeitlicher Verzögerung	253
F. Beurteilung der Souveränitätsverlusthypothese	254
G. Zusammenfassung	257