

MARKTMACHTMISSBRAUCH – QUO VADIS?

ANMERKUNGEN AUS ÖKONOMISCHER SICHT

Stefan Buehler, Universität St. Gallen

Studienvereinigung Kartellrecht | CLIC, Arbeitssitzung
23. Juni, 2023

1. Disclosure/Disclaimer
2. Der BGE zu SIX/DCC auf einer Seite
3. Economics: Motta on Tying
4. These: Misguided Enforcement
5. Fazit

DISCLOSURE/DISCLAIMER

Disclosure

- Ich war als Vizepräsident in den **SIX/DCC-Entscheid der Weko** (2010) involviert.
- In die Beschwerdeverfahren vor BVGer und BGer war ich **nicht** involviert.

Disclaimer

- Ausserordentlich **umfangreiche** und **langwierige** Beschwerdeverfahren.
- Die **ökonomische Analyse** spielt – vor allem vor BGer – eine untergeordnete Rolle.

DER BGE ZU SIX/DCC AUF EINER
SEITE



Koppelung (Art. 7 Abs. 2 lit f KG) als Gefährdungsdelikt

Der Nachweis von Auswirkungen auf den Wettbewerb ist nicht erforderlich, stattdessen “[...] **genügt die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs**” (E. 8.6.).

Gefahren

- Es wird nicht mehr überprüft, ob durch eine Koppelung **volkswirtschaftliche oder soziale Schäden** (Art. 1 KG) eintreten.
- Es kommt zu Entscheidungen, denen keine logisch konsistente und inhaltlich überzeugende **Theory of Harm** zugrunde liegt.

Beachte

Der Entscheid wirkt ähnlich **formalistisch** wie die jüngere Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 4 KG.

ECONOMICS: MOTTA ON TYING

Motta (2004, 467)

“Traditionally, tying has been looked upon very suspiciously by anti-trust authorities and courts, and for a long time in the US it had a status very close to *per se* prohibition [...] **This harsh approach is not justified.**”

Logik

Es braucht eine **Beurteilung im Einzelfall**:

- Koppelungspraktiken müssen dann untersucht werden, wenn sie von Unternehmen mit **viel Marktmacht** ausgeübt werden.
- Im Falle einer Untersuchung sollten die **pro-** und **antikompetitiven Argumente** abgewogen werden.

THESE: MISGUIDED ENFORCEMENT

These

SIX/DCC ist ein Beispiel für “Misguided Enforcement”.

Was ist “Misguided Enforcement” (ME)?

ME liegt vor, wenn eine Intervention nicht überzeugend begründet werden kann, weil sie in sich **widersprüchlich** ist oder **keine konsistente Theory of Harm** existiert.

Indizien

- Wechselnde ökonomische Begründungen im Beschwerdeverfahren.
- Überlange Verfahrensdauer.

Fehlende ökonomische Analysen

- Interventionen ohne überzeugende ökonomische Begründung beschädigen das Ansehen der Wettbewerbsbehörden und Gerichte (“Wettbewerb ist eine ökonomische Veranstaltung”).
- Marktmächtige Unternehmen verhalten sich möglicherweise “überkonform”.

Inkonsistente Vorgaben zu Art. 7 KG

Bei den Mobilterminierungsgebühren hat das BGer (sehr) hohe Anforderungen für eine Intervention gestellt.

FAZIT

Meine Beurteilung

Die Weko hat vor BGer gewonnen, aber mit dem “falschen”
Argument: Sie hätten es wissen müssen.

Drei kritische Fragen

1. Wechselnde ökonomische Begründungen:
“Was genau hätten sie wissen müssen (Theory of Harm)?”
2. Überlange Verfahrensdauer:
“Wieso haben die Behörden selbst das so lange nicht gewusst?”
3. Überlange Rechtsschriften:
“Weshalb muss man die Intervention so ausführlich erklären, wenn sie es doch hätten wissen müssen?”