

Relative Marktmacht Gerichtliche Sicht

14. Tagung zum Wettbewerbsrecht
Freiburg
21. Januar 2022

Alexander Brunner

Prof. Dr. iur., Oberrichter a.D. Handelsgericht Zürich

Titularprofessor em. für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht
an der Universität St. Gallen



Relative Marktmacht

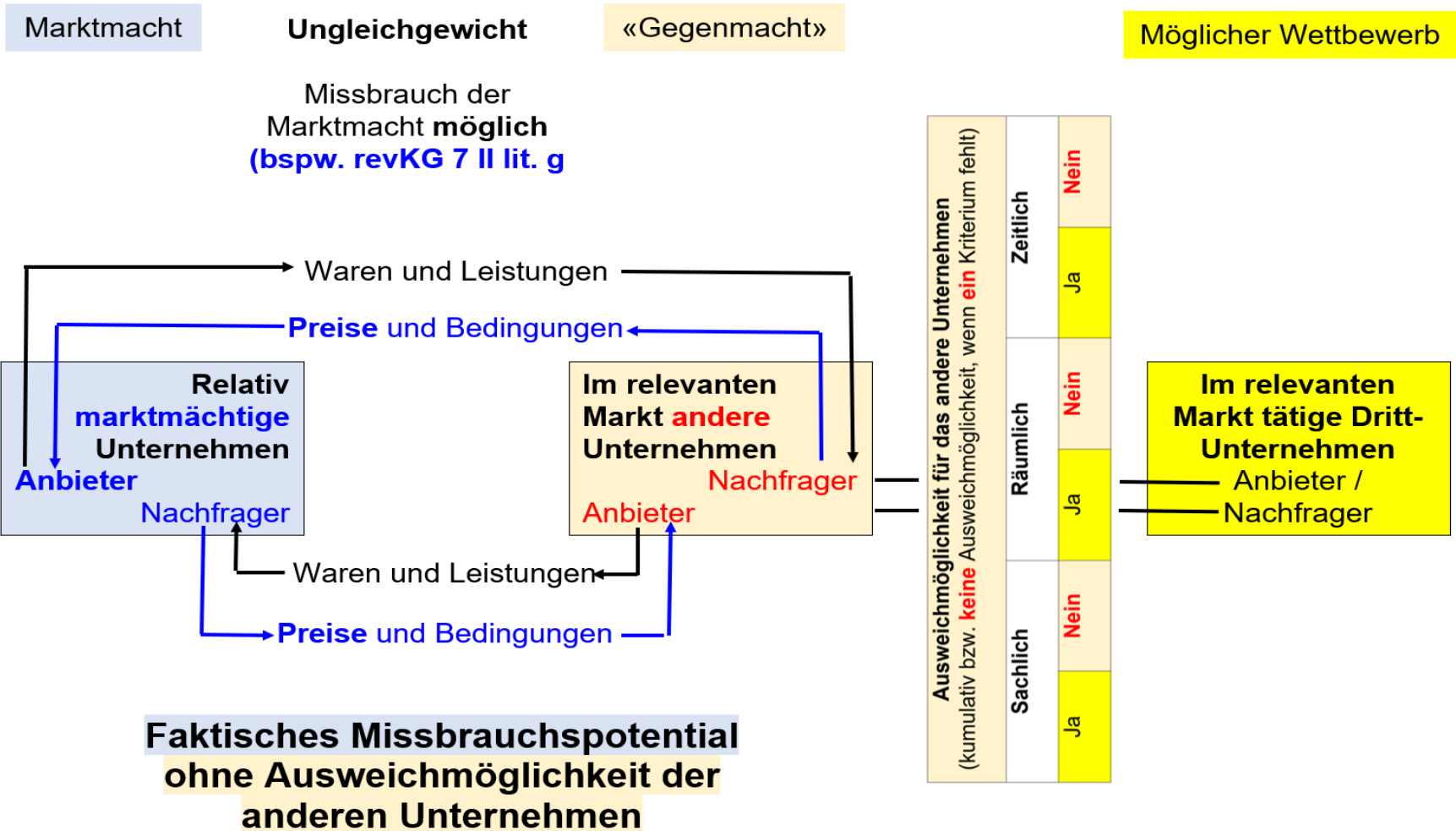
Gerichtliche Sicht

Inhaltsübersicht

1. Faktum relativer Marktmacht – einleitende Bemerkungen
2. Rechtliche Erfassung relativer Marktmacht
3. Rechtsprechung zur Marktmacht vor der KG-Novelle
4. Konnexität zwischen Verwaltungs- und Zivilverfahren
5. Unternehmen/Privathaushalte im Kontext von Marktmacht
6. Rechtsfragen des Zivilprozesses nach der KG-Novelle
7. Indizierter kollektiver Rechtsschutz und KG-Novelle
8. Fazit
9. Materialien/Literatur (schriftlicher Bericht nach Tagung)

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

1. Faktum relativer Marktmacht – einleitende Bemerkungen



Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

2. Rechtliche Erfassung relativer Marktmacht

- KG-Novelle 2021 **wegen** des Faktums **relativer Marktmacht (Diagramm)**
Hinweis: Jahrelange intensive Sach- und Rechtsanalysen von Roger Zäch !
- Novelle ist **kein Fremdkörper im Kartellrecht**. Kartellrecht regelt Machtunterschiede verschiedener Art (horizontal und vertikal).
Vgl. auch deutsches und EU-Kartellrecht
- **Ausdehnung** der Missbrauchskontrolle in **KG 7** auf **relativ** marktmächtige Unternehmen nach **KG 4 IIbis** **ist systemkonform**
- KG-Novelle = Konkretisierung des **Wirtschaftsverfassungsrecht**
BV 27 individuelle *freie* Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit
BV 96 *schädliche* Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

3. Rechtsprechung zur Marktmacht **vor** der KG-Novelle 2021 **konkrete Gerichtspraxis**

→ Faktum **relativer Marktmacht von Unternehmen**

Schon Thema **vor** der KG-Novelle 2021 an den **Handelsgerichten**

→ **Kläger-Unternehmen** haben versucht, überhöhte Preise von relativ marktmächtigen Unternehmen **vom Gericht herabsetzen** zu lassen unter Hinweis der Fakten und der bisherigen Rechtslage

→ Begründung: KG 4 II mündliche Präsentation an der Tagung:

Nur ein Beispiel zur Illustration: **HG160091** (vorsorgliche Massnahmen und Forderung aus Kartellrecht (*unbekannt, da ein Vergleich erzielt 22% mit Preisreduktion*)). Vergleiche werden nicht publiziert!

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

4. Konnexität zwischen Verwaltungs- und Zivilverfahren

- Folge des **öffentlichen und privaten Wirtschaftsrechts**
- **Trennung** der Rechtswege:
 - **Verwaltungsverfahren WEKO - BundesVerw.Ger - Bundesgericht (2.ÖrA)**
 - **Zivilverfahren (letzte kt.Instanz/Handelsgerichte - Bundesgericht (1.ZirA))**
- **Trennung kein Problem → Chance für den Kartellzivilprozess**
Auffassung Andreas Heinemann zutreffend (in: Roger Zäch et al. (Hrsg.), DIKE-Komm-KG 2018, Komm 'nach Art. 1 KG', Rz 73)
- **Konnex (Zivil/Verw) nach KG 15** vor allem durch **WEKO-Leitentscheide**
- **Orientierung** für den Kartellzivilprozess!
- **Vergleichsverhandlungen** sind effizient und führen zu raschen Lösungen und das dient den Unternehmen auf allen Stufen

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

5. Unternehmen/Privathaushalte im Kontext von Marktmacht

- Unternehmen **und** Privathaushalte (private Nachfrager = Konsumenten) **gleich betroffen** von relativer Marktmacht
- Unternehmen → Beitrag Prof. Peter Picht
- **Konsumenten**: Höhere Preise im transnationalen vertikalen Vertrieb, abgesichert durch Geoblocking → **UWG-Novelle: Artikel 3a**
- **ABER**: WEKO nicht zuständig im Lauterkeitsrecht !
- **Kritik** (nicht an WEKO → am Gesetzgeber) → Diskussion
Rechtsdurchsetzung wie?

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

5. Unternehmen/Privathaushalte im **Kontext von Wettbewerb**
→ **Kritik** (nicht an WEKO → am Gesetzgeber) → Diskussion dieser Rechtslage

Rechtsdurchsetzung im Verwaltungsverfahren Al. Brunner, Zur aktuellen Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission, recht 2001, 1 ff., 9 (Diagramm)	
Lauterkeitsrecht (UWG)	Kartellrecht (KG)
<i>Keine staatliche Kommission im Lauterkeitsrecht (Verwaltungsverfahren)</i>	Staatliche WEKO Wettbewerbskommission und Preisüberwacher (gegen Kartelle, marktmächtige Unternehmen und vertikale Absprachen)
Private LSK Schweizerische Lauterkeitskommission (Kommerzielle Kommunikation in Presse, Radio, TV und IKT-Ökonomie (UWG))	<i>Keine private Schlichtungsstelle im Kartellrecht</i>

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

6. Rechtsfragen des Zivilprozesses nach der KG-Novelle *Teil I*

- **Vorsorglicher** Rechtsschutz **ZPO 13** (einstweilige Verfügung Preise/Bedingungen? - vorsorgliche Beweis-Sicherung)
- Klageeinleitung am Gericht → sachlich und örtlich
- Sachliche Zuständigkeit: **ZPO 5** Einzige kantonale Instanz / **ZPO 6** HG

- Örtliche Zuständigkeit: **CH-Binnenmarkt** *wie bisher* (ZPO 10 I lit. b)
- Im **transnationalen Bereich** *wie bisher*. **Keine neuen Probleme** (im Gegensatz zu diversen Voten im Parlament), insb.:

- **IPRG 129 I** (schweizerische Gerichte am ... **Erfolgsort**), aber vor allem
- **LugÜ 5 Ziff. 3** (Gericht des Ortes, an dem das **schädigende Ereignis eingetreten** ist oder einzutreten droht)

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

6. Rechtsfragen des Zivilprozesses nach der KG-Novelle *Teil II*

- Anwendbares Recht:
- **KG 2 II** – Auswirkungsprinzip («Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden») → **Schweizer Kartellrecht!**
- **IPRG 137 I** (Wettbewerbsbehinderung) «...Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ...»; mithin ebenfalls → **Schweizer Kartellrecht!**
- **ABER: no punitive damages!** (vgl. IPRG 137 II) - Das will auch niemand !
- **Sonderproblem:** Sollte wider Erwarten ein ausländisches Recht anwendbar sein, das keinen Schutz vor relativer Marktmacht kennt, so ist **IPRG 18** (positiver ordre public) anwendbar, somit **Schweizer Kartellrecht!**

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

6. Rechtsfragen des Zivilprozesses nach der KG-Novelle *Teil III*

- Fragen der Rechtsdurchsetzung
- **Klagefundament** und Beweismittel im Kartellzivilprozess wie bisher
- Wichtig: Substantiierung und **Beweismittel** durch das Kläger-Un schon in der Klage (keine «strategischen Versteckspiele» betr. Beweise)!
- Empfehlung der Handelsgerichtspraxis. **Vergleichsverhandlung** nach dem ersten Schriftenwechsel! 70-80 Prozent Vergleiche an den HG ! Das dient den Unternehmen und der Wirtschaft allgemein (vgl. Al. Brunner/P. Nobel 2016, FS 150 Jahre HG-ZH). **Vergleiche sind vollstreckbar wie Urteile**
- **Vollstreckung**: CH-Binnenmarkt, keine Probleme
- Euro-internationaler Markt: **LugÜ 32** (Vollstreckung), **LugÜ 33** (Anerkennung)
- Damit auch von **peremptorischen Urteilen**, auch **Arrestlegung** möglich

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

7. Indizierter kollektiver Rechtsschutz und KG-Novelle

- Für Unternehmen und Konsumenten ist der **Individualprozess** bei **Massenschäden** möglich, aber aus Kostengründen meist nicht sinnvoll (sog. rationale Abstinenz)
- Wichtig wäre grundsätzlich die **Verbandsklage nach ZPO 89**. Sie *gilt auch im Kartellrecht* (vgl. Al. Brunner, Art. 89 Rz 23f., in: Brunner et al. (Hrsg.), DIKE-Komm-ZPO, 2.A., Zürich 2016)
ABER: zZ «paper rule» !
- Entscheidend daher **Bot 10.12.2021 zum kollektiven Rechtsschutz**.
Vorlage im Rahmen der Revision der Schweizer ZPO

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

8. Fazit

Einschätzung des Referenten:

KG-Novelle 2021

Ein wichtiger Schritt in die Richtung von Freiheit am Markt

Denn:

Freiheit des einen (hier relativ marktmächtiges Unternehmen) findet ihre Grenze bei der Freiheit der anderen (hier Unternehmen ohne sachliche, räumliche und zeitliche Ausweichmöglichkeiten)

Und:

Der Kartellzivilprozess verdient eine Renaissance!

Relative Marktmacht im Zivilverfahren (insb. Handelsgerichte)

Freuen wir uns auf die
Diskussion !



Diskussion Relative Marktmacht - Professoren Alexander Brunner, Walter Stoffel und Peter Georg Picht
IDé Institut für Recht und Wirtschaft | Universität Freiburg 14. Tagung zum Wettbewerbsrecht | 21.01.2022