

# Public Interest und Wettbewerbsschutz

53. FIW-Symposium

Innsbruck, 28. Februar 2020

**Andreas Heinemann**

Schweizerische Wettbewerbskommission (WEKO)

# I. Ausgangspunkt

- **2018:** Genehmigung bedeutender Medienzusammenschlüsse durch die Weko
  - AZ Medien/NZZ
  - Tamedia/Goldbach
  - Tamedia/Basler Zeitung
- teilweise **Zustimmung**/teilweise **Kritik**
- Kritikpunkt: Weko berücksichtige nicht die **Medienvielfalt**.
- Das Kartellgesetz sieht das nicht vor; aber sollte es?

- Als **weitere Schutzgüter** kommen z.B. in Betracht:
- Medienvielfalt
  - Umwelt
  - soziale Ziele
  - öffentliche Sicherheit
  - öffentliche Gesundheit
  - Kultur
  - Regional-, Struktur- und Industriepolitik
  - Arbeitsplätze
  - Konsumentenschutz
  - Fairness (z.B. in globalen Wertschöpfungsketten)

- Sollte das Kartellrecht Verhaltensweisen auch dann **verbieten**, wenn sie schädlich für **andere Schutzgüter** als den Wettbewerb sind?  
(bzw. Bedingungen/Auflagen auferlegen?)
- Oder sollte das Kartellrecht Verhaltensweisen **erlauben**, die zwar **für den Wettbewerb schädlich** sind, aber **andere Schutzgüter** fördern?

## II. Ein Blick zurück

- Art. 29 KG 1985: **Saldotheorie** (*Hugo Sieber*)  
(2) Bei der Prüfung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit **würdigt** die Kommission **nützliche und schädliche Auswirkungen**. Stellt sie erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen oder Wettbewerbsverfälschungen fest, **wägt sie** die nützlichen und schädlichen Auswirkungen gegeneinander **ab**. Sie **berücksichtigt** dabei die Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit und das Wettbewerbsausmass. Ferner **berücksichtigt sie alle übrigen bedeutsamen Auswirkungen** wie jene auf die Herstellungs- und Vertriebskosten, die Preise, die Qualität, **die Versorgung, die Struktur des Wirtschaftszweiges, die Landesteile, die Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Unternehmen im In- und Ausland und die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Konsumenten.**

# Bewertung

## **Botschaft zum KG 1995 (BBI 1995 I 468, 477 f.)**

"Die in Artikel 29 KG im Gesetz verankerte Saldomethode enthält **keine klaren und eindeutigen Kriterien**, um das Verhalten der an einem Kartell oder an einer anderen Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen innert nützlicher Frist beurteilen zu können. Die Saldomethode verpflichtet die Rechtsanwendungsbehörde, **negative und positive Auswirkungen ohne jede Trennung und ohne eigentliche Gewichtung** von wettbewerblichen und ausserwettbewerblichen Aspekten zu berücksichtigen. Sie ist in ihrem Ansatz ausgeprägt instrumentalistisch, das heisst weit **weniger dem Schutz der Marktprozesse** als vielmehr der **Verwirklichung von im Grunde gewillkürten gesamtwirtschaftlichen Zielen** verpflichtet."

# Konsequenz

- **Abschaffung der Saldotheorie** durch das KG 1995
  - **Ausnahmekompetenz des Bundesrats** nach Art. 8 und 11 KG zur Verwirklichung **überwiegender öffentlicher Interessen**
- ➔ *Roger Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht<sup>2</sup>, Rn. 335: ' "**Befreiung**" der rechtsanwendenden Behörden davon, Wettbewerbsbeschränkungen auch unter dem Gesichtspunkt anderer öffentlicher Interessen zu beurteilen'

# Rechtsvergleichung

## ➤ US Antitrust

- **weite Fassung** der *rule of reason* durch Justice *Louis Brandeis* in *Chicago Board of Trade* (1918)  
Einbeziehung von **Public-Interest-Argumenten** in die Wettbewerbsanalyse (so auch *Appalachian Coals*, 1933)
- Hierzu *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*<sup>5</sup> (2016), p. 336: "Justice Brandeis' statement of the rule of reason in *Chicago Board of Trade* [...] has been one of the **most damaging in the annals of antitrust**. The statement has suggested to many courts that, if the analysis is under the rule of reason, then **nearly everything is relevant.**"



# Rechtsvergleichung

## ➤ US Antitrust

- Sullivan/Grimes/Sagers, *The Law of Antitrust*<sup>3</sup> (2016), p. 222: "the **undisciplined shopping list** [...] that Justice Brandeis had tendered to juries in *Chicago Board of Trade*"
- Seit den **1970er Jahren** (*Chicago School*) können nach der *rule of reason* **nur noch wettbewerbsbezogene Aspekte** berücksichtigt werden.
- Sullivan/Grimes/Sagers, *The Law of Antitrust*<sup>3</sup> (2016), p. 222: "any matter not bearing on whether an alleged restraint increases or decreases competition is **for legislative, not judicial attention**".

# III. Wettbewerbsabreden

- Tatbestandsmässige Wettbewerbsabreden können **nicht durch Gründe ausserhalb von Art. 5 Abs. 2 KG** gerechtfertigt werden, z.B.
  - Medienvielfalt
  - Arbeitsplätze
  - öffentliche Sicherheit
  
- **Botschaft KG 1995, 558:**
  - Gesichtspunkte für Effizienzrechtfertigung sind in Art. 5 Abs. 2 lit. a **abschliessend aufgezählt**.
  - "Es handelt sich dabei jedoch um **offene Begriffe**, die ein **breites Spektrum** von Kooperationsabreden zulassen."  
*z.B. Umweltschutz*

- **Nicht-ökonomische** Public-Interest-Argumente scheiden für eine Rechtfertigung aus (z.B. Kulturpolitik).
  
- Hier nur **zwei Möglichkeiten:**
  - **Ausnahmegenehmigung durch Bundesrat**  
Buchpreisbindungsverfahren: vom Bundesrat abgelehnt am **2. Mai 2007**
  
  - oder **Spezialregel durch Gesetzgeber**  
Buchpreisbindungsgesetz: vom Volk am **11. März 2012** abgelehnt (56,1 % Nein)

# IV. Fusionskontrolle

## **Weko – AZ Medien/NZZ** (genehmigt 13.8.2018)

- Joint Venture der **AZ Medien** und der **NZZ-Mediengruppe** für **Regionalmedien**
- Anhaltspunkte für **marktbeherrschende Stellungen** für **Tageszeitungen in den Gebieten Solothurn und Aargau**

## **Weko – Tamedia/Basler Zeitung** (genehmigt 1.10.2018)

- Gefahr einer **marktbeherrschenden Stellung** für **Tageszeitungen im Raum Basel**

### **in beiden Fällen:**

- Keine Prognose der **Beseitigung wirksamen Wettbewerbs**
-

## Fazit

- Die Prüfung nach KG ist eine **wettbewerbliche Prüfung, keine medienbezogene Analyse.**
- Die **Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt ist kein Prüfungskriterium.**
- allenfalls mittelbare Förderung medienpolitischer Anliegen durch wirtschaftlichen Wettbewerb
- **SIEC-Test:** Würde ein moderneres Eingriffskriterium bringen, aber nichts daran ändern, dass eine rein wettbewerbliche Analyse gemacht wird.

# Rechtsvergleichung

## ICN, Recommended Practices for Merger Analysis (2002-2018)

I.A.1: "The legal framework for competition law merger review ("merger review law") should focus exclusively on identifying and preventing or remedying anticompetitive mergers. A merger review law **should not be used to pursue other goals.**"

→ Wachsende Gefahr des **protektionistischen Einsatzes von Kartellrecht**

# V. Bewertung

## Hat das Kartellgesetz ein Public-Interest-Defizit?

- Wettbewerb schafft **Wohlstand, Wachstum und Innovation.**
- Er **verhindert** ungerechtfertigte Transfers in Form von **Kartell- und Monopolrenten.**
- Das **Kartellrecht ist sozial**, ohne dass es Public-Interest-Argumente direkt berücksichtigen müsste.
- Zum Schutz anderer Werte kann der Gesetzgeber seine **Anwendbarkeit einschränken:**
  - Art. 3 Abs. 1 KG
  - Koalitionsfreiheit

# Bewertung

- Ausnahmezuständigkeit für Bundesrat zum Schutz **überwiegender öffentlicher Interessen**
- Ausnahmekompetenz des Bundesrats nur für **Genehmigung, nicht für Verbot**. Ist das richtig?
- **Ja**: Wenn Verbote aufgrund anderer Schutzgüter ausgesprochen werden sollen, ist eine entsprechende gesetzliche Regelung **ausserhalb des Kartellrechts** zu schaffen.

s. z.B. die Diskussion um eine Übernahmekontrolle gegenüber ausländischen Investoren



# Fazit

- Einbezug allgemeinpolitischer Schutzgüter gefährdet die **Wirksamkeit des Kartellrechts**.
- Übergang zur **rein wettbewerblichen Betrachtung** wird zu Recht als **Paradigmenwechsel** in der Geschichte des Schweizer Kartellrechts eingeordnet.
- Für andere öffentliche Interessen sind die **geeigneten Verfahren und Institutionen** zu ermitteln.