

Prof. Dr. Carl Baudenbacher
Präsident des EFTA-Gerichtshofs
Ordinarius an der Universität St. Gallen HSG
Chairman des St. Gallen International Competition Law Forum ICF

unter Mitarbeit von

Rechtsassessor *Frank Bremer*, LL.M. (Liverpool), Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht der Universität St. Gallen HSG

Mag. iur. *Christian Mayer*, Wissenschaftlicher Koordinator des Nachdiplomstudiums der Universität St. Gallen im Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrecht Executive M.B.L.-HSG

Rechtsanwalt *Simon Planzer*, M.A. (College of Europe), Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht der Universität St. Gallen HSG, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen HSG

Rechtsanwalt *Philipp Speitler*, Chefassistent am Institut für Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht der Universität St. Gallen HSG, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen HSG

Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement

31. August 2008

Vorwort

Art. 59a Kartellgesetz verlangt vom Bundesrat eine Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs des KG sowie Vorschläge zum weiteren Vorgehen zu Händen des Parlaments. Das vorliegende Gutachten deckt die Themenbereiche Institutionelles Setting, Vertikalbeschränkungen, Individualsanktionen und zivilrechtliche Verfahren ab. Der Fokus liegt v.a. auf den Möglichkeiten bzw. der Notwendigkeit der Weiterentwicklung des Wettbewerbsrechts auf der Basis eines internationalen Vergleichs. Die Ausführungen sind grundsätzlich immer gleich aufgebaut, wobei sich aufgrund des jeweiligen Themas Besonderheiten ergeben können. Ausgangspunkt bilden jeweils die gesetzlichen Grundlagen (in der Sprache des *Legal Realism*: „law on the books“) und ihre Umsetzung durch Behörden und Gerichte („law in action“). Auch der Stand der Lehre ist darzustellen. Alsdann sind die Punkte herauszuarbeiten, in denen das schweizerische Recht von der internationalen *Best Practice* abweicht. Das kann sowohl das „law on the books“ als auch das „law in action“ betreffen. Abschliessend werden gestützt auf den genannten Befund Handlungsempfehlungen gegeben.

Die Zeit und die Mittel, welche für die vorliegende Studien zur Verfügung gestanden haben, waren beschränkt. Die Erörterungen fussen, wie mit der Auftraggeberin vereinbart, auf folgenden Quellen: Gesetzliche Grundlagen, Behördenpraxis, Rechtsprechung und Literatur. Weiter wurden Protagonisten des schweizerischen und des ausländischen Wettbewerbsrechts aus allen Sparten schriftlich oder im Rahmen von Interviews befragt. Schliesslich stützt sich der Verfasser auf seine Erfahrung als Europäischer Richter, Wissenschaftler, Gutachter und Chairman des St. Gallen International Competition Law Forum.

Die Studie ist unter Mitarbeit meiner auf dem Deckblatt genannten Assistenten entstanden, denen ich zu grossem Dank verpflichtet bin. *Sonja Greutmann*, MLaw HSG *Felipe Perez-Pose* und MLaw (Bern) *Laura Melusine Baudenbacher* haben das Manuskript kritisch durchgesehen. Auch ihnen gebührt mein Dank.

Teil 1 Institutionelles Setting

A. Ziele des internationalen Vergleichs

B. Zusammensetzung und Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden

I. Grösse und Mitglieder

1. Schweiz
2. Niederlande
3. Schweden
4. Frankreich
5. Weitere Staaten

II. Wahl und Wiederwahl der Mitglieder, Einflussnahme der Regierung

1. Schweiz
2. Niederlande
3. Schweden
4. Frankreich
5. Weitere Staaten

III. Professionalisierungsgrad, Anstellungsbedingungen und beruflicher Hintergrund

1. Schweiz
2. Niederlande
3. Schweden
4. Frankreich
5. Weitere Staaten

IV. Verhältnis Untersuchungsbehörde - Entscheidungsbehörde

1. Schweiz
2. Niederlande
3. Frankreich
4. Schweden und andere nordische Staaten
5. Weitere Staaten

C. Zusammenarbeit mit den europäischen Institutionen

I. Schweiz

II. Niederlande

III. Frankreich

IV. Schweden

D. Abweichungen

I. Grundsätzliches

II. Zusammensetzung und Tätigkeit der WEKO

III. Folgen des europapolitischen Alleingangs der Schweiz

E. Handlungsempfehlungen

I. Zusammensetzung und Tätigkeit der WEKO

II. Abschluss eines Kooperationsabkommens mit der EU

Teil 1 Institutionelles Setting

A. Ziele des internationalen Vergleichs

International gibt es im Kartellrecht im Wesentlichen zwei Durchsetzungsmodelle¹: Das europäische und das US-amerikanische. In den USA führen die Wettbewerbsbehörden die Untersuchungen durch, klagen dann aber als mit den Unternehmen gleichberechtigte Partei vor einer **judiziellen Instanz** mit dem Ziel, den Prozess zu gewinnen. Die Federal Trade Commission erscheint mit ihrem Complaint Counsel vor einem Administrative Law Judge und bringt Zivilklagen vor die Gerichte.² Die Antitrust Division des Justizdepartements erhebt Straf- und Zivilklagen vor Gerichten.³ Das europäische Modell kennt demgegenüber eine spezialisierte Wettbewerbsbehörde, welche über den Fall entscheidet. Gegen diese Entscheide kann bei einem Gericht appelliert werden. Das Grundmodell besteht darin, dass das Wettbewerbsamt **Untersuchungs- und Entscheidungsbehörde** in einem ist (Bsp.: Deutschland).⁴ In mehreren Ländern besteht jedoch eine Untersuchungsbehörde, welche ihre Fälle vor eine spezialisierte Wettbewerbsbehörde bringt (Bsp.: Niederlande). Von diesem Modell gibt es auch in Europa Abweichungen: So sind die nordischen Staaten und Österreich in gewissen Aspekten angelsächsisch beeinflusst: Bussgeldentscheidungen können nur von **Gerichten** getroffen werden.⁵

Die Schweiz hat im KG 1995 das **klassische europäische Modell** übernommen und eine Wettbewerbskommission (WEKO) eingerichtet, der Untersuchungs- und Verfügungskompetenz zukommt und deren Entscheide gerichtlich überprüft werden können. Ob dabei ein einstufiges System nach Vorbild des deutschen Bundeskartellamtes praktiziert wird oder ein zweistufiges, wie es heute in den Niederlanden besteht, ist nicht klar. In jedem Fall weicht das schweizerische Recht in wichtigen Aspekten von der europäischen und internationalen *Best Practice* ab, was im Folgenden aufzuzeigen ist.

¹ Vgl. z.B. *Douglas Ginsburg*, Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe, *Journal of Competition Law and Economics* 1 (3), 428 f.

² <http://www.ftc.gov>, zuletzt besucht am 27. Juni 2008.

³ <http://www.usdoj.gov/atr>, zuletzt besucht am 27. Juni 2008.

⁴ Die historischen Wurzeln dieses Modells liegen interessanterweise in der Donaumonarchie der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert; vgl. *Adolf Menzel*, Die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung, Referat erstattet an die Generalversammlung des Vereins für Socialpolitik im Herbst 1894, *Schriften des Vereins für Socialpolitik* LXI, Leipzig 1895, 23 ff., 44 ff.; dazu *David J. Gerber*, Law and Competition in Twentieth Century Europe, Oxford 1998, 53; ders., The Origins of the European Competition Law Tradition in Fin-de-Siècle Austria, 36 *Am. J. Leg. Hist.* 405 (1992); *Carl Baudenbacher*, Was ist vom guten alten Modell der Wettbewerbspolitik übriggeblieben?, Vortrag anlässlich des XXXIX. FIW-Symposiums, Innsbruck, 1. März 2006.

⁵ Vgl. *Sven Norberg*, Is national anti-trust enforcement in the EU organized so as to secure the objectives of the modernisation reform? Some thoughts in view of ongoing trends and experiences, in: *Europarättslig tidskrift*, Årg. 9 (2006), Nr. 3, 454.

B. Zusammensetzung und Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden

I. Grösse und Mitglieder

1. Schweiz

Die WEKO besteht gemäss Art. 18 Abs. 2 KG aus 11 - 15 Mitgliedern. Nach Art. 18 Abs. 2 S. 2 KG hat die Mehrheit der Mitglieder aus unabhängigen Sachverständigen zu bestehen.⁶ Zur Zeit gehören der WEKO **12 Mitglieder** an.⁷ Dabei handelt es sich um **7 sog. unabhängige Mitglieder** und **5 Verbandsvertreter**. Bis Ende 2007 gehörten der WEKO 15 Mitglieder an, davon waren 7 Interessenvertreter.⁸ Alle Mitglieder der WEKO arbeiten **nebenamtlich**. Allerdings erledigt der Präsident, der offiziell zu 50 % angestellt ist, offenbar ein höheres Pensum.

Nach Art. 19 Abs. 1 KG kann sich die WEKO in Kammern mit selbständiger Entscheidungsbefugnis gliedern. Gemäss Art. 20 KG erlässt sie ein vom Bundesrat zu genehmigendes **Geschäftsreglement**, in dem insbesondere die Einzelheiten der Organisation, namentlich die Zuständigkeiten des Präsidiums, der einzelnen Kammern und der Gesamtkommission geregelt werden. Das Geschäftsreglement vom 1. Juli 1996 (SR 251.1) sah die Bildung von **drei Kammern** vor (vgl. Art. 1, 2, 5). Bis Ende 2007 wurde die Kommission von einem dreiköpfigen Präsidium geleitet, das aus dem Präsidenten und zwei Vizepräsidenten bestand. Jedes Präsidiumsmitglied stand einer der drei Kammern vor. Die drei Kammern entsprachen inhaltlich der Aufteilung des Sekretariats in die drei Abteilungen Produktmärkte, Dienstleistungsmärkte und Infrastrukturmärkte. Eine Kammer bestand gemäss dem Geschäftsreglement aus einem Kammerpräsidenten, vier Mitgliedern und vier Ersatzmitgliedern. Zwei Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder mussten dabei unabhängige Sachverständige sein. Eine Kammer entschied also in Fünfer-Besetzung.

Im Januar 2008 wurde diese Kammeraufteilung als nicht mehr adäquat angesehen, da es bei 12 WEKO-Mitgliedern zur Bildung von Vierer-Kammern und somit zu einer geraden Anzahl von Kammermitgliedern gekommen wäre. Von nun an wurden die Geschäfte nicht mehr in einer Kammer vorbesprochen, sondern in der **Gesamtkommission**. Das heisst, dass das Geschäftsreglement in gewissen Punkten nicht angewandt wurde. Die Zulässigkeit dieser Änderungen wurde damit begründet, dass 19 Abs. 1 KG eine Kann-Vorschrift enthält. Danach kann sich die Kommission „in Kammern mit selbständiger Entscheidungsbefugnis gliedern.“ Aufgrund einer

⁶ Weiterführend dazu *Rolf Dähler*, Wettbewerbsbehörden: Aufgaben und Befugnisse, in: Roland von Büren/Lucas David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel 2002, 549 ff., 556.

⁷ Organigramm, Stand April 2008: <http://www.WEKO.admin.ch/kommission/00203/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 27. Juni 2008.

⁸ The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Switzerland, OECD 2006, 18.

Betriebsanalyse wurde nun entschieden, die neue Organisation beizubehalten und das Geschäftsreglement der neuen Situation anzupassen. Der Bundesrat wird das neue Geschäftsreglement zu Beginn des Jahres 2009 verabschieden. Damit ist das **Kammersystem aufgehoben**. Damit werden die Entscheidungen von der WEKO selbst getroffen. In einigen Fällen ist das Präsidium zuständig. Hier ist darauf hinzuweisen, dass es nur noch einen Vizepräsidenten gibt.

Die WEKO trifft sich alle zwei Wochen montags. Unter dem Kammersystem trat jeweils als erstes das dreiköpfige Präsidium zusammen, um die Fälle und allfällige administrative Punkte zu besprechen. Dieser Sitzung wohnte regelmässig der Direktor des Sekretariats bei.⁹ Anschliessend begaben sich die drei Präsidiumsmitglieder in ihre Kammern (Produktmärkte, Dienstleistungsmärkte, Infrastrukturmärkte), um „ihre“ Fälle zu besprechen. Diesen Kammersitzungen wohnte regelmässig der für den Bereich zuständige Vize- bzw. stellvertretende Direktor bei. Am Nachmittag versammelte sich die WEKO als Gesamtbehörde und entschied über die Fälle. Auch hier waren die Direktoren des Sekretariats anwesend. Wenn sich also das Präsidium und anschliessend die Kammer auf eine Position einigen konnten, so waren bereits 7 von 15 Stimmen beisammen. Dem Vernehmen nach kam es selten vor, dass im Plenum gegen einen einstimmigen Kammerantrag gestimmt oder nur schon eine Gegenposition in der Diskussion ergriffen wurde. Die Gefahr bestand also, dass sich anstelle einer anzustrebenden *unité de doctrine* eine autonome Kammerpraxis bildete: Gewisse Kammern konnten einen strengeren Kurs, andere eine weniger strenge Linie verfolgen. Diese faktische Dominanz der Kammern (obwohl die Gesamtbehörde Spruchkörper ist) war wohl auch mit den Teilzeitpensen zu erklären. Bei den regelmässig sehr umfangreichen Dossiers konzentrierten sich die Mitglieder jeweils auf ihre „eigenen“ Kammerfälle.

Unter der aktuellen Besetzung mit 12 Mitgliedern fallen die **Kammersitzungen weg**. Als erstes findet am Montagmorgen immer noch die Präsidialsitzung statt, nun in Zweier-Besetzung mit dem Präsidenten und dem (einzigen) Vizepräsidenten. Anschliessend wird die Plenarsitzung abgehalten. Es ist schwierig zu beurteilen, ob die Machtverhältnisse dadurch verschoben wurden. Einerseits mag das Präsidium an Einfluss gewinnen, da der Zwischenschritt über die Kammern wegfällt und der Präsident und der Vizepräsident über einen Informationsvorsprung verfügen. Andererseits ist der Ausgang der Plenarsitzung weniger vorhersehbar, da nun die einzelnen Mitglieder eher veranlasst sein werden, alle Fälle näher zu studieren. Die Sitzungen sind offenbar auch ein wenig formeller geworden. Ob das tatsächlich zur Herausbildung einer *unité de doctrine* führen wird, kann noch nicht gesagt werden.

Die Mitglieder der heutigen WEKO wurden nach den Informationen des Verfassers bis vor kurzem wie folgt **remunert**: Präsident 100.000 CHF, Vizepräsidenten 36.000 CHF, unabhängige Mitglieder 24.000 CHF und Verbandsvertreter CHF 12.000 jährlich.

⁹ Gewisse Entscheide trifft das Präsidium selber: Ob etwa Fusionskontrollverfahren in eine Phase-II-Prüfung gehen sollen, wurde und wird im Präsidium entschieden.

Seit 1. Juli 2008 sind die Bezüge aber deutlich erhöht worden. Der Präsident erhält nun 140.000 CHF, der (einzige) Vizepräsident 80.000 CHF und die Mitglieder einheitlich 45.000 CHF. Das heisst, dass die Verbandsvertreter den unabhängigen Mitgliedern gleichgestellt worden sind. Ein Büro hat nur der Präsident. Das Präsidium hat kein eigenes Kabinett, aber es verfügt bis zu einem gewissen Grad über die Ressourcen des Sekretariats.

2. Niederlande

Die **niederländische Wettbewerbsbehörde** (De Nederlandse Mededingingsautoriteit, NMa) ist seit 2005 eine autonome administrative Behörde. Sie besteht aus einem Dreier-Direktorium (Board), welches von einem Chairman präsiert wird, und einem Unterbau von Mitarbeitern. Gemäss ihren Angaben beschäftigt die NMa insgesamt 392 Personen. Diese Zahl umfasst auch die sektorenspezifischen Regulatoren, die Teil der NMa sind, insbesondere das Office of Transport Regulation (12 Mitarbeiter) und das Office of Energy Regulation (83 Mitarbeiter). Der NMa gehören **keine Interessenvertreter** der verschiedenen Wirtschaftssektoren an.

Geregelt sind die institutionellen Aspekte im Mededingingswet (Mw, Competition Act), welcher am 1. August 2004 modifiziert wurde.¹⁰ Institutionell, materiell (Art. 81 und Art. 82 EG) und (etwas eingeschränkter) prozessual lehnt sich das niederländische System seit der Einführung des Competition Act 1997 stark an das Gemeinschaftsrechtssystem an. Der Gesetzgeber wollte ein rigoroses wettbewerbsrechtliches System installieren.¹¹ Mehrere Normen des Mw verweisen direkt auf Normen und Begriffe des EGV. Der Mw ist auf alle Wirtschaftssektoren anwendbar.

¹⁰ Act of 22 May 1997 Providing New Rules for Economic Competition (Competition Act), Staatsblad Nr. 242 (1997).

¹¹ *Rein Wesseling*, Rapporteur für die Niederlande, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 408.



(Quelle: Website der NMa)¹²

3. Schweden

Die **schwedische Wettbewerbsbehörde** (Konkurrensverket) wird von einem Generaldirektor geleitet, der allein alle Entscheidungen treffen kann, welche in ihrer Kompetenz liegen. Seit kurzem ist die Behörde auch für die Aufsicht über das öffentliche Beschaffungswesen zuständig. Sie hat professionelle Mitarbeiter, und zwar sowohl Juristen als auch Ökonomen. Die Entscheidungsbefugnisse der Konkurrensverket sind im Vergleich zu anderen europäischen Ländern dadurch eingeschränkt, dass Bussen nur durch Gerichte verhängt werden können. Die Konkurrensverket hat 110 Mitarbeiter und besteht sowohl aus Juristen wie Ökonomen. Die Behörde teilt sich in 7 Departemente auf. **Interessenvertreter** sind im Entscheidungsprozess der Konkurrensverket **nicht** vorgesehen.

Geregelt ist das schwedische Wettbewerbsrecht im Competition Act (Konkurrenslag).¹³ Er ist bis auf wenige Ausnahmen auf alle Wirtschaftssektoren anwendbar. Ausnahmen im Sinne von Gruppenfreistellungen bestehen etwa bei Agrarvereinigungen und

¹² Organigramm der NMa, zuletzt besucht am 27.6.2008. http://www.nmanet.nl/engels/home/About_the_NMa/Organisation/Organisation_chart.asp,

¹³ Konkurrenslag, SFS 1993:20. Für eine englische Version : http://www.kkv.se/t/Page_905.aspx, zuletzt besucht am 27.6.2008.

Taxiunternehmen. Der Competition Act kennt im Übrigen keine dem Art. 86 EG analoge Norm.¹⁴

Die Behörde ist in drei sektorspezifische Wettbewerbsdepartemente und eines für das öffentliche Beschaffungswesen unterteilt. Sie hat sodann eine Rechtsabteilung, eine Abteilung für Management und Kommunikation und eine Abteilung für administrativen Support.¹⁵

4. Frankreich

Die französische Volkswirtschaft ist traditionell durch Staatsintervention geprägt.¹⁶ Das klassische französische Staatsverständnis wird auch bei der Betrachtung der Institutionen der Wettbewerbspolitik ersichtlich. Es besteht eine duale Struktur: Einerseits gibt es den völlig unabhängigen **Conseil de la Concurrence**, andererseits die **Direction générale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes (DGCCRF)**, welche Teil des Wirtschaftsministeriums ist. Die Aufgabenteilung ist variabel und hängt vom Rechtsgebiet ab.¹⁷ Des Weiteren hat das französische Wettbewerbsrecht zwar einen allgemeinen Gültigkeitsanspruch. Allerdings gibt es zum Beispiel kein Pendant zu Artikel 86 EG, und die französischen Behörden haben eine Tendenz, sogenannte „services publics“¹⁸ von der Anwendbarkeit gänzlich auszuschließen.¹⁹

Die institutionellen Aspekte sind im Wesentlichen im Buch IV des Code de Commerce (Artikel L. 410-1 ff.) normiert. Diese Regelung wurde im Jahr 2000 revidiert und übernahm die Normen der „Ordonnance no 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence“. Wesentliche Änderungen wurden 2001 durch die „Loi sur les nouvelles régulations économiques (loi NRE du 15 mai 2001)“ eingeführt. Umgesetzt wurden die Bestimmungen in den „décrets 2001-689 du 30 avril 2002 und 87-849 du 19 octobre 1987“. Vor der Reform von 1986 hatte die alte Commission de la Concurrence nur eine konsultative Funktion.

¹⁴ *Fredrik Lindblom*, Rapporteur für Schweden, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 559.

¹⁵ Übersicht in Englisch: <http://www.kkv.se/t/Page233.aspx>, zuletzt besucht am 27. Juni 2008.

¹⁶ Aktuelles Beispiel eines dirigistisch-protektionistischen Eingriffs: Unter dem Schlagwort des "patriotisme économique" hat die Regierung *Villepin* das „Décret n°2005-1739 du 30 décembre 2005 réglementant les relations financières avec l'étranger et portant application de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier" erlassen. Es unterwirft die Übernahme von Unternehmen in bestimmten, als vital angesehenen, Sektoren einem speziellen Bewilligungsverfahren. Die Europäische Kommission ist dagegen vorgegangen.

¹⁷ *Laurence Idot*, Rapporteur für Frankreich, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 156 f.

¹⁸ Das französische Recht kennt das gemeinschaftsrechtliche Konzept der „entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général" nicht.

¹⁹ *Laurence Idot*, Rapporteur für Frankreich, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 154.

Der Conseil de la Concurrence ist ein unabhängiges Administrativorgan. Es handelt sich um eine Kollegialbehörde (le Collège), deren **17 Mitglieder** grundsätzlich nicht abberufbar sind. Sie besteht aus 8 (teilweise ehemaligen) Mitgliedern des *Conseil d'Etat*, der *Cour de Cassation*, der *Cour des Comptes* oder anderer administrativer oder gerichtlicher Spruchkörper, 4 Experten auf den Gebieten der Wirtschaft, des Wettbewerbs oder des Verbrauchersektors und 5 Personen, welche entweder ehemals oder aktuell in der Herstellung, der Distribution, dem Kunsthandwerk, dem Dienstleistungsbereich oder in freien Berufen tätig waren bzw. sind. M.a.W. gibt es im Conseil **Interessenvertreter**. Allerdings sind die **4 wichtigen Positionen** des Präsidenten und der drei Vizepräsidenten in **Vollzeitanstellung** besetzt. Weiter verfügt der Präsident über ein eigenes Kabinett („le service du président“), und der Präsident und die drei Vizepräsidenten stehen den Sektionen vor. Insoweit kommt den vier permanenten Mitgliedern eine Schlüsselrolle zu.

Jedes Mitglied muss den Präsidenten des Conseil de la Concurrence über seine wirtschaftlichen Funktionen und Interessen informieren. An der Entscheidungsfindung dürfen keine Mitglieder teilnehmen, die ein Interesse am konkreten Fall haben.²⁰

Bei der DGCCRF erübrigt sich eine Erörterung der Frage nach Interessenvertretern. Die Direktion ist Teil des Wirtschaftsministeriums und gegenüber dem Wirtschaftsminister weisungsgebunden.

Der Conseil kann sich sog. Rapporteurs für das Instruktionsverfahren bedienen. Diese können permanent oder temporär angestellt sein. Momentan sind ca. 35 solcher Rapporteurs für den Conseil tätig.²¹

Die Fusionskontrolle fällt auch nach der Gesetzesreform von 2001 in die Zuständigkeit des **Wirtschaftsministers**, genauer der DGCCRF.²² Der Conseil de la Concurrence hat hier nur dann eine (konsultative) Rolle, wenn auch wettbewerbsrechtliche Aspekte betroffen sind, die in die zweite Phase der Kontrolle gehen.²³ Bei Kartellabsprachen und bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist hingegen der **Conseil de la Concurrence** zuständig.²⁴ Das Wirtschaftsministerium hat aber auch hier Einfluss, weil die Untersuchung („enquête“) zumeist von der DGCCRF geführt wird. Das

²⁰ Organigramm: http://www.conseil-concurrence.fr/doc/organigramme_juin07.pdf, zuletzt besucht am 27.6.2008.

²¹ *Laurence Idot*, Rapporteur für Frankreich, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 170 f.

²² Organigramm: http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/dgccrf/dgccrf/rapports_activite/2007/structures_moyens.pdf, zuletzt besucht am 27.6.2008.

²³ *Laurence Idot*, Rapporteur für Frankreich, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 157.

²⁴ <http://www.conseil-concurrence.fr>, zuletzt besucht am 27.6.2008.

Instruktionsverfahren („instruction“) und die Entscheidung selber fallen dann aber in die Zuständigkeit des Conseil respektive im Falle der Instruktion eines Rapporteurs.²⁵

5. Weitere Staaten

Gemäss den Angaben eines Experten vor Ort wird zur Zeit in **Serbien** unter Anleitung internationaler Spezialisten versucht, die Effizienz der Wettbewerbskommission zu steigern. Dabei soll die Zahl der Mitglieder von bisher 5 (entsprechend dem Vorbild der U.S. Fair Trade Commission) auf 3 verringert werden. Die drei Mitglieder sollen als Präsident und Vizepräsidenten der Behörde fungieren und zugleich Vorsitzende von unabhängigen Beschlusskammern sein. Bisher bestand ein Ungleichgewicht zwischen der Zahl der Entscheidungsträger (5) und der Zahl der *Case handler* (9). Überdies waren bis anhin nur 2 der 5 Kommissionsmitglieder vollzeitig für die Behörde tätig. Dabei handelte es sich nicht einmal um die Präsidentin und den Vizepräsidenten (sie sind im Hauptberuf Universitätsprofessoren und amtieren nur zwei Tage in der Woche in der Behörde), sondern um zwei einfache Mitglieder.

Die meisten Länder bestimmen die genaue Zahl der Behördenmitglieder im Gesetz. Die **Schweiz** und **Indien** gehören insoweit zu den Ausnahmen. Bei der Mitgliederzahl der Behörde ist ein Trend zur Verkleinerung feststellbar, der regelmässig mit einer Professionalisierung einhergeht. In **Chile** etwa bestehen die beiden zuständigen Institutionen aus je 5 Mitgliedern (Resolutive Commission, Preventive Commission).²⁶

In vielen Ländern wird explizit festgehalten, dass es zu keinen Interessenkonflikten kommen darf. In **Indien** beispielsweise darf ein Mitglied der Wettbewerbsbehörde keine finanziellen oder andere Interessen haben. In **Deutschland** darf ein Mitglied einer Beschlussabteilung nicht Eigentümer oder Mitglied des Management oder Verwaltungsrats einer Unternehmung, eines Kartells, eines Handelsverbands oder eines Berufsverbands sein. In **Ungarn** schliesslich darf kein Mitarbeiter der Behörde irgendeine andere entgeltliche Aktivität ausüben, ausser sie sei wissenschaftlicher, pädagogischer, artistischer, schriftstellerischer oder erfinderischer Natur. Ebenso wenig dürfen Mitarbeiter Mitglieder des Management oder des Verwaltungsrats, ja nicht einmal senior official in einer Unternehmung sein. In **Italien** und **Mexiko** sind ähnliche Vorschriften erlassen worden.²⁷

²⁵ *Laurence Idot*, Rapporteur für Frankreich, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 157.

²⁶ Model Law on Competition, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislations, United Nations, New York and Geneva 2007, 66.

²⁷ Model Law on Competition, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislations, United Nations, New York and Geneva 2007, 67.

Sektorielles Expertenwissen kann auch ohne Einsitznahme von Interessenvertretern verfügbar gemacht werden. Ist solches Wissen in einem Fall notwendig, so kann ein Gutachten erstellt oder ein Experte zur Anhörung bestellt werden. In **Thailand** kann das Office on Price Fixing and Anti-Monopoly, in **Argentinien** die Behörde selbst solche Studien erstellen. In **Portugal** kann der Council for Competition das Directorate General for Competition and Prices damit beauftragen. Selbstverständlich kann die Erarbeitung solcher Gutachten auch an unabhängige Dritte ausgelagert werden.²⁸

II. Wahl und Wiederwahl der Mitglieder, Einflussnahme der Regierung

1. Schweiz

Der **Gesamtbundesrat** wählt die Mitglieder der WEKO und bezeichnet die Mitglieder des Präsidiums (Art. 18 Abs. 1 KG). Die Federführung kommt der Vorsteherin des **Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements** (EVD) zu. Nach Art. 14 der Verordnung über ausserparlamentarische Kommissionen sowie Leitungsorgane und Vertretungen des Bundes (Kommissionsverordnung, SR 172.31) beträgt die Amtsdauer von Kommissionsmitgliedern im Allgemeinen 4 Jahre. Die Kommissionsverordnung wird auch auf die WEKO angewandt. Eine Wiederwahl ist möglich, aber gemäss Art. 15 Abs. 1 und 2 der Kommissionsverordnung ist die Amtszeit normalerweise auf insgesamt **zwölf Jahre** beschränkt. Gemäss Art. 8 der Kommissionsverordnung werden die Mitglieder „in erster Linie ausgewählt nach“: a. fachlicher Kompetenz, b. Fähigkeit zur Zusammenarbeit in Gruppen, c. zeitlicher Verfügbarkeit. Weiter muss die WEKO, wie alle eidgenössischen Kommissionen, „nach Interessengruppen, Geschlechtern, Sprachen, Regionen und Altersgruppen ausgewogen zusammengesetzt sein“. Wählbar ist gemäss Art. 7 Kommissionsverordnung „wer die Voraussetzungen für eine Anstellung in der Bundesverwaltung erfüllt“. In Kombination mit den Art. 23 f. Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.3) bedeutet das u.a., dass auch Nicht-Schweizer wählbar sind.²⁹

Offene Stellen werden, wie bei der Bestellung eidgenössischer Kommissionen üblich, **nicht öffentlich ausgeschrieben**. Bei den unabhängigen Mitgliedern ist es v.a. Sache des Präsidenten, Vorschläge zu machen. Das EVD achtet allenfalls auf parteipolitische Gegebenheiten. Vereinzelt haben ausscheidende Mitglieder offenbar einen Nachfolger/eine Nachfolgerin vorgeschlagen, wobei dieser Fürsprache erhebliche Bedeutung zugekommen sein soll. Die Verbandsvertreter können wohl faktisch von ihrem Verband bestimmt werden.

²⁸ Model Law on Competition, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislations, United Nations, New York and Geneva 2007, 70.

²⁹ Vgl. dazu unten, E. I. (5).

In allen Ländern besteht das Problem, dass die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde nicht nur gegenüber den Rechtsunterworfenen, sondern auch gegenüber der **Politik** gesichert werden muss. In Deutschland beispielsweise ist die Frage des Verhältnisses von Wirtschaftsminister und Bundeskartellamt von Zeit zu Zeit Gegenstand von Debatten. Die WEKO ist gemäss Art. 19 Abs. 2 KG administrativ dem EVD zugeordnet. Gleichzeitig stellt Art. 19 Abs. 1 KG klar, dass sie von den Verwaltungsbehörden unabhängig ist. Das heisst, dass sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben keine Weisungen entgegenzunehmen hat.³⁰ Indes gibt es subtilere Mittel, um auf die Tätigkeit der WEKO Einfluss zu nehmen. Zunächst bedeutet die administrative Angliederung an das EVD, dass letzteres auch über das **Budget** der Kommission entscheidet.³¹ Es bedarf keiner Erläuterung, dass über das Budget auch die Politik einer Institution beeinflusst werden kann. Das gilt für die WEKO ebenso wie beispielsweise für Gerichte. Als negativ wird empfunden, dass jeder Franken, welcher der WEKO zugesprochen wird, dem EVD verloren geht.

Eine andere Frage ist, ob das **EVD** versucht, auf die Entscheidungen der WEKO Einfluss zu nehmen. Die befragten Personen waren sich darüber einig, dass solche Interventionen normalerweise kaum vorkommen. Ein Sonderfall scheint aber die **Landwirtschaftspolitik** zu sein. Sowohl Rechtsanwälte wie gegenwärtige und ehemalige WEKO-Mitglieder verweisen in diesem Zusammenhang (nicht nur, aber insbesondere) auf die Fusion *Emmi/Aargauischer Milchverband*, die von der Wettbewerbskommission trotz anfänglicher Bedenken nach massiven Interventionen aus dem Departement erlaubt wurde. Solche Eingriffe sind unabhängig davon, ob im konkreten Fall eine wettbewerbsrechtlich tragfähige Grundlage für die Entscheidung bestand, nicht akzeptabel. Ein zweiter kritischer Sektor soll, zumindest nach der Verlautbarung einiger Befragter, das **militärische Beschaffungswesen** sein. Einige Protagonisten haben im Übrigen die Vermutung geäussert, dass informelle Einflussnahme weniger über die Kommission als über das **Sekretariat** erfolgt. Insoweit wird darauf hingewiesen, dass das Sekretariat vor Inkrafttreten des KG 1995 Teil des Generalsekretariats des EVD war. Die Angewohnheit enger Kooperation soll die Trennung da und dort überlebt haben.³² Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass Mitglieder des **Parlaments** es mitunter an der erforderlichen Distanz (v.a.) gegenüber dem Sekretariat fehlen lassen.

³⁰ Vgl. z.B. *Jürg Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 19 Rz. 1.

³¹ Vgl. dazu auch das Interview mit dem Direktor des WEKO-Sekretariats, Rafael Corazza, unter dem Titel „Die Weko hat weniger Geld zur Verfügung“ im „Tagesanzeiger“ vom 3. Januar 2007.

³² Vgl. auch the Role of Competition Policy in Regulatory Reform, OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Switzerland, OECD 2006, 19.

2. Niederlande

Gemäss Gesetz wird in den **Niederlanden** das Board auf Vorschlag des Wirtschaftsministers von der Krone gewählt.³³ Das heisst de facto, dass der **Wirtschaftsminister** die Mitglieder des Board bestimmt. Die (anderen) Mitarbeiter der NMa sind technisch betrachtet Mitarbeiter des Wirtschaftsministeriums. Sie werden aber vom Board eingestellt und sind lediglich ihm gegenüber verantwortlich (Section 5a Mw). Der Chairman wird auf 6 Jahre gewählt, die anderen beiden Board-Mitglieder auf 4 Jahre (Section 3(3) Mw). Wiederwahl ist für alle Board-Mitglieder in dem Sinne möglich, dass ihre Amtszeit einmalig um maximal 4 Jahre verlängert werden kann (Section 3(3) Mw.).

Was die Frage angeht, inwiefern die Regierung die NMa beeinflussen kann, so ist auf Folgendes hinzuweisen: Die NMa ist seit 2005 von Gesetzes wegen eine unabhängige Verwaltungsbehörde und als solche auch **völlig unabhängig vom Wirtschaftsministerium**. Zuvor bestand (seit Gründung der NMa 1998) theoretisch die Möglichkeit, dass der Wirtschaftsminister generelle und spezifische Instruktionen erteilen konnte. Dazu kam es allerdings nie. Selbst die bloss theoretische Möglichkeit von spezifischen Instruktionen wurde 2005 im Gesetz aufgehoben. Der Wirtschaftsminister ist sodann nur bedingt befugt, generelle Instruktionen zu erlassen: so etwa bezüglich sogenannter policy rules (Section 5d Mw), zusätzlicher Aufgaben zur Durchsetzung von gemeinschaftlichem und internationalem Recht (Section 5b Mw) und der offiziell zu vertretenden Position im Advisory Committee gemäss Verordnung 1/2003³⁴ und Verordnung 139/2004³⁵. Allerdings dürfen sich diese Instruktionen nicht auf einen konkreten Fall beziehen. Die NMa entscheidet vielmehr in vollständiger Unabhängigkeit. Die Beziehung zwischen NMa und Wirtschaftsministerium ist im Übrigen in einem **zweiseitigen Abkommen**, welches momentan überarbeitet wird, genau geregelt.

Die Entscheide werden vom Board als Kollegialbehörde getroffen. Dissenting opinions werden nicht praktiziert.

3. Schweden

In **Schweden** wird der Generaldirektor von der Regierung auf Vorschlag des Industrieministers gewählt, im Normalfall für 6 Jahre, auch wenn dies nicht explizit so festgeschrieben ist. Eine Wiederwahl für 3 Jahre ist möglich. Der Generaldirektor bestimmt über die Rekrutierung aller Mitarbeiter. Die Entscheide sind jeweils vom

³³ Dutch Competition Act of 22 May 1997, http://www.nmanet.nl/Images/14_26063_tcm16-24409.pdf, zuletzt besucht am 27. Juni 2008.

³⁴ [Verordnung \(EG\) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln](#), Amtsblatt 4.1.2003, L1/1.

³⁵ [Verordnung \(EG\) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen \(„EG-Fusionskontrollverordnung“\)](#), Amtsblatt 29.1.2004, L 24/1.

Generaldirektor unterschrieben sowie von dem Mitarbeiter, welcher den Fall präsentiert. Das Verhältnis zur Regierung folgt dem traditionellen Weg schwedischer öffentlicher Agenturen. Typisch ist, dass weder die Regierung noch ein Minister der Behörde Ratschläge oder Weisungen erteilt oder sich zu einem Thema vorab äussert. Die Behörde ist weder verpflichtet, ihre Entscheide zu begründen noch einen Fall aufzugreifen.

4. Frankreich

Die Mitglieder des **französischen Conseil de la Concurrence** werden aufgrund eines Berichts des Wirtschaftsministers per Regierungsdekret auf 6 Jahre gewählt. Eine Wiederwahl ist möglich. Die Mitglieder sind grundsätzlich nicht abberufbar.

Die Instruktion wird von sog. *rapporteurs* geführt, die dem *rapporteur général* und den *rapporteurs généraux adjoints* unterstehen. Sie werden allesamt vom Wirtschaftsminister für 4 Jahre ernannt, wobei der Präsident des Conseil de la Concurrence ein Vorschlagsrecht hat.

Die Regierung hat indirekt, über die Wahl hinaus, **Einfluss** auf die Untersuchungen, weil zahlreiche rapporteurs Magistratspersonen oder Funktionäre der Kategorie A sind. Die rapporteurs üben ein Vollpensum aus.

Einfluss der Regierung ist aber nicht nur über die Wahl von Behördenmitgliedern des Conseil und einiger regierungsnaher rapporteurs vorhanden. Darüber hinaus gibt es mehrere prozessuale Einflussmöglichkeiten. So kann an den Verhandlungen des Conseil auch der **Commissaire du gouvernement** plädieren, welcher vom Wirtschaftsminister bestimmt wird. Diese Funktion wird durch den Generaldirektor für Wettbewerb, Verbrauch und Betrugsbekämpfung ausgeübt. Er präsentiert jeweils die Sicht der Regierung bezüglich der tatsächlichen und rechtlichen Punkte sowie mögliche Lösungsansätze. An der Beratung nimmt er jedoch nicht teil. Der Regierungsvertreter kann aber Rechtsmittel ergreifen (Nichtigkeits- oder reformatorische Beschwerde an die *Cour d'Appel* von Paris). Er kann sogar dann am Kassationsverfahren teilnehmen, wenn er ursprünglich kein Rechtsmittel eingelegt hatte.

Die Mitarbeiter („fonctionnaires A“) der DGCCRF sind im Wesentlichen Abgänger der ENA („Ecole Nationale d'Administration“) und haben somit einen wirtschaftlichen und juristischen Hintergrund. Andere fonctionnaires A kommen von spezialisierten Hochschulen und haben einen Concours bestanden.

Auf die Einflussmöglichkeiten der Regierung gegenüber der DGCCRF muss nicht näher eingegangen werden: Die Direktion ist Teil des Wirtschaftsministeriums und ist gegenüber dem Wirtschaftsminister **weisungsgebunden**.

5. Weitere Staaten

Weltweit geht man davon aus, dass die effizienteste Wettbewerbsbehörde eine unabhängige Behörde ist, welche mit grossen Kompetenzen ausgerüstet ist. Bei den meisten in den letzten Jahren geschaffenen Wettbewerbsbehörden wurde auf grösstmögliche Unabhängigkeit und Schutz vor politischem Einfluss geachtet. Das wurde sogar bei Entwicklungs- und Schwellenländern durchgesetzt, so etwa in **Algerien**, wo die Behörde mit finanzieller und administrativer Unabhängigkeit ausgestattet wurde.³⁶ Die **japanische** Wettbewerbsbehörde weist eine gerichtsähnliche Unabhängigkeit auf. Die Regierung kann ihr nach herrschender Meinung keine Weisungen erteilen.³⁷

Vielerorts werden die Mitglieder der Wettbewerbsbehörde von der Regierung oder vom Wirtschaftsminister ernannt. Es gibt aber auch Länder, in denen das Parlament ein wichtiges Wort mitzureden hat. So braucht es für die Ernennung und Wiederernennung der Mitglieder in **Japan** die Zustimmung des Ober- und Unterhauses. Die Mitglieder werden für 5 Jahre gewählt.³⁸ Auch die **EU-Kommissare**, die höchste Entscheidungsebene in EU-Wettbewerbsangelegenheiten, werden vom Europäischen Parlament bestätigt.

Erwähnenswert ist die **italienische Lösung**.³⁹ Die *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ist eine unabhängige, aus einem Präsidenten und 4 Mitgliedern bestehende, Kollegialbehörde, die mittels Mehrheitsbeschluss entscheidet. Die Mitglieder werden durch die **Präsidenten des Senates und der Abgeordnetenkammer** für eine nicht erneuerbare Amtsdauer von 7 Jahren ernannt. Gemäss Gesetz wird der Präsident von einer Liste mit Personen gewählt, die für ihre Unabhängigkeit bekannt sind und bereits **hohe öffentliche Ämter** inne hatten. Dass dieses System erfolgreich ist, soll an zwei Beispielen deutlich gemacht werden. Präsident war von 1994 – 1997 *Giuliano Amato*, der vor und nach dieser Zeit Premierminister war und vor- und nachher zahlreiche Ministerämter bekleidete. Amato war auch einer der Vizepräsidenten des Europakonvents. Von 1997 – 2004 amtierte *Giuseppe Tesouro* als Präsident, der zuvor 9 Jahre lang einer der einflussreichsten Generalanwälte am EuGH gewesen war. Nach Ablauf seiner Amtszeit wurde er zum Richter an der Corte Costituzionale ernannt. Gemäss Gesetz sind die anderen 4 Mitglieder ebenfalls Personen, die für ihre Unabhängigkeit bekannt sind und zuvor

³⁶ Model Law on Competition, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislations, United Nations, New York and Geneva 2007, 66.

³⁷ *Michiyoshi Mishiro*, Die Annäherung des Wettbewerbsverfahrens an das Gerichtsverfahren, Berlin 2004, 322.

³⁸ *Michiyoshi Mishiro*, Die Annäherung des Wettbewerbsverfahrens an das Gerichtsverfahren, Berlin 2004, 287 und 322.

³⁹ Art. 10 legge n. 287 del 10 ottobre 1990.

Richter am *Consiglio di Stato*, der *Corte dei Conti* oder der *Corte di Cassazione* oder aber ordentliche Universitätsprofessoren oder anerkannte Geschäftsleute waren.

Auch das Verfahren, das in **Irland** praktiziert wird, weist interessante Elemente auf. Die **Civil Service Commission** wählt die KandidatInnen nach professionellen Kriterien aus und unterbreitet dem **Minister of Enterprise, Trade and Employment** einen Vorschlag. Dieser Vorschlag wird in aller Regel befolgt. Eine Wiederwahl ist möglich. Der Minister verfügt über volles Ermessen, aber nach guter angelsächsischer Tradition werden Mitglieder, die weitermachen wollen, wiederernannt. Bis anhin sind die Mitglieder nach zwei Amtszeiten zurückgetreten, so dass sich die Frage einer erneuten Wiederernennung bisher nicht gestellt hat. Für die Wiederwahl müssen sich die Mitglieder nicht noch einmal einem offenen Verfahren stellen.

Bei der **Amtsduer** weichen die Länderregime stark voneinander ab. In **Mexiko** etwa werden Mitglieder für 10 Jahre ernannt, in **Italien** für 7 Jahre, in **Ungarn** und **Litauen** für 6 Jahre, in **Kanada, Australien, Algerien, Bulgarien, Pakistan** und **Panama** für 5 Jahre. Eine Wiederwahl ist in den meisten Fällen möglich.⁴⁰

III. Professionalisierungsgrad, Anstellungsbedingungen und beruflicher Hintergrund

1. Schweiz

Die Mitglieder der WEKO einschliesslich des Präsidenten sind **nebenamtlich** beschäftigt und gehen deshalb (notgedrungen) alle einer anderen Beschäftigung ausserhalb der WEKO nach. Die teilweise sehr umfangreichen Dossiers müssen in der freien Zeit bearbeitet werden. Darauf, dass die Remunerierung der einfachen Mitglieder relativ bescheiden ist, wurde bereits hingewiesen. Zwar mag es durchaus sein, dass Kommissionsmitglieder durch nicht-pekuniäre Motive wie Verantwortungsbewusstsein, Wunsch nach Einfluss, Prestige oder Förderung der weiteren Karriere angereizt werden. Trotzdem besteht hier eine kritische Situation, vor allem bei den sog. **unabhängigen Mitgliedern**.

Vier **Interessenvertreter** werden vom Gewerkschaftsbund, dem Gewerbeverband, dem Bauernverband und der *economiesuisse* nominiert, ein fünfter wird von den KonsumentInnen vorgeschlagen. Zur Zeit handelt es sich dabei um einen Richter, der als unabhängig zu qualifizieren ist. Davon abgesehen haben die Verbandsvertreter ein grundsätzliches Interesse, sich in die Dossiers einzuarbeiten. Die entsprechenden Verbände werden sie dafür aus Eigeninteresse zeitlich entlasten. Es kann also gut sein, dass der Anreiz, sich zu engagieren, bei den Verbandsvertretern tendenziell grösser ist

⁴⁰ Model Law on Competition, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislations, United Nations, New York and Geneva 2007, 67.

als bei den unabhängigen Mitgliedern. Das ist einer unabhängigen Entscheidungsfindung nicht zuträglich.

Da die Mitglieder der WEKO nebenamtlich tätig sind, stellt sich das Problem, dass sie sich aufgrund ihrer Haupttätigkeit in bestimmten Fällen in einem **Interessenkonflikt** befinden können. Interessenbindungen werden auf der Website der WEKO bekanntgemacht. Sie reichen von Lehrstühlen an Universitäten bis zu Verwaltungsratsmandaten und Aktivitäten in Verbänden und in Stiftungen. Auch die Tätigkeit als Rechtsanwalt kommt vor.⁴¹

Gemäss Art. 22 Abs. 1 KG tritt ein Mitglied der WEKO in den **Ausstand**, wenn ein entsprechender Grund nach Art. 10 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (SR 172.021) vorliegt. Die Vorschrift nennt als Ausstandsgründe (a) ein persönliches Interesse in der Sache, (b) Verbundenheit mit einer Partei durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft, (b^{bis}) Verwandtschaft oder Schwägerung mit einer Partei in gerader Linie oder bis zum dritten Grade in der Seitenlinie, (c) Vertretung einer Partei oder für eine Partei in der gleichen Sache, (d) mögliche Befangenheit in der Sache aus anderen Gründen. Praktisch sind in den Verfahren der WEKO nur die Buchstaben (a) (persönliches Interesse) und (d) (Befangenheit aus anderen Gründen) relevant. Interessenvertreter werden durch eine Sondervorschrift **privilegiert**⁴²: Gemäss Art. 22 Abs. 2 KG ist ein persönliches Interesse oder ein anderer Grund in der Regel nicht gegeben, wenn ein Kommissionsmitglied einen übergeordneten Verband vertritt. Das ist, wenn man sich einmal für die Einsitznahme von Interessenvertretern entschieden hat, nur konsequent, denn andernfalls könnten Verbandsvertreter ihre Aufgabe gar nicht wahrnehmen. Immerhin bedeutet Art. 22 Abs. 2 KG nicht, dass Verbandsvertreter nicht in den Ausstand zu treten hätten, wenn sie ein besonderes Interesse an einem Fall haben.

2. Niederlande

Alle **drei Board-Mitglieder** der NMa haben eine **Vollzeitanstellung**. Die totale Unabhängigkeit macht die Position sehr attraktiv. Auch die Remunerierung wird als kompetitiv bezeichnet. Die aktuellen Board-Mitglieder sind ausgewiesene Fachleute des Wettbewerbsrechts. Der Vorsitzende, *Pieter Kalbfleisch*, war von 2003 – 2005 Generaldirektor in der NMa. Vorher war er Richter am Gerichtshof von Haarlem und von Den Haag. Dem letzten stand er auch als Präsident vor. *René Jansen* war von 2000 – 2005 stellvertretender Generaldirektor der NMa; zwischen Januar 2003 und September 2003 war er aktiver Generaldirektor. Bis 2003 war er Direktor des Antitrust Department. Seit Gründung des NMa 1998 bis Mitte 2000 war er Direktor des Fusionskontrolldepartements. Von 1994 – 1997 leitete er das Wettbewerbsdepartement

⁴¹ <http://www.weko.admin.ch/kommission/00221/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 23. Juli 2008.

⁴² So zutreffend *Jürg Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 22, Rz. 4.

im Wirtschaftsministerium und gestaltete die Errichtung des NMa mit. *Gert Zijl* war Direktor der Energieregulierungsbehörde (DTe), welche jetzt Teil des NMa ist. Vorher war er Generaldirektor von TenneT TSO B.V. und statutorischer Direktor von N.V. SEP (Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven).

3. Schweden

In **Schweden** ist die Anstellung als Generaldirektor eine **Vollzeitanstellung**. Die Anstellungsbedingungen einschliesslich der Remuneration gelten, wie bei andern öffentlichen Institutionen in Schweden, als wenig attraktiv. Gemäss schwedischen Experten hat die Konkurrenten Schwierigkeiten, talentierte Mitarbeiter zu halten, da gerade spezialisierte Anwaltskanzleien deutlich höhere Gehälter offerieren. Die Behörde beschäftigt junge Richter, die an ihrem Gericht eine Sabbat-Auszeit nehmen, viele Ökonomen und einige wenige ehemalige Anwälte.

Interventionen durch Politiker und Lobbyisten sind in Schweden und Dänemark nicht meldepflichtig. Eine Intervention würde aber als schwere Verfehlung aufgefasst.

Nach Einschätzung schwedischer Experten steht der Behörde für die aktuellen Aufgaben ein ausreichendes Budget zur Verfügung. Wenn sie aber eines Tages alle erstinstanzlichen Entscheide zu treffen hätte, müsste man die Behörde stärken und reorganisieren.

4. Frankreich

In **Frankreich** üben der Präsident und die drei Vizepräsidenten des Conseil de la Concurrence ihre Funktionen in einem **Vollzeitpensum** aus. Der berufliche Hintergrund der vier permanenten Mitglieder ist folgender: Conseiller d'Etat (Präsident), Conseiller honoraire à la Cour de Cassation, Conseiller-maitre honoraire à la Cour des Comptes, Wirtschaftsprofessorin an der Universität Paris I (Sorbonne).

Der rapporteur général, die rapporteurs généraux adjoints und die rapporteurs stammen aus dem Conseil d'Etat, sind Magistratspersonen, Funktionäre der Kategorie A oder Personen, welche eine mindestens 5-jährige Erfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts aufweisen und zugleich im Besitze eines Diploms der Kategorie A-Funktionäre sind. Sie alle üben ein Vollpensum aus.

Der Conseil beschäftigt rund 35 rapporteurs und verfügt über ein Budget von rund 8.500.000 Euro. Die DGCCRF hatte 2007 insgesamt 3543 Mitarbeiter und verfügte über ein Budget von rund 271.000.000 Euro. Wie viele dieser Mitarbeiter für die Untersektion Wettbewerb tätig waren und wie gross die entsprechenden Ausgaben waren, ist nicht klar. Neben den administrativen Unterdirektionen ist die Sous-direction B (Politique de la concurrence) eine der fünf materiellen Unterdirektionen.

Die Mitarbeiter (fonctionnaires A) der DGCCRF sind, wie erwähnt, im Wesentlichen Abgänger der ENA. Sie haben somit eine juristische und ökonomische Ausbildung. Die anderen fonctionnaires A werden an spezialisierten Hochschulen, die direkt mit der DGCCRF verbunden sind, ausgebildet und haben einen Concours bestanden.

5. Weitere Staaten

Europaweit und weltweit ist ein Trend feststellbar, die Behörden **professioneller und effizienter** zu machen und sie mit zusätzlichen Kompetenzen auszustatten. Teilweise sind mehrere Behörden fusioniert worden, wiederum mit dem Ziel, eine effiziente Institution zu schaffen. Beispiele sind **Pakistan, Kolumbien** und **Peru**. Auch beim beruflichen Hintergrund ist ein Trend zur Professionalisierung feststellbar. So kamen früher in **Chile** die Mitglieder der Resolutive Commission im Wesentlichen aus der Verwaltung, heute sind auch Universitätsprofessoren vertreten. Des Weiteren wird versucht, eine Balance zwischen ökonomischem und juristischem Wissen zu finden.⁴³

In **Peru** müssen die Mitglieder der Free Competition Commission mindestens 10 Jahre Erfahrung in ihrem Bereich aufweisen. In **Brasilien** kommen für den Administrative Economic Protection Council Kandidaten in die Auswahl, welche für ihr juristisches und wirtschaftliches Wissen und ihre tadellose Reputation bekannt sind.

Die Mitglieder der **italienischen Autorità Garante** dürfen unter Androhung des Amtsverlustes keinerlei berufliche oder beratende Tätigkeit ausüben noch Verwaltungsräte oder Angestellte von öffentlichen oder privaten Unternehmungen sein oder andere öffentliche Ämter irgendwelcher Art bekleiden. Staatsangestellte werden während der Dauer ihres ganzen Mandats freigestellt.

IV. Verhältnis Untersuchungsbehörde - Entscheidungsbehörde

1. Schweiz

Die Wettbewerbsbehörde besteht aus zwei Organisationen, der **Wettbewerbskommission** und dem **Sekretariat**. Sowohl die Mitglieder der Kommission als auch der Direktor und die Vizedirektoren des Sekretariats werden vom Bundesrat ernannt. Nach Art. 27 Abs. 1 KG ist es Sache des Sekretariats, eine Untersuchung zu eröffnen, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Auch die Kompetenz zur Durchführung der Untersuchung liegt beim Sekretariat. Die WEKO nimmt am Untersuchungsverfahren nicht unmittelbar teil.⁴⁴ Nach Art. 30 Abs. 1 KG stellt das Sekretariat **Antrag** an die WEKO auf Erlass einer Verfügung über die zu

⁴³ Model Law on Competition, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislations, United Nations, New York and Geneva 2007, 65 f.

⁴⁴ *Jürg Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1988, Art. 30, Rz. 6.

treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer (vom Sekretariat ausgehandelten) einvernehmlichen Regelung. Im Verfahren vor der WEKO haben die Beteiligten aufgrund ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör das Recht, schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen (Art. 30 Abs. 2 KG). Auf den ersten Blick liegt damit eine zweistufige Behörde vor: das Sekretariat ist **Untersuchungsbehörde** und die WEKO ist **Entscheidbehörde**.

Eine **klare Trennung fehlt** aber schon aufgrund der Gesetzeslage. Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG bedarf das Sekretariat zur Eröffnung einer Untersuchung der Zustimmung eines Mitglieds des Präsidiums der Kommission. Die Zustimmung ist aber Formsache. Nach Art. 30 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission auch selbst eine Anhörung der Beteiligten beschliessen. Nach der gleichen Vorschrift kann sie in die Untersuchungskompetenz des Sekretariats eingreifen und dieses mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen.

In der Praxis bestehen sodann mannigfache **Überschneidungen und gegenseitige Beeinflussungsmöglichkeiten**, die v.a. von Rechtsanwälten kritisiert werden. Am häufigsten werden folgende Punkte genannt, wobei die Aufzählung keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt:

(1) Sowohl im alten Kammersystem als auch unter der neuen Praxis hatte und hat das Sekretariat mannigfache Möglichkeiten, die WEKO zu beeinflussen. Dieses Potenzial wird auch genutzt. Das Sekretariat ist mit Vollzeitmitarbeitern ausgestattet; es verfügt über juristischen und ökonomischen Sachverstand. Im Gegensatz dazu ist die WEKO eine Milizbehörde. Es gibt also ein strukturell bedingtes **Wissens- und Machtgefälle**. Diese Diskrepanz macht die WEKO bei der Entscheidungsfindung vom Sekretariat abhängig. Die Angewiesenheit der WEKO auf das Sekretariat war unter der alten Kammerpraxis gross, und sie ist es auch heute. Die Sachbearbeiter und die Direktionsmitglieder kennen die Fälle bestens. Sie verfügen damit über einen wesentlichen Informationsvorsprung gegenüber den im Nebenamt tätigen WEKO-Mitgliedern, jedenfalls im Vergleich zu den nicht dem Präsidium angehörenden Mitgliedern. Der Vertreter des Sekretariats nimmt sodann an allen wichtigen Sitzungen der WEKO teil und kann wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen. Selbst Exponenten des Sekretariats geben zu bedenken, dass die WEKO in ihrer heutigen Form nicht in der Lage ist, eine saubere Überprüfung der sachlichen und rechtlichen Grundlagen eines Falles vorzunehmen. Die WEKO entscheidet also unter Ausschluss der Öffentlichkeit, aber in Anwesenheit von Vertretern des Sekretariats. Die Vermutung liegt nahe, dass die Kommission dadurch den Standpunkt der betroffenen Parteien nur **gefiltert** zur Kenntnis nimmt. Auch AnwältInnen haben die Beobachtung gemacht, dass die Kommission dem Sekretariat zu nahe steht. Das Sekretariat habe einen privilegierten Zugang zur Kommission, was ihm ungebührlichen Einfluss verschaffe. Die Fälle würden vom Sekretariat „durch die Kommission begleitet“. Zudem wird ausgeführt, dass das Sekretariat ungeachtet der genannten Situation oftmals an eine Sache herangehe als ob es eine Anklagebehörde sei.

(2) Umgekehrt gibt auch die WEKO **Anordnungen an das Sekretariat**. Dadurch ist das Sekretariat nicht mehr die unabhängige Untersuchungsbehörde, die es sein sollte. Das Sekretariat arbeitet nach bestimmten Kriterien und nach den in den Jahreszielen definierten Prioritäten. Trotzdem ist es zumindest in einem prominenten Fall vorgekommen, dass das Sekretariat von der Kommission zu einem Vorgehen gedrängt wurde, das den Kriterien nicht entsprach.

(3) Moniert wird sodann, dass das Sekretariat von seiner Zuständigkeit, gemäss Art. 27 KG ein **Untersuchungsverfahren einzuleiten**, mitunter nur zögerlich Gebrauch macht. Beschwerdeführer beklagen, dass sie, obwohl die Voraussetzungen des Art. 27 KG erfüllt sind, auf den Zivilweg verwiesen werden.

(4) Gemäss mehrfachen Wortmeldungen von Anwälten besteht ein weiterer Mangel darin, dass das Sekretariat Parteien mitunter zu einer **einvernehmlichen Regelung zwingt**. Wenn eine Partei die rechtliche Einschätzung des Falles durch das Sekretariat nicht teile, aber damit rechnen müsse, dass die WEKO ihre Kenntnis der Rechtssache in hohem Masse durch das Sekretariat vermittelt bekomme, so könne das dazu führen, dass die Partei *nolens volens* einer unbefriedigenden einvernehmlichen Regelung zustimme. Wenn das zutrifft, so übt das Sekretariat in solchen Fällen **Entscheidungsmacht** aus.

(5) Hinzu kommt, dass die WEKO insgesamt dazu tendiert, eine einvernehmliche Regelung einem Entscheid vorzuziehen.⁴⁵ Das mag mit der Geschichte des helvetischen Kartellrechts und mit der korporatischen Tradition des Landes zusammenhängen. Jedenfalls ist es der Entwicklung einer klaren **Fallpraxis mit Leitbildfunktion**, welche die Vorhersehbarkeit und damit die Rechtssicherheit stärkt, abträglich. Auf diesen Punkt haben nicht nur RechtsanwältInnen, sondern auch aktuelle wie ehemalige Mitglieder der WEKO hingewiesen. Das **Fehlen von Leitentscheidungen** (etwa in den Themenbereichen Vertikalbeschränkungen, Schnittstelle Kartellrecht/Immaterialgüterrecht, Selektivvertrieb, Treuerabatte oder Marktmacht) ist für die Unternehmen und ihre Berater unter Gesichtspunkten der **Rechtssicherheit** und **Vorhersehbarkeit** fatal. Dieses Manko setzt sich auf der Rechtsprechungsebene fort. Auch Gerichte brauchen eine kritische Masse von Fällen, um ein konsistentes und ziseliertes Fallrecht zu entwickeln. Dabei ist zu betonen, dass das moderne Wirtschaftsrecht im Allgemeinen und das Wettbewerbsrecht im Besonderen nicht nur in den USA, sondern auch in der EU, im EWR und in den europäischen Staaten in erheblichem Masse Fallrecht ist. Man ist fast versucht zu sagen, dass das in der Schweiz praktizierte System eher dem Prinzip einer gütlichen Konfliktresolution verpflichtet ist als einem unabhängigen Entscheidungsverfahren. Die übermässige **Konsensorientierung** stammt wohl noch aus der Zeit, als der früheren Kartellkommission die

⁴⁵ The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Switzerland, OECD 2006, 22.

Verfügungskompetenz fehlte und sie sich auf die Erteilung von Empfehlungen beschränken musste.⁴⁶

Das Fehlen einer breiten Fallpraxis der WEKO hat eine weitere negative Folge: Da es in der Schweiz ein Fallrecht, das seinen Namen verdient, etwa im Bereich der Vertikalbeschränkungen kaum gibt, hat man im Wesentlichen die Regelung der Europäischen Kommission übernommen. Die Kommission erlässt aber Gruppenfreistellungsverordnungen und Bekanntmachungen gestützt auf ihre Fallpraxis und die damit gemachten Erfahrungen. Es besteht die Gefahr, dass bei dieser **Top-Down-Transplantation** solcher Erlasse in das schweizerische Recht das unerlässliche **rechtspolitische Fundament** fehlt, das nur mit einem Bottom-Up-Vorgehen zu legen wäre.⁴⁷

(6) Einige Anwälte kritisieren, dass manche Mitglieder der WEKO mitunter einen laienhaften Eindruck machen. Manche Kommissionsmitglieder wirkten nicht selten uninformiert und ihre Fragen zeigten, dass sie sich nur am Rande mit der Materie befasst hätten. Das zeige sich insbesondere bei Anhörungen. Dem Präsidium komme dadurch eine fast allmächtige Stellung zu.

(7) Der Präsident bewältigt offensichtlich ein grosses Arbeitspensum. Er braucht dafür administrative und fachliche Unterstützung. Da er über kein eigenes Kabinett verfügt, kommt dafür nur das Sekretariat in Frage.

2. Niederlande

Die **NMa** bedient sich eines **zweistufigen Prozesses**, in dem das Board zwei Entscheide trifft: erstens kann es darüber bestimmen, ob eine Untersuchung weitergeführt wird oder nicht und zweitens entscheidet es am Schluss des Verfahrens in der Sache selbst.

Alle wesentlichen Untersuchungs- und Instruktionshandlungen – natürlich mit Ausnahme der Entscheide – werden von den NMa Departementen (in vollkommener Unabhängigkeit vom Board) vorgenommen. Die ersten Schritte eines Verfahrens werden vom **Competition Department** durchgeführt. Es leitet und erledigt die Untersuchung, welche zu einem Report zu Händen des Board führt. Der Direktor des Competition Department trägt also die Verantwortung für das Erarbeiten der faktischen Grundlagen. Das Board entscheidet dann, ob eine Untersuchung weitergeführt wird oder nicht (**„go/no go decision“**). Falls die Untersuchung weitergeführt wird, wird der vom Direktor des Competition Department unterzeichnete Report dem **Legal**

⁴⁶ Vgl. *Walter Stoffel*, Swiss Competition Law: Where from and where to?, in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genf/Zürich/Basel 2008, 681; zur historischen Entwicklung *Carl Baudenbacher*, Kartellrechtsreform 2001 - Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga 1995 nun die Qualifikation für die Champions League?, Festschrift für Franz Jaeger, Chur 2001.

⁴⁷ Vgl. dazu unten, Teil 2.

Department überreicht. Das Legal Department ist dann seinerseits für die Instruktion des Falles zuständig (Einvernahme der Parteien, Zeugenaussagen, Beweisaufnahme, Auflistung der Argumente aller Parteien, detaillierte rechtliche Würdigung). Die Mitarbeiter des Competition Department sind statutarisch davon abgehalten, sich an dieser Instruktion zu beteiligen. Das Legal Department entwirft einen Entscheidvorschlag und legt diesen dem Board vor. Die endgültige Entscheidung in der Sache obliegt einzig und alleine dem dreiköpfigen **Board**. Ähnlich wie bei anderen niederländischen Durchsetzungsbehörden sind die Mitglieder des Board in den Vorbereitungsphasen nicht involviert. Damit soll eine Voreingenommenheit verhindert werden.

Die Mitglieder des Board arbeiten nach einem Portfolio-System. Das bedeutet, dass alle drei Mitglieder für gewisse Bereiche als Line Manager dienen. In den Zuständigkeitsbereich von Herrn Kalbfleisch fallen das Legal Department, Strategie und Kommunikation, in den von Herrn Jansen das Competition Department und die Finanzen der NMa und in den von Herrn Zijl die Energy und Transport Departments sowie Human Resources. Die **systematische Trennung** zwischen den Mitarbeitern des Competition Department und denjenigen des Legal Department einerseits, aber auch die totale Unabhängigkeit der beiden Departments in ihren Untersuchungs- und Instruktionshandlungen gegenüber dem Board wird denn auch mit dem Ausdruck „**Chinesische Mauern**“ umschrieben. Selbst wenn ein Mitglied des Competition Department eine Rechtsfrage ans Legal Department richtet, wird darauf geachtet, dass der Mitarbeiter, welcher Auskunft gibt, später nicht mit dem Fall betraut wird.

Das **Board** verfügt über ein **eigenes Sekretariat** mit drei administrativen Mitarbeitern sowie einem juristischen Mitarbeiter. Dieser unterstützt das Board abklärend und beratend in den rechtlichen Aspekten des Falls.

Die Überwachungs- und Untersuchungsbefugnisse der NMa sind mit denen der Europäischen Kommission vergleichbar, aber nicht immer identisch. Die NMa ist somit für die gesamte Durchsetzung verantwortlich. Sie kombiniert alle Funktionen, welche die Europäische Kommission nach dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht hat (Überwachung, Untersuchung, Anhörungen, Entscheidung). Zusätzlich war sie bis vor kurzem auch zwingende administrative Rekursinstanz (Überprüfung des eigenen Entscheids als Voraussetzung für eine Beschwerde an die Gerichte).

Das niederländische System wird von nationalen Spezialisten als **zeiteffizient** umschrieben. Es soll eine ausgewogene Würdigung der Beweise und eine konsequente Überprüfung der Fakten anhand des geltenden Rechts ermöglichen. Grosse Bedeutung kommt dabei einer klaren **Prioritätensetzung** durch das NMa zu. Eine Prioritätensetzung kennt das NMa gleich in zweifacher Hinsicht: Auf der Ebene der Gesamtbehörde bestimmt das Board die Agenda, was auch die Prioritäten umfasst. Das geschieht nach einer öffentlichen Konsultation und einer internen Diskussion. Auf der Fallebene setzt der Direktor des Competition Department die Prioritäten.

Die Machtfülle der NMA ist nicht ohne Kritik geblieben.⁴⁸ Dazu ist aber auch anzumerken, dass die NMa so aufgebaut ist, dass ihre Mitarbeiter der NMa klar nach Funktionen getrennt bleiben.

Die NMa-Mitarbeiter können zu Überwachungszwecken sämtliche Büroräumlichkeiten ohne vorgängige richterliche Bewilligung durchsuchen. Bei privaten Räumlichkeiten ist dies hingegen nur mit dem Einverständnis der Betroffenen erlaubt oder mit der Bewilligung des Untersuchungsmagistraten des District Court of Rotterdam.⁴⁹

Die NMa kann nicht über die zivilrechtlichen Aspekte eines Falles entscheiden. Aber Kläger in zivilrechtlichen Verfahren können sich direkt auf die Normen des Competition Act stützen. Die Verfahren vor der NMa und vor den Zivilgerichten laufen unabhängig voneinander, und niederländische Zivilgerichte behandeln Klagen normalerweise auch dann materiell, wenn die Rechtsstreitigkeit von der NMa (noch) nicht behandelt worden ist.⁵⁰

3. Frankreich

Der **Conseil de la Concurrence** entscheidet als Gesamtspruchbehörde, als Sektion oder als ständige Kommission. Die ständige Kommission setzt sich aus dem Präsidenten und den drei Vizepräsidenten zusammen. Zumeist tagt man in Sektionen, die aber nicht auf einen bestimmten Sektor spezialisiert sind. Diesen Sektionen steht jeweils ein Mitglied der ständigen Kommission vor. Damit ein Entschluss gültig gefasst werden kann, müssen bei der Gesamtspruchbehörde wenigstens 8 Mitglieder anwesend sein, bei einer Sektion oder ständigen Kommission wenigstens 3. Mindestens bei einem Mitglied muss es sich um eine Magistratsperson handeln.

Der Präsident verfügt über ein eigenes Kabinett („le service du président“) sowie über einen Kommunikationsdienst. Ihm unterstehen auch die administrativen Dienste wie etwa das HR Department.

Wenn der Conseil direkt vom Unternehmen oder von anderen Unternehmen angegangen wird, kann der rapporteur général den Fall einem rapporteur für die Untersuchung übergeben. Die rapporteurs sind dem rapporteur général und den rapporteurs généraux adjoints unterstellt. Diese können in ihren Untersuchungen auf die Dienste des Rechtsdienstes und des Wirtschaftsdienstes zurückgreifen.

⁴⁸ *Rein Wesseling*, Rapporteur für die Niederlande, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 412.

⁴⁹ *Rein Wesseling*, Rapporteur für die Niederlande, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 418, 424.

⁵⁰ *Rein Wesseling*, Rapporteur für die Niederlande, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 417.

Die Vorgenannten werden allesamt vom Wirtschaftsminister ernannt, wobei der Präsident des Conseil de la Concurrence ein Vorschlagsrecht hat. Der rapporteur général übt die Oberaufsicht über die rapporteurs aus und ist insbesondere für die Qualität der Untersuchungstätigkeit verantwortlich. In einem **kontradiktorischen Verfahren** entscheidet dann der Conseil über die Rechtssache.

Im Normalfall greift der rapporteur général für die Untersuchung aber auf die Mitarbeiter der DGCCRF zurück.

Mittels einer Gesetzesänderung (15. Mai 2001), die sich auf eine Rechtsprechung der *Cour de Cassation*⁵¹ stützte, wurde die Waffengleichheit dadurch verbessert, dass der rapporteur und der rapporteur général den Urteilsberatungen nicht mehr beiwohnen.

Die Untersuchung wird in der Regel von Funktionären der DGCCRF geführt, die Instruktion des Falls erfolgt durch die rapporteurs unter Aufsicht des rapporteur général, und der **Conseil de la Concurrence** (also das 17-köpfige Kollegium respektive eine Sektion davon) **entscheidet**.⁵² Das genaue Verhältnis zwischen Conseil (rapporteurs) und der DGCCRF ist in einer *Charte de coopération et d'objectifs* geregelt.⁵³ Die Funktionen sind somit klar getrennt.⁵⁴

An den Verhandlungen des Conseil plädiert auch der Commissaire du gouvernement, welcher vom Wirtschaftsminister bestimmt wird. Diese Funktion wird durch den Generaldirektor für Wettbewerb, Konsum und Betrugsbekämpfung ausgeübt. Der Generaldirektor präsentiert die Sicht der Regierung bezüglich der tatsächlichen und rechtlichen Punkte sowie mögliche Lösungsansätze. An der Entscheidungsberatung nimmt er aber nicht teil.

Die sektoriellen Regulierungsbehörden (z.B. Post, Energie Audiovisuelles) haben auch judizielle Befugnisse. Um widersprüchlichen Entscheiden zwischen diesen Behörden einerseits und dem Conseil andererseits vorzubeugen, sind gegenseitige Konsultationsverfahren vorgesehen.

⁵¹ Cass. Com., 5. Oktober 1999, JCP, 1999.II.10203, conclusion J. Sainte-Rose.

⁵² *Laurence Idot*, Rapporteur für Frankreich, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 168.

⁵³ *Charte de coopération et d'objectifs* du 28 janvier 2005, <http://www.conseil-concurrence.fr/doc/chartecooperation.pdf>, zuletzt besucht am 27. Juni 2008.

⁵⁴ Als weiteres Vergleichsland kann die Türkei erwähnt werden, wo mehrer Entscheide des Competition Board vom High Administrative Court annulliert wurden, weil Kommissionsmitglieder in Untersuchungen teilnahmen (vgl. *Model Law on Competition*, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislations, United Nations, New York and Geneva 2007, 75.)

4. Schweden und andere nordische Staaten

Die Systeme der **nordischen Länder** weichen in einigen Punkten markant vom im übrigen Europa üblichen institutionellen Rahmen ab. So kann die schwedische Wettbewerbsbehörde, ebenso wie die finnische und die dänische, keine Bussgeldentscheidungen treffen. In **Schweden** und in **Finnland** müssen die Wettbewerbsbehörden einen solchen Fall vor einem Gericht verfolgen: in Schweden vor dem Stockholm District Court (Stockholm tingsrätt, ein allgemeiner Zivil- und Kriminalgerichtshof erster Instanz), in Finnland vor dem spezialisierten Market Court. In **Dänemark** übergibt die Behörde den Fall dem Staatsanwalt („public prosecutor“). Lediglich in **Island** und in **Norwegen** haben die Wettbewerbsbehörden die Kompetenz, alle relevanten Entscheidungen selber zu treffen.

In **Dänemark** ist der Competition Council die Entscheidungsbehörde, mit Ausnahme der Bussgeldentscheidungen. Er trifft sich einmal im Monat. Unterbreitet werden ihm die Fälle von der Competition Authority, welche für das tägliche Management der Fälle verantwortlich ist. Weder Council noch Authority werden vom Ministerium beeinflusst.

Schweden kennt in der Wettbewerbsbehörde ein einstufiges System, in dem alle wichtigen Entscheide vom Generaldirektor getroffen werden. Die Behörde führt jeweils eine Vorabklärung durch, in welche die betroffenen Parteien dann einwilligen können, andernfalls geht das Verfahren vor die Gerichte. Die schwedische Behörde kann auch Untersuchungshandlungen vornehmen. Allerdings muss sie dazu ein Gesuch an den Stockholm District Court stellen, welcher abschliessend entscheidet.⁵⁵

Die schwedische Behörde wendet den Competition Act an, sie kann Unternehmen dazu anhalten, ein bestimmtes Verhalten einzustellen (inkl. Strafandrohung). Bei Verdacht auf sehr schwere Verletzungen kann sie auch vorsorgliche Massnahmen anordnen.⁵⁶ Die Behörde unterbreitet des Weiteren Gesetzesrevisionsvorschläge und ist für die allgemeine Bewusstseinsförderung betreffend wettbewerbsrechtlicher Aspekte verantwortlich („competition advocacy“).

Nach Ansicht schwedischer Experten sollte die Wettbewerbsbehörde neu strukturiert werden. Angedacht ist die Einführung eines zweistufigen Verfahrens mit einer Untersuchungsbehörde und einem Entscheidkörper, bestehend aus Juristen und Ökonomen. Die Behörde sollte alle Entscheide in Bezug auf den schwedischen Competition Act sowie die Artikel 81 und 82 EG treffen können. Der Rechtsmittelzug sollte zweistufig sein, wobei die Gerichte nur Vollzeitrichter beschäftigen sollten.

⁵⁵ *Fredrik Lindblom*, Rapporteur für Schweden, in: The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 557.

⁵⁶ *Fredrik Lindblom*, Rapporteur für Schweden, in: The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 557.

5. Weitere Staaten

Eine weltweite Tendenz geht dahin, dass die Tätigkeit von Wettbewerbsbehörden auf den Prinzipien des **fairen Verfahrens** und der **Transparenz** basieren muss.⁵⁷

In **Japan** wird grosser Wert auf den prozessualen Rechtsschutz der Parteien gelegt. Das Ermittlungsverfahren wird von der Ermittlungsabteilung durchgeführt. Die mündliche Verhandlung, welche im japanischen System eine grosse Rolle spielt, wird dann vom Amt des Leiters der mündlichen Verhandlung geführt, welches von der Ermittlungsabteilung organisatorisch getrennt ist. Dieses Amt wurde nach dem Vorbild der US-amerikanischen Administrative Law Judges eingeführt. Das mündliche Verfahren ist strikt **kontradiktorisch** und findet grundsätzlich öffentlich an mehreren Terminen statt.⁵⁸ Die wettbewerbsrechtliche Strafverfolgung wird der Staatsanwaltschaft übergeben. Auch hier besteht eine saubere rechtsstaatliche Vorgehensweise: Im wettbewerbsrechtlichen Verwaltungsverfahren steht den Parteien der Schutz vor Selbstbeziehung zwar nicht zu, dennoch werden sie im Strafverfahren geschützt. Dem Staatsanwalt werden nämlich die von der Behörde im Verwaltungsverfahren ermittelten Beweise nicht zur Verfügung gestellt.⁵⁹

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass das **deutsche Bundeskartellamt** nach einem rein **einstufigen System** funktioniert. Zuständig sind die Beschlussabteilungen, die sowohl ermitteln als auch entscheiden. Natürlich wird in diesem Verfahren das rechtliche Gehör gewährt, und es werden auch die weiteren rechtsstaatlichen Grundsätze eingehalten, so wie das vor jeder Verwaltungsbehörde der Fall ist. Im Grunde genommen werden also Entscheidungen der Beschlussabteilungen (und damit des Bundeskartellamtes) in gleicher Weise gefällt wie Entscheidungen einer Baubehörde über eine Baubewilligung. Dagegen kann Beschwerde an die Gerichte erhoben werden. Diese gerichtliche Kontrolle ist es, welche das Kartellverfahren insgesamt **EMRK-kompatibel** macht.

Entscheidende Bedeutung kommt dabei der Frage zu, ob eine Sanktion strafrechtlichen Charakter i.S.v. Art. 6 EMRK aufweist. Das ist anhand formaler Kriterien zu bestimmen.⁶⁰ Massgeblich ist zunächst, ob der fragliche Unrechtstatbestand in der **Rechtsordnung** des betreffenden Staates dem Strafrecht zugeordnet wird. Weiter sind **Art** und **Zweck** der Sanktion von Bedeutung. Als letztes Kriterium ist auf die **Schwere**

⁵⁷ Model Law on Competition, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislations, United Nations, New York and Geneva 2007, 68.

⁵⁸ *Michiyoshi Mishiro*, Die Annäherung des Wettbewerbsverfahrens an das Gerichtsverfahren, Berlin 2004, 323.

⁵⁹ *Michiyoshi Mishiro*, Die Annäherung des Wettbewerbsverfahrens an das Gerichtsverfahren, Berlin 2004, 122.

⁶⁰ EGMR, Urt. v. 23. November 1976, No. 5100/71, *Engel v. Niederlande* (EuGRZ 1976, 221 ff.).

der Sanktion abzustellen. Bei Auslegungszweifeln sind die genannten Kriterien gegeneinander abzuwägen. Im Blick auf die Funktion einer solchen Verwaltungssanktion spricht gegen die Zuordnung zum Strafrecht, dass mit ihr **keine sittlich-moralische Missbilligung** verbunden ist. Für eine strafrechtliche Qualifizierung spricht jedoch, dass klassische strafrechtliche **Ahndungs- und Abschreckungszwecke** verfolgt werden. Die Schwere der Sanktion legt ebenfalls eine strafrechtliche Verortung nahe. Um eine hohe Abschreckungswirkung zu erzielen, müssen die Sanktionen regelmässig hoch bemessen sein. Dabei ist zu beachten, dass auch relativ geringe Bussgelder als schwer gelten können. So nahm die Europäische Kommission für Menschenrechte bereits bei einer Sanktion von ca. 7.600 Euro strafrechtlichen Charakter an.⁶¹

Überträgt man das auf die Schweiz, so hätte eine auf der Grundlage des Art. 49a KG modellierte individuelle Sanktion aufgrund ihrer Funktion und Eingriffsintensität **strafrechtlichen Charakter** im Sinne des Art. 6 EMRK. Allerdings handelte es sich lediglich um einen strafrechtlichen Charakter im weiteren Sinne,⁶² weil die Sanktion kein sozialetisches Unwerturteil enthielte. Infolgedessen wären die Massstäbe des Art. 6 EMRK nur in abgeschwächter Form anwendbar.

Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verlangt, dass über die strafrechtliche Anklage ein **unabhängiges und unparteiisches Gericht** entscheiden muss. Die nach Art. 53 Abs. 1 KG zur Entscheidung über die Verhängung möglicher individueller Verwaltungssanktionen berufene WEKO weist jedoch die entsprechenden Merkmale nicht auf. Zwar ist sie gemäss Art. 19 Abs. 1 KG unabhängig und damit ähnlich wie ein Gericht keinen Weisungen übergeordneter Verwaltungseinheiten unterworfen. Aber es ist schon zu Interventionen gekommen. In jedem Fall fehlt die Unparteilichkeit, da die Untersuchungen gemäss Art. 53 Abs. 1 KG vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Präsidiumsmitglied der später entscheidungsbefugten WEKO geführt werden.⁶³ Die WEKO bietet auch äusserlich nicht den erforderlichen Anschein der Unabhängigkeit, da sie mit der Durchsetzung des KG schwergewichtig administrative Aufgaben erfüllt und sämtliche Mitglieder ihre Funktion lediglich nebenberuflich ausüben, wobei auch Interessenvertreter Einsitz haben.⁶⁴

Damit ist allerdings nicht gesagt, dass das Erfordernis eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts bereits auf der Ebene der Wettbewerbsbehörde erfüllt sein muss. Bei Sanktionen, die nicht dem Kernstrafrecht zuzurechnen sind und die trotz ihres

⁶¹ EKMR (1992), 14 E.H.H.R. 5090, *Société Stenuit v. France*.

⁶² *Wouter P. J. Wils*, Is Criminalization of EU Competition Law the Answer? European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels, 274.

⁶³ Anders *Astrid Waser*, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 141, für den Fall, dass das betreffende Mitglied der Wettbewerbskommission am weiteren Verfahren nicht mehr teilnehme. Eine solche Unabhängigkeit auf Basis einer gesetzlich nicht vorgeschriebenen Verwaltungspraxis dürfte den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK jedoch nicht genügen.

⁶⁴ Ähnlich *Yvo Hangartner*, in Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen (2004), 275.

strafrechtlichen Charakters ein überwiegend **verwaltungsrechtliches Gepräge** aufweisen, reicht es aus, wenn zunächst eine nicht den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechende Behörde zuständig ist, vorausgesetzt, dass deren Entscheidung vor einem **Gericht** i.S.d. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK angegriffen werden kann.⁶⁵ Diese Bedingung ist im Fall der Schweiz grundsätzlich erfüllt, da gemäss Art. 31 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG Beschwerde an das mit voller Kognition ausgestattete Bundesverwaltungsgericht möglich ist. Dagegen kann man nicht einwenden, beim Bundesverwaltungsgericht handle es sich (im Gegensatz zur alten Rekurskommission) nicht um ein spezialisiertes Wettbewerbsgericht. Zum einen stellt auch das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, dem erstinstanzlich die Kontrolle von Entscheidungen der Europäischen Kommission obliegt, kein Spezialgericht dar.⁶⁶ Solange die gerichtliche Kontrolle in der Gemeinschaft als mit Art. 6 Abs. 1 EMRK kompatibel angesehen wird, darf man annehmen, dass das auch für die Schweiz gilt. Zum anderen muss man dem Bundesverwaltungsgericht Zeit geben, um eine tragfähige Fallpraxis zu entwickeln. Damit ist nicht gesagt, dass bei der Bestellung der Bundesverwaltungsrichter nicht auf eine Spezialisierung im Wettbewerbsrecht geachtet werden sollte.

C. Zusammenarbeit mit den europäischen Institutionen

I. Schweiz

Dass sich die Schweiz 1995 trotz des EWR-Neins und trotz einer nicht unproblematischen Verfassungslage aus eigener Kraft ein modernes Kartellgesetz gegeben hat, ist bemerkenswert.⁶⁷ Trotzdem macht sich der fehlende supranationale Druck, der eine Folge des Abseitsstehens des Landes von EU und EWR ist, bemerkbar.

Erstens ist er wohl ein Grund dafür, dass wichtige Reformen **verspätet** angegangen werden. Erst seit der Teilreform des KG von 2003 hat die WEKO die Kompetenz, **Direktsanktionen** zu verhängen. **Grosse Kartelle** und **Submissionsabsprache-systeme** wurden erst spät zerschlagen (oder sie implodierten). **Hausdurchsuchungen**, die im europäischen Binnenmarkt schon lange üblich sind,

⁶⁵ EGMR, Urt. v. 23. Juni 1981, No. 6878/75, *Le Compte, Van Leuven und De Meyere v Belgien* Serie A, Nr. 43, § 51; Urt. 21. Februar 1984, **NO** 8544/79, *Öztürk v Germany*, Serie A, Nr. 83, § 56; Urt. v. 24. Februar 1994, No. 46 12547/86, *Bendenoun v France*, Serie A, Nr. 284, § 46.

⁶⁶ Vgl. dazu *Bo Vesterdorf*, Judicial Review in EU and US Antitrust Law – Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement, *Competition Policy International*, 1 (2005), No. 2; *Carl Baudenbacher*, Concentration of Preliminary Reference at the ECJ or Transfer to the High Court/CFI: Some Remarks on Competition Law, in: Ingolf Pernice/Juliane Kokott/Cheryl Sanders (eds.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Baden-Baden 2006, 267 ff.; *Carl Baudenbacher/Dirk Buschle*, Proceedings Before the European Courts in Competition and State Aid Cases, in: Günther Hirsch/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker, General Editors, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, 1st edition, London 2008, 6-1-015.

⁶⁷ Vgl. *Carl Baudenbacher*, Kartellrechtsreform 2001 - Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga 1995 nun die Qualifikation für die Champions League?, *Festschrift für Franz Jaeger*, Chur 2001.

wären in der Schweiz seit dem Erlass des KG 1995 möglich gewesen. Es kam aber nie zu einem solchen Vorgehen. Erst mit der KG-Reform 2003 wurde eine klare Rechtsgrundlage für Hausdurchsuchungen im KG geschaffen. Daraufhin entfaltete die Kommission bzw. das Sekretariat eine entsprechende Aktivität.

Zweitens wird man anzunehmen haben, dass der fehlende supranationale Druck dazu beigetragen hat, dass die WEKO bis auf den heutigen Tag als **Milizbehörde** aufgebaut ist, mit allen Konsequenzen, welche diese Situation für die materiellrechtliche Anwendung des KG hat.

Drittens fehlt der supranationale Druck in der ganz **normalen Anwendung** des KG. Von besonderer Bedeutung ist, dass die WEKO vom wichtigsten supranationalen Netzwerk in Europa ausgeschlossen ist: dem **European Competition Network (ECN)**, das im Zuge der Modernisierung der Wettbewerbspolitik geschaffen wurde. Das ECN steht, zumindest aktuell, nur der Europäischen Kommission, welche die Agenda bestimmt, den Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedstaaten, der EFTA Surveillance Authority (ESA) und – in beschränktem Umfang – den Wettbewerbsbehörden der EWR/EFTA-Staaten offen. Es ist das einzige Netzwerk, welches einen **formellen, substantiellen Austausch** gewährleistet. Aufgrund ihrer Nichtmitgliedschaft ist die WEKO nicht nur von wichtigen Informationen abgeschnitten. Sie ist in Fällen, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung neben der Schweiz Mitgliedstaaten der EU oder der EWR/EFTA betrifft, auch von der **Kooperation** ausgeschlossen.

Das aus der Sicht vieler EU-Staaten und insbesondere der EWR/EFTA- Staaten ebenfalls wichtige Netzwerk **European Competition Authorities (ECA)** wurde in Amsterdam 2001 als Diskussionsforum der EWR-Wettbewerbsbehörden gegründet (Wettbewerbsbehörden der EU- und EWR/EFTA Staaten, Europäische Kommission, ESA). Das ECA soll die effektive Durchsetzung und Kooperation dieser Behörden verstärken. Teil der Zusammenarbeit sind Sitzungen, working groups sowie Informations- und Wissensaustausch. Hier bestimmen die Mitgliedstaaten die Agenda. Die Europäische Kommission und ESA haben Beobachterstatus. ECA steht der Schweiz als Nicht-EWR-Staat eigentlich nicht offen. Der Präsident der WEKO wird jedoch zu den informellen, jährlich stattfindenden Meetings eingeladen.⁶⁸

Viertens fehlt den Schweizer Gerichten trotz zunehmender Konvergenz des hiesigen Wettbewerbsrechts mit dem europäischen die Möglichkeit der **Vorlage an einen der Gerichtshöfe in Luxemburg**. Diesen Umstand hat das Bundesgericht in einem anderen Rechtsgebiet, in dem eine mit dem Gemeinschaftsrecht homogene Auslegung anzustreben ist – der Personenfreizügigkeit –, durchaus notiert.⁶⁹

⁶⁸ *Walter Stoffel*, Swiss Competition Law: Where from and where to?, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf/Zürich/ Basel 2008, 688, Rz. 47.

⁶⁹ BGE 132 V 423, Erw. 9.1: "Preliminarmente è giusto ricordare, come fa notare l'UFAS, che le autorità giudiziarie elvetiche non dispongono, ai fini interpretativi e applicativi dell'ALC come pure degli atti comunitari cui è fatto riferimento, della possibilità di un rinvio pregiudiziale alla CGCE ai sensi dell'art.

Die **grenzüberschreitende Kooperation** der Schweizer Behörden in Europa ist sehr beschränkt. Mit der EG hat die Schweiz zwei bilaterale Abkommen geschlossen, welche den Wettbewerb betreffen. Zunächst enthält das Freihandelsabkommen (FHA) von 1972⁷⁰ Wettbewerbsvorschriften. Es handelt sich aber primär um eine handelspolitische Regelung. Bei unzulässigen Wettbewerbseinschränkungen sieht Art. 29 vor, dass ein Gemischter Ausschuss eine Lösung suchen soll. Ein Kooperationselement fehlt jedoch im FHA. Hingegen ist die Schweiz im Rahmen des 1999 mit der EG abgeschlossenen **Luftverkehrsabkommens**⁷¹ eine weitgehende Zusammenarbeit eingegangen, in welcher auf Grund der Kräfteverhältnisse die europäischen Institutionen dominieren. Die den Artikeln 81 und 82 EG entsprechenden Regeln werden zum Grossteil von den europäischen Institutionen angewandt (Art. 11) und die Auslegung ist dynamisch (Art. 1[2]). Art. 42a KG setzt die Kooperationsverpflichtung auf der Seite der Schweiz um.

Im Übrigen verfügt die Schweiz über **keine substantiellen Kooperationsabkommen**. Eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit der WEKO und des SECO ist nur im Zusammenhang mit den freiwilligen Empfehlungen der OECD⁷², im informellen globalen Netzwerk ICN, wo sich Schweizer Akteure erfolgreich in Szene setzen, in der UNCTAD und der WTO vorgesehen.⁷³ Das ICN arbeitet allerdings nicht fallbezogen.

Mit der EU, dem wichtigsten Handels- und politischen Partner, besteht kein Kooperationsabkommen. Eine allfällige „spontane“ Kooperation von Unternehmen ohne klare gesetzliche Grundlage kann unter **Strafandrohung** verboten sein. Art. 271 StGB (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat) und Art. 273 StGB (wirtschaftlicher Nachrichtendienst) sind in diesem Zusammenhang zu beachten. Im Fall *Stanley Adams*

234 CE. Il rinvio pregiudiziale è uno strumento di cooperazione giudiziaria che mira a garantire l'applicazione uniforme del diritto comunitario senza pregiudicare l'autonomia di cui godono le giurisdizioni nazionali. La Corte di giustizia si limita a rispondere alle questioni d'interpretazione del diritto comunitario che le vengono sottoposte dai giudici nazionali, mentre questi ultimi rimangono i soli competenti a statuire sul merito tenendo conto delle circostanze di fatto e di diritto delle vertenze in esame ([DTF 130 II 120](#) consid. 6.1 con riferimenti). I tribunali svizzeri non sono pertanto abilitati a sottoporre alla CGCE una domanda concernente l'applicazione del trattato sulla quale poi la Corte di giustizia possa pronunciarsi in maniera pregiudiziale. Tale possibilità (che per le giurisdizioni di ultima istanza può addirittura assurgere ad obbligo: art. 234 cpv. 3 CE), è per contro data alle autorità degli Stati membri dell'UE (Bieber/Mainai, Précis de droit européen, Berna 2004, pag. 357). Confrontato a un problema d'interpretazione, il giudice svizzero deve pertanto risolverlo da solo orientandosi alle regole interpretative usuali di cui alla Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati (RS 0.111; [DTF 130 II 121](#) consid. 6.1 con riferimenti)."

⁷⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972, SR 0.632.401.

⁷¹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68.

⁷² Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member States on Anticompetitive Practices affecting International Trade (1995) and Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels (1998).

⁷³ The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Switzerland, OECD 2006, 26.

hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass das Freihandelsabkommen Schweiz – EG der Anwendung der **Strafbestimmungen nicht entgegen steht**. Gestützt darauf hat es die Verurteilung von Adams durch die Basler Gerichte zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 1 Jahr und zu 5 Jahren Landesverweisung bestätigt.⁷⁴ Im Fall *Adams* ging es um den Mitarbeiter eines Schweizer Unternehmens. Ob die Vorschrift auch auf Mitarbeiter von Behörden Anwendung findet, ist nicht klar. Es gibt aber Gründe, welche dafür sprechen. Dem Kommentar von *Rehberg* zufolge umfasst der Schutzzweck von Art. 273 StGB u.a. die „Erhaltung der nationalen Wirtschaft“.⁷⁵ *Adams* hatte u.a. geltend gemacht, „Zweck von Art. 273 StGB sei nach der Entstehungsgeschichte die Schaffung eines wirksamen Schutzes der Eidgenossenschaft und ihrer Rechtsunterworfenen gegenüber ausländischen totalitären Staaten“. Dem hielt das Bundesgericht entgegen, die Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Art. 273 StGB gehe fehl. Ihr komme gegenüber dem klaren Wortlaut, nach dem es auf solche Verhältnisse nicht ankommt, keine Bedeutung zu.⁷⁶ Da das Urteil des Bundesgerichts mehrere Jahrzehnte zurückliegt, mag man sich die Frage stellen, ob es heute noch als **Präjudiz** anzusehen ist. Am 11. St. Galler Internationalen Kartellrechtsforum ist das Problem im Jahre 2004 diskutiert worden. Der Richter und heutige Kammerpräsident am Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften Dr. *Josef Azizi* hat dazu folgendes ausgeführt: „Es ist kein Geheimnis, dass wir derzeit etliche Verfahren anhängig haben, die auch Unternehmen mit Sitz in der Schweiz involvieren. Und es ist bekannt, dass das Gericht das Recht hat, ebenso wie die Kommission nach Gemeinschaftsrecht Zeugen einzuvernehmen. Habe ich das recht in Erinnerung, dass es vor ein paar Jahren in der Schweiz noch eine strafrechtliche Bestimmung gegeben hat, wonach solche Zeugenaussagen mit gerichtlicher Strafe bedroht waren, wenn sie vor einem Gemeinschaftsorgan getätigt wurden und die Gefahr damit verbunden war, dass die wirtschaftlichen Interessen der Schweiz gefährdet würden, oder habe ich das falsch in Erinnerung?“ Botschafter Dr. *Marino Baldi*, Rechtsberater der EFTA und Mitglied der WEKO antwortete mit einem Hinweis auf die Art. 271 und 273 StGB, vertrat aber die Auffassung, die damalige extensive Auslegung durch das Bundesgericht sei heute aufgrund veränderter Verhältnisse, insbesondere weil der Kalte Krieg zu Ende sei und sich die Kartellgesetze im europäischen Kontext stark angeglichen hätten, nicht mehr aktuell. Richter *Azizi* fragte darauf: „Habe ich das recht in Erinnerung, dass es tatsächlich eine strafgerichtliche Verurteilung gegeben hat wegen einer konkreten Aussage vor der Kommission in einem Kartellverfahren? Eine Aussage, die sich nicht in der Schweiz abgespielt hat, sondern in der Gemeinschaft?“ Botschafter *Baldi* antwortete: „Die hat es gegeben in der 1970er Jahren aufgrund von Aussagen eines Einzelnen aus der Schweiz.“ Dr. *Azizi* fragte

⁷⁴ BGE 104 IV 175, E. 2c.

⁷⁵ *Jörg Rehberg*, StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 1999, Art. 273; ebenso die aktuelle Ausgabe dieser Kommentierung von *Flachsmann/Hug/Maurer/Weder*, hrsg. von Andreas Donatsch, Zürich 2006, Art. 273.

⁷⁶ BGE 104 IV 175, E. 2 und 2a; vgl. auch *Julia Xoudis*, Rapporteur für die Schweiz, in: The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 582.

weiter: „Also Sie meinen, diese Gefahr bestünde einfach deswegen nicht mehr, weil sich die materielle Rechtsauffassung in der gerichtlichen Praxis angeglichen hätte, aber die gesetzlich vorgesehene strafrechtliche Sanktion ist doch an sich nach wie vor dieselbe geblieben.“ Worauf Herr *Baldi* entgegnete: „Ich glaube nicht, dass die betreffende Strafnorm in einem ähnlichen Fall heute noch gleich ausgelegt würde. Sicher gebannt wäre die Gefahr, wenn ein Zusammenarbeitsabkommen mit der EU vorläge.“ Der damalige Direktor des Sekretariats der WEKO, *Rolf Dähler*, bemerkte abschliessend, dass die Auslegung des Bundesgerichts damals falsch war und heute undenkbar wäre.⁷⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung hatten alle drei Votanten recht. Das Bundesgericht würde heute kaum mehr so entscheiden, aber das StGB ist in diesem Punkt unverändert, und **Rechtssicherheit besteht nicht**.⁷⁸

Umgekehrt hat auch die Schweiz die Erfahrung gemacht, dass sie notwendige Informationen aufgrund von **Vertraulichkeitsvorschriften der Europäischen Kommission** nicht erhält. So war ihr Bestreben, 1997 im Gemischten Ausschuss nach dem Freihandelsabkommen gewisse Informationen im Fall *Volkswagen* zu erhalten, erfolglos.⁷⁹ Mit Ausnahme des Luftverkehrsbereichs bekommen die Schweizer Behörden von ausländischen Behörden damit keine vertraulichen Informationen und Dokumente und dürfen keine solchen liefern. In der Praxis muss die Behörde also um das Einverständnis der involvierten Parteien ersuchen, welche im Normalfall einen solchen *waiver letter* nicht erteilen werden, es sei denn, sie hätten ein konkretes Interesse daran.⁸⁰ Diesfalls wird regelmässig sogar der *Case handler* des Unternehmens angegeben. Aber damit sind die Probleme im Zusammenhang mit Art. 271 und 273 StGB nicht gelöst.

Schweizer Anwälte, welche mit der Europäischen Kommission zu tun haben, fragen sich mitunter, warum sie dort trotz Fehlens eines Kooperationsabkommens Mitarbeiter des Sekretariats der WEKO treffen. Tatsächlich entsendet das Sekretariat einzelne Mitarbeiter als **Praktikanten zur Europäischen Kommission**, damit diese dort im europäischen Kontext berufliche Erfahrung sammeln können. Zum Teil sind Schweizer bei der Generaldirektion Wettbewerb auch in höheren Funktionen tätig gewesen. Diese Praktika gehen auf ein Angebot der EU zurück. Sie betreffen nicht nur die Generaldirektion Wettbewerb. Faktisch können Schweizer Bürger nur dann ein Praktikum bei der Kommission absolvieren, wenn sie von einer offiziellen Stelle entsandt werden.

⁷⁷ Vgl. Diskussion: Kernelemente der Schweizer Kartellrechtsrevision im Lichte des EG-Rechts, in: *Carl Baudenbacher*, Hrsg., Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Elfte St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004, Basel/Genf/München 2005, 420 f.

⁷⁸ Vgl. dazu auch *Walter Stoffel*, Die schweizerische Wettbewerbspolitik im internationalen Kontext, in Roger Zäch, Hrsg., Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, 1, 16 ff.

⁷⁹ *Benoit Merkt*, Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, Bern 2000, 283.

⁸⁰ Bei Fusionskontrollverfahren etwa kann eine Partei ein Interesse haben, den *waiver letter* zu erteilen, damit das Verfahren dadurch etwas beschleunigt wird.

II. Niederlande

Niederländische Experten gehen davon aus, dass die NMa ohne den Druck der EG **nicht als unabhängige Behörde existieren würde**. Eher wäre sie wohl Teil des Wirtschaftsministeriums oder würde als solche gar nicht bestehen. Der Gesetzgeber hat sich auch materiell sehr stark am EU-Recht orientiert (Konvergenz und Subsidiarität).

Die Bedeutung des **European Competition Network** (ECN) wird in den Niederlanden als sehr hoch eingeschätzt, es gilt als das wichtigste Netzwerk für Informationsaustausch und Kooperation. Die NMa nimmt aktiv in den ECN advisory committees and task forces teil. Auch am Netzwerk der European Competition Authorities (ECA), der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) und dem International Competition Network (ICN), die allesamt Informationsaustausch, Kooperation und *Best Practice*-Erarbeitung ermöglichen, nehmen die Niederlande teil. Die gesetzliche Grundlage für eine allfällige Kooperation mit Schweizer Wettbewerbsbehörden wären die Artikel 90 und 91 Mw. Sie ermöglichen dem NMa, Informationen mit zuständigen ausländischen Wettbewerbsbehörden auszutauschen. Innerhalb des ECN beruht der Austausch auf den Verordnungen 1/2003 und 139/2004.

Artikel 90 Mw bestimmt, dass die NMa **Informationen**, die ihr zugehen, grundsätzlich nur für die Anwendung des Competition Act benutzen kann. Nach Artikel 91 Mw können einer ausländischen Wettbewerbsbehörde Informationen geliefert werden, welche für diese Behörde von Bedeutung sein könnten, falls die Weitergabe nach Ansicht des Generaldirektors auch im Interesse der niederländischen Wirtschaft liegt. Gebunden ist die Kooperation an zwei Bedingungen: die Vertraulichkeit der Information muss genügend gewährleistet sein und es muss in hinreichender Weise zugesichert werden, dass die Informationen nicht zu anderen Zwecken verwendet werden.

Ein Beispiel, in welchem die NMa Informationen an das **deutsche Bundeskartellamt** lieferte, ist der *North Sea Shrimp* Fall.⁸¹ Die NMa hatte die Parteien vorab von ihrer Absicht des Informationsaustauschs informiert und gab ihnen somit die Gelegenheit, sich dagegen rechtlich zu wehren.

III. Frankreich

In Frankreich hat das Gesetz NRE vom 15. Mai 2001 eine Vorschrift eingeführt, welche die Grundlage für die **Kooperation** des Conseil de la Concurrence mit ausländischen Stellen bildet (Artikel 462-9 Code de Commerce). Der Conseil kann Informationen und Dokumente liefern und nutzen sowie Untersuchungen durchführen, falls die Reziprozität mit der betreffenden Behörde gegeben ist und falls diese mindestens gleichwertigen Vertraulichkeitsregeln unterworfen ist. Dennoch kann die Kooperation

⁸¹ Entscheidung NMa-2269 vom 14. Januar 2003 ("Garnalen").

abgelehnt werden, falls dadurch der ordre public gefährdet und der Grundsatz *ne bis in idem* bei einer beteiligten Partei verletzt würde.

Durch die Umsetzung der Verordnung 1/2003 hat sich in Frankreich nichts Wesentliches geändert. Die Aufgabenteilung blieb bestehen, und sowohl der Conseil de la Concurrence als auch die DGCCRF nehmen am ECN teil.⁸²

IV. Schweden

Auch in Schweden wird die Bedeutung des **ECN** als sehr wichtig eingeschätzt.⁸³ Experten haben die Vermutung geäußert, ohne EU-Mitgliedschaft würde sich die Zusammenarbeit wohl fast ausschliesslich auf die nordische Dimension konzentrieren.

Die schwedische Behörde kann für eine ausländische Behörde Anweisungen in Schweden vornehmen, um die letztere in ihren Untersuchungen zu unterstützen (z.B. eine Person vorladen). Für Untersuchungshandlungen vor Ort braucht die Behörde allerdings eine Bewilligung vom Stockholm District Court. Diese Zusammenarbeit kann nur dann erfolgen, wenn der betreffende Staat ein Rechtshilfeabkommen im Wettbewerbsrecht mit Schweden geschlossen hat. Bis heute trifft dies nur auf **Dänemark, Norwegen und Island** zu.⁸⁴

D. Abweichungen

I. Grundsätzliches

Das Modell der Rechtsdurchsetzung, für das sich die Schweiz 1995 und 2003 entschieden hat, entspricht dem in Kontinentaleuropa vorherrschenden. Einige der vorstehend besprochenen Staaten haben Elemente des eingangs erwähnten U.S.-amerikanischen Systems übernommen, bei dem die Wettbewerbsbehörde ermittelt und dann **Antrag an ein Gericht** stellt. Ein Wechsel zu diesem System ist für die Schweiz schon deshalb **nicht ratsam**, weil er der vom Gesetzgeber gewollten grundsätzlichen Orientierung am Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft zuwiderliefe. Es geht darum, auf dem eingeschlagenen Weg fortzufahren. Bei den Unterschieden, die insoweit bestehen, handelt es sich nicht um Abweichungen, welche ein Nachdenken über Alternativen rechtfertigen.

⁸² *Laurence Idot*, Rapporteur für Frankreich, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 168.

⁸³ Schwedischer Bericht an den XXIII FIDE Kongress in Linz.

⁸⁴ *Fredrik Lindblom*, Rapporteur für Schweden, in: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge University Press 2004, 558.

II. Zusammensetzung und Tätigkeit der WEKO

Viele Aspekte des schweizerischen institutionellen Setting sind von der OECD scharf kritisiert worden.⁸⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung ist v.a. folgendes festzuhalten:

(1) Mit ihrer **Grösse** und **Zusammensetzung** weicht die Schweizer Wettbewerbskommission in zweierlei Hinsicht von der internationalen *Best Practice* ab, die in Richtung schlanke und professionelle Strukturen und damit schlagkräftige Behörden geht. Zum einen ist sie viel **zu gross**. Zum anderen ist eine Behörde, in der nicht einmal der Präsident eine Vollzeitstelle hat, den Aufgaben eines modernen Wettbewerbsrechts nicht gewachsen. In allen untersuchten Rechtsordnungen (und darüber hinaus) bestehen **professionelle Wettbewerbsämter**. In Frankreich arbeiten zumindest die wichtigsten Entscheidungsträger vollzeitlich. Die Tatsache, dass die WEKO-Mitglieder keine Vollzeitstellen haben, wirkt sich in vielerlei Hinsicht negativ aus. Die befragten RechtsanwältInnen bemängeln fehlende Vorbereitung und – bei den Verbandsvertretern – fehlende Unabhängigkeit. Hinzu kommt das Wissens- und Machtgefälle zwischen dem vollamtlich arbeitenden Sekretariat und der nebenamtlich tätigen WEKO.⁸⁶ Es gibt eine interessante Parallele zu dieser Situation. Die Richter des **Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs** waren bis zum Inkrafttreten des 11. Protokolls zur EMRK nur zu 25 % angestellt und versammelten sich demzufolge nur während einer Woche im Monat. Die Kanzlei des Gerichtshofs war aber vollzeitlich tätig. Auch hier entstand notgedrungen ein Wissens- und Machtgefälle zuungunsten der Richter. Seit 1998 besteht aufgrund von Protokoll 11 ein neuer, ständiger Europäischer Menschenrechtsgerichtshof, dessen Richter vollzeitlich tätig sind.

(2) Der Milizcharakter der WEKO führt notgedrungen zur Ausstandsproblematik. Darauf, dass für die Verbandsvertreter bloss eingeschränkte Ausstandsregeln gelten, wurde oben hingewiesen. Fast noch gravierender ist aber der Umstand, dass auch **unabhängige Mitglieder** wegen ihrer anderweitigen Tätigkeit in wichtigen Fällen in den Ausstand zu treten haben. Das bedeutet nämlich, dass in solchen Fällen Sachverstand verloren geht. Und vollends unhaltbar ist die Tatsache, dass Mitglieder der WEKO beim **Erlass von Bekanntmachungen** auch (und offenbar gerade) dann nicht in Ausstand treten, wenn sie ein besonderes Interesse an bestimmten Fragen haben.

(3) Kritisiert wird, dass einzelne Mitglieder der WEKO teilweise nicht an allen **Beweisaufnahmen** (insbesondere an den Hearings) beziehungsweise **Kommissions-**

⁸⁵ The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Switzerland, OECD 2006, 18 ff.

⁸⁶ Das scheint auch in der Öffentlichkeit da und dort zu Verwirrung zu führen. Ein Interview des „Tagesanzeigers“ vom 3. Januar 2007 mit dem **Direktor des Sekretariats** der WEKO war mit dem Titel überschrieben: „Die Weko hat weniger Geld zur Verfügung“ - Nach 90 Tagen zieht der neue Chef der Wettbewerbsbehörde eine erste Bilanz“.

sitzungen teilnehmen. Das führt dazu, dass nicht alle Mitglieder des Spruchkörpers gestützt auf dieselben Grundlagen entscheiden. Unter dem Aspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist das fragwürdig.

(4) Auch mit der Einsitznahme von **Verbandsvertretern** in der WEKO weicht die Schweiz vom internationalen Trend der Professionalisierung ab. Insoweit ist zu beachten, dass die WEKO über sensible Informationen betreffend Unternehmen und Märkte verfügt. Des weiteren ist festzuhalten, dass eine „**Professorialisierung**“ nicht gleichbedeutend sein muss mit Professionalisierung. Praktiker machen geltend, dass die Interessenvertreter in der Tendenz besser vorbereitet sind als manche Professoren.

(5) Da offene Stellen nicht ausgeschrieben werden, erfolgt die **Wahl** der Mitglieder der WEKO zu sehr nach dem Zufallsprinzip. Ein Beleg dafür ist nicht zuletzt das Erstaunen, das mitunter in Fachkreisen über gewisse Bestellungen herrscht.

(6) **Einflussnahmen der Politik**, egal ob von seiten des EVD oder des Parlaments, die offenbar in der jüngeren Vergangenheit in der Landwirtschaft mehrfach vorgekommen sind, vertragen sich nicht mit der Unabhängigkeit der WEKO. In ausländischen Rechtsordnungen wurden Vorkehrungen getroffen, um solche Interventionen zu unterbinden.

(7) Teil der ungenügenden Rahmenbedingungen ist der Umstand, dass die WEKO **keinen eigenen Budgetposten** hat. Die administrative Angliederung an das EVD bedeutet, dass jeder Franken, welcher der WEKO zugutekommt, dem EVD verloren geht. Hinzu kommt, dass alle Einnahmen aus Gebühren, Beratungen und Sanktionen direkt in die Staatskasse fließen.

Auch dass die WEKO nicht das Recht hat, den **Direktor** zu ernennen, ist suboptimal.

(8) Das Verhältnis von WEKO und Sekretariat muss grundsätzlich überdacht werden. Es entspricht nicht dem, was in modernen Wettbewerbsgesetzen bezüglich der Relation von **Untersuchungs- und Entscheidungsebene** üblich ist. Das gegenwärtig in der Schweiz praktizierte System ist weder Fisch noch Vogel. Der Einfluss des Sekretariats auf die Kommission widerspricht dem Prinzip der Waffengleichheit und dem Unmittelbarkeitsprinzip. Grundsätzlich gibt es für die Definition des Verhältnisses zwischen untersuchender zur entscheidender Ebene zwei Modelle, ein einstufiges und ein zweistufiges. Entscheidend ist, dass Klarheit geschaffen und eine Entscheidung für den einen oder anderen Ansatz getroffen wird.

(9) Als unbefriedigend ist auch die Politik zu bezeichnen, Beschwerdeführer im Zweifel auf den **Zivilweg zu verweisen**. Beschwerdeführer agieren häufig auch als Funktionäre der Gesamtrechtsordnung. Die private Rechtsdurchsetzung kann allenfalls

eine Ergänzung der verwaltungsrechtlichen darstellen, wobei die rechtlichen Rahmenbedingungen *de lege lata* unzulänglich sind.⁸⁷

(10) **Kontraproduktiv** ist der Hang des Sekretariats und der WEKO zu **einvernehmlichen Regelungen**. Einvernehmliche Regelungen sind zwar effizient, aber sie sollten a priori nur dort angestrebt werden, wo bereits Leitentscheidungen bestehen. Besonders problematisch ist das Forcieren einvernehmlicher Regelungen dort, wo ein allfälliges Weiterziehen des Falles vermieden werden soll. Kritisiert wird sodann, dass gütliche Einigungen angestrebt werden, bevor ein Fall kartellrechtlich bis zur Entscheidungsreife geprüft ist (obwohl aus Art. 29 Abs. 1 KG folgt, dass das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung erstellt sein muss, bevor sie einvernehmlich beseitigt werden kann) und dass einvernehmliche Regelungen, die durch das Sekretariat herbeigeführt werden, kaum publik gemacht werden.

III. Folgen des europapolitischen Alleingangs der Schweiz

Aufgrund der fehlenden EU- bzw. EWR-Mitgliedschaft besteht in der schweizerischen Wettbewerbspolitik kein supranationaler Druck. Reformen werden daher tendenziell später in Angriff genommen als in den führenden EU/EWR-Staaten. Das ist v.a. deshalb kritisch, weil das KG nach dem ausdrücklichen Willen seiner Väter soweit wie möglich eine **Blaupause des Gemeinschaftskartellrechts** sein soll. Die **Schlüsselbegriffe und –konzepte** wurden bewusst aus dem **Gemeinschaftsrecht** übernommen, da man sich im Klaren darüber war, dass die Ressourcen zum Aufbau einer eigenen Wettbewerbspolitik kaum ausreichen würden. Überdies bleiben der WEKO die Türen zum wichtigsten Kooperationsabkommen, dem ECN, verschlossen. Ein Austausch von Material und Information ist weder in der einen noch in der anderen Richtung möglich. Eine Rechtsgrundlage für die Entsendung von Mitarbeitern der WEKO zur Brüsseler Kommission fehlt.

E. Handlungsempfehlungen

I. Zusammensetzung und Tätigkeit der WEKO

(1) Nach Bekundung aller Befragten muss die WEKO erheblich verkleinert und professionalisiert werden. Der Verfasser teilt diese Meinung. Häufig werden **5 Mitglieder** als ideal bezeichnet. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre eine Kommission mit **3 Mitgliedern** ohne weiteres denkbar. Die Anzahl wird auch davon abhängen, ob sich die Politik für eine vollamtliche Behörde entscheidet oder ob ihr auch nebenamtliche Mitglieder angehören sollen. Allerdings sollte kein Mitglied weniger als eine Halbzeitstelle haben. Dem Verfasser ist bekannt, dass es bereits bei der grossen Reform des KG im Jahre 1995 konkrete Pläne zur Schaffung einer kleinen,

⁸⁷ Vgl. unten, Teil 4.

schlagkräftigen Wettbewerbskommission gegeben hat. Diese Pläne sind am Widerstand interessierter Kreise gescheitert. Nun ist es an der Zeit, sie zu realisieren.

(2) Das **Präsidium** sollte unter allen Umständen als **Vollamt** ausgestaltet werden. Der Verfasser plädiert sodann dafür, dass auch die einfachen Mitglieder vollzeitlich angestellt werden sollten. Eine Professionalisierung ist nur dann zu erreichen, wenn man sich täglich mit der (komplexen) Materie befasst. Bei Nebenämtern, auch wenn sie nur einfache Mitglieder betreffen, besteht überdies die Gefahr, dass der anspruchsvollen Aufgabe nicht mit aller Konsequenz und im notwendigen Umfang nachgegangen werden kann. Wesentliche Bedeutung wird die **Bestellung des Präsidiums** haben. Der Präsident/die Präsidentin muss eine Persönlichkeit mit nationalem Ansehen und internationalem Profil sein, welche der Behörde ein Gesicht nach aussen gibt und in der Lage ist, in der internationalen Kooperation Akzente zu setzen. Dabei ist die **italienische Regelung** im Auge zu behalten, nach der eine Person zu wählen ist, die für ihre Unabhängigkeit bekannt ist und bereits ein hohes öffentliches Amt innehatte. In Italien hat man damit gute Erfahrungen gemacht.

(3) Alle befragten Praktiker sprechen sich gegen eine Einsitznahme von Verbandsvertretern in der WEKO aus. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es Zeit, das Institut der **Interessenvertreter abzuschaffen**. Verbandsvertreter sind strukturell nicht in einer Position, in voller Unabhängigkeit zu entscheiden. Sie befinden sich *per definitionem* in einem **permanenten Interessenkonflikt**. Dabei spielt die (tatsächliche oder vermeintliche) Erwartungshaltung ihres Verbandes ebenso eine Rolle wie die Tatsache, dass sie von ihrem Verband remuneriert werden. Nur schon der **Anschein der Befangenheit** von Mitgliedern der WEKO macht deren Entscheide, welche wohlgerne auch Sanktionen umfassen, unter rechtsstaatlichen Prinzipien angreifbar. Der Ordnung halber ist schliesslich festzuhalten, dass die WEKO für den Fall, dass sie in einem konkreten Fall tatsächlich nicht über das erforderliche Know-how verfügen sollte, jederzeit **unabhängige Experten** heranziehen könnte. Das ist im übrigen bereits heute der Fall (vgl. Art. 19 KG). Die OECD empfiehlt eine WEKO ohne Interessenvertreter.⁸⁸ Die in der Vergangenheit ins Feld geführten Gründe dafür, dass die Vertretung der Verbände sinnvoll, ja unabdingbar, ist, sind nicht stichhaltig. Im einzelnen:

(aa) Das Argument, dass nur so der erforderliche **Sachverstand** in die WEKO eingebracht werden kann, überzeugt nicht. Zwar haben Beteiligte darauf hingewiesen, dass Verbandsvertreter in ihren Interventionen eleganter geworden sind als früher und dass sie sich in der Sache engagieren. Besonderen Sachverstand könnten sie dort einbringen, wo sie einem Fall aufgrund ihrer Verbandszugehörigkeit besonders nahestehen. Dann besteht allerdings ein Ausstandsgrund. Im Übrigen ist nicht

⁸⁸ Siehe die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation von NRat *Alexander J. Baumann* zur Organisationsstruktur der Wettbewerbskommission vom 23.8.2006, http://www.parlament.ch/D/Suche?Seiten?geschaefte.aspx?gesch_is=20063237, zuletzt besucht am 30. Juni 2008.

sichergestellt, dass Verbandsvertreter tatsächlich sachkundig sind. Das wurde bei der Befragung von aktuellen und ehemaligen Mitgliedern der WEKO bestätigt.

(bb) Das Argument, die betroffenen Unternehmen würden eine Entscheidung der WEKO eher **akzeptieren**, wenn sie sehen, dass ein Vertreter ihres Verbandes Mitglied ist, mag eine gewisse Plausibilität gehabt haben, solange die Wettbewerbsbehörde keine Verfügungskompetenz, geschweige denn eine Kompetenz zur direkten Sanktionierung hatte. Allerdings war dagegen schon immer einzuwenden, dass Verbände ihre eigenen Interessen haben, die mit denen einzelner Unternehmen keineswegs identisch sein müssen. Seit die WEKO zum Erlass von Verfügungen berechtigt ist, ist jede Plausibilität entfallen. Unternehmen haben Verfügungen ebenso zu befolgen wie jede einfache Bürgerin.

(cc) Schliesslich könnte man ins Feld führen, dass die Verbände wichtige Akteure im Gesetzgebungsprozess sind und dass ihre Einsitznahme in der WEKO aus Gründen der **allgemeinen politischen Akzeptanz** der Wettbewerbspolitik erwünscht ist. Auch diese Begründung trägt nicht. Seit der Verabschiedung des KG 1995 besteht ein politisch-gesellschaftlicher Grundkonsens, wonach eine glaubwürdige Wettbewerbspolitik nicht nur für die Binnenwirtschaft, sondern auch für die Exportwirtschaft von ausschlaggebender Bedeutung ist. Eine schlagkräftige Wettbewerbspolitik ist heute auch eine Voraussetzung zur Teilnahme an regionalen und globalen Netzwerken. Zu einer Privilegierung bestimmter Verbände durch Einräumung des Rechts, einen Vertreter in die WEKO zu delegieren, besteht daher kein Anlass.

(dd) Insgesamt stellt die Einsitznahme von Verbandsvertretern in der WEKO ein **Relikt** aus einer Zeit dar, in der die helvetische Kartellbehörde eine Art gesellschafts- und wirtschaftspolitisches Diskussionsforum bildete und lediglich über eine Empfehlungskompetenz verfügte; ein Überbleibsel aus einer Zeit, da die schweizerische Wirtschaft hochgradig kartelliert war und dieser Zustand als grundsätzlich positiv empfunden wurde. Die moderne WEKO ist eine mächtige Instanz mit der Kompetenz, Verfügungen zu erlassen, was Direktsanktionen einschliesst. Und spätestens mit Erlass des KG 1995 hat in der Schweiz ein Paradigmenwechsel von einer Art freiwilligem Korporatismus zu einem Wettbewerbssystem stattgefunden. Dass es Kreise geben mag, die dabei eine Mentalreservation hatten, ist irrelevant.

(ee) Ein letzter Punkt betrifft das Ansehen der WEKO, auch im Ausland. Der Verfasser weiss aus Gesprächen mit hohen Vertretern der Europäischen Kommission, dass es der Bereitschaft der EU, mit der Schweiz ein ausgewogenes **Kooperationsabkommen** abzuschliessen, nicht abträglich wäre, wenn der WEKO keine Verbandsvertreter angehörten. Das hängt auch mit dem Umstand zusammen, dass im Rahmen solcher Kooperation sensitive Informationen ausgetauscht würden. In diesem Zusammenhang darf der Hinweis nicht fehlen, dass gemäss der Aussage eines befragten Praktikers nicht börsennotierte Unternehmen auf eine Anfrage bei der WEKO oder sogar auf einen

Zusammenschluss verzichtet haben, weil sie befürchteten, dass **Informationen in die falschen Hände** geraten könnten.

(4) Damit die neue WEKO Spitzenkräfte engagieren kann, müssen angemessene Bedingungen geboten werden. Dabei ist zu bedenken, dass der Markt herausragender Spezialisten des Wettbewerbsrechts, die auch andere Qualifikationen wie Mehrsprachigkeit, internationales Profil usw. mitbringen und bereit sind, sich vollzeitlich in der WEKO zu engagieren, klein ist. Es muss daher sichergestellt werden, dass genügend **pekuniäre und karrieremässige Anreize** bestehen. Zu überlegen ist eine Remuneration nach dem Vorbild der Bundesrichter. Im Vereinigten Königreich beträgt das Salär für das Vollzeitamt des Chief Executive des Office of Fair Trading (OFT) GBP 250.000.⁸⁹

Es stellt sich die Frage, wer an der Übernahme eines Mandates als Mitglied der neuen WEKO Interesse haben könnte. Zu bedenken ist dabei, dass Mitglieder der WEKO bei Ablauf ihres Mandats in einen anderen Beruf wechseln müssen, es sei denn, ihre Tätigkeit bei der WEKO bildet ihren Karriereabschluss. Ob die Amtszeitbeschränkung von 12 Jahren beizubehalten ist, muss überdacht werden. Es versteht sich, dass die nachstehenden Überlegungen vorläufiger Natur sind.

Zunächst ist davon auszugehen, dass eine Position in einer professionalisierten WEKO erheblich attraktiver sein dürfte als in der bisherigen Milizkommission. Das hängt v.a. mit der Vollzeitstellung zusammen. Eine professionalisierte WEKO hätte nicht nur im Lande, sondern auch in Europa und in der Welt **erhöhtes Gewicht**. Vor allem das Amt des Präsidenten wird – bei entsprechender Ausstattung – erheblichen Anreiz haben. Dabei ist v.a. darauf hinzuweisen, dass es sich beim Kartellrecht um eine Materie handelt, die in hohem Masse **regionalisiert bzw. globalisiert** ist. Es gibt zahlreiche europäische und globale Foren, in denen die Schweiz vertreten ist. Damit verbunden ist naturgemäss ein erhebliches Mass an Repräsentation und an Reisetätigkeit. Der Präsident würde noch mehr als er es heute schon ist zur **öffentlichen Figur**.

Dass ein spezialisierter **Anwalt**/eine spezialisierte **Anwältin** interessiert sein könnte, mitten in der Karriere Mitglied der neuen WEKO zu werden, darf im Blick auf die Einkommensverhältnisse bezweifelt werden. Jedenfalls haben sich die befragten AnwältInnen in dieser Richtung geäussert. Mittelfristig wird allerdings vieles davon abhängen, welches Ansehen die professionalisierte WEKO in der Öffentlichkeit haben wird. Alsdann könnte man sich auch vorstellen, dass ein Anwalt/eine Anwältin in relativ **jungen Jahren** eine Tätigkeit als Mitglied der WEKO anstrebt und anschliessend die damit erworbene Reputation am freien Markt zur Geltung bringt. Dieses Karrieremuster ist z.B. in den USA verbreitet. Das Problem dürfte im schweizerischen System zur Zeit noch darin liegen, dass es an der Flexibilität fehlt. Denkbar ist sicher, dass ein Anwalt/eine Anwältin gegen **Ende einer erfolgreichen Karriere** beschliesst, sich in

⁸⁹ <http://nds.coi.gov.uk/Content/Detail.asp?ReleaseID=163640&NewsAreaID=2&print=true>, zuletzt besucht am 16. Juli 2008.

den Dienst der *res publica* zu stellen. Dabei kann auch die Aussicht, verantwortungsbewusst Einfluss auf einen entscheidenden Politikbereich zu nehmen, eine Rolle spielen. Insoweit darf auf das Beispiel von *Prof. Dr. Dr. Walter Barfuß* hingewiesen werden, der nach einer erfolgreichen Laufbahn als Wirtschaftsanwalt im Alter von 65 Jahren zum (ersten) Generaldirektor der **österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde** ernannt wurde. Es darf auch daran erinnert werden, dass der gegenwärtige Präsident der **Eidgenössischen Bankenkommission**, *Dr. Eugen Haltiner*, einen vergleichbaren Karriereweg gewählt hat. Er war vor seiner Wahl in die Bankenkommission Manager einer Grossbank.⁹⁰

Eine andere Möglichkeit bestände darin, **RichterInnen** des Bundesgerichts oder des Bundesverwaltungsgerichts zu gewinnen. Die Einsitznahme zumindest eines Mitglieds mit (bundes-)richterlicher Erfahrung erscheint im Blick auf die Entscheidungsmacht der WEKO als wünschenswert. Weiter ist denkbar, dass gestandene **PolitikerInnen** als WEKO-Mitglieder in Betracht kommen, sofern sie die fachlichen Voraussetzungen erfüllen. Gleiches gilt für **UnternehmerInnen**. Natürlich ist auch denkbar, dass **ProfessorInnen** die Voraussetzungen für eine Tätigkeit als Mitglied der neuen WEKO mitbringen.

Im Blick auf die Höhe der Gehälter in Privatwirtschaft und Anwaltschaft ist zu überlegen, ob zusätzliche Anreize dadurch geschaffen werden sollen, dass die Mitglieder der neuen WEKO einer beschränkten, geregelten, bewilligungspflichtigen und offenzulegenden **Nebentätigkeit** nachgehen dürfen. Der Verfasser gibt keine entsprechende Empfehlung, sondern stellt lediglich fest, dass dieser Punkt geprüft werden sollte. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die **niederländische Regelung**. Gemäss Art. 4 des niederländischen Competition Act darf ein Board Member keine Nebentätigkeiten haben, welche seine Unabhängigkeit beeinträchtigen könnten. Board Members müssen dem Minister deklarieren, dass sie beabsichtigen, eine Nebenbeschäftigung auszuüben. Dem Vernehmen nach ist die Tätigkeit als Schiedsrichter genehmigungsfähig. Alle Funktionen aller Board Members müssen veröffentlicht werden. Die entsprechenden Regeln sind in einem *Code of conduct* des Wirtschaftsministeriums enthalten. In **Irland** sind die Mitglieder des Board normalerweise vollzeitlich angestellt. Das Gesetz erlaubt dem Minister auch Teilzeitmitglieder einzustellen, was aber sehr selten vorkommt. Nebenaktivitäten sind möglich, bedürfen aber einer Genehmigung des Ministers. Das Unterrichten an einer Universität ist in beschränktem Umfang möglich. Die Tätigkeit als Schiedsrichter wird als denkbar bezeichnet. Am Ende hinge wohl alles davon ab, ob ein Mitglied seinen Verpflichtungen nachkommt.

Für die WEKO-Mitglieder, welche nicht aus der Wissenschaft kommen, kann sich die Möglichkeit ergeben, eine **Honorar- oder Titularprofessur** an einer Universität zu übernehmen. Man darf annehmen, dass die Universitäten ein grundsätzliches Interesse

⁹⁰ http://www.ebk.admin.ch/d/ebk/org/cv/H_D.pdf, zuletzt besucht am 17. Juli 2008.

hätten, solche Personen an sich zu binden. Eine Tätigkeit als Honorar- oder Titularprofessor ist zwar nicht mit einer nennenswerten Remunerierung verbunden, sie ist aber der Reputation zuträglich, was sich nach Beendigung der Tätigkeit in der WEKO auch finanziell positiv auswirken kann. Auch die Übernahme eines **Extraordinariats** käme unter Gesichtspunkten der Vereinbarkeit mit dem Amt in Betracht. Der Aspekt der zeitlichen Belastung wäre in einem solchen Fall eher kritisch zu beurteilen. Denkbar wäre des Weiteren, dass Mitglieder der neuen WEKO die Erlaubnis erhalten, in bestimmten Grenzen als **Schiedsrichter** tätig zu sein. Die Übernahme von Verwaltungsratsmandaten und Managerposten müsste hingegen ebenso ausgeschlossen sein wie die Tätigkeit als Rechtsanwalt/Rechtsanwältin. Auszuschliessen sind ganz allgemein Aktivitäten, welche dazu führen könnten, dass ein Mitglied wegen eines **Interessenkonflikts** in den Ausstand treten muss und Tätigkeiten, die eine **erhebliche zeitliche Belastung** mit sich bringen.

(5) Es wäre denkbar, **Ausländer** zu Mitgliedern der neuen WEKO zu wählen, wenn sie das Anforderungsprofil am besten erfüllen. In diesem Zusammenhang darf der Hinweis nicht fehlen, dass Ausländer in **Irland** traditionell Mitglieder der Wettbewerbsbehörde sind. Die nachstehenden Ausführungen beruhen auf einem mit der *Competition Authority* geführten Gespräch und auf einem Gespräch mit einem führenden irischen Rechtsanwalt. Von den 5 Mitgliedern des Board ist gegenwärtig lediglich **eines**, *Declan Purcell*, Ire. Der Chairman, *William Prasifka*, ist kanadisch-irischer Doppelbürger. *Stanley Wong* ist Kanadier. Das gleiche gilt für *Paul Gorecki*, der vor seiner Anstellung in Irland mehrere Jahre für die kanadischen Wettbewerbsbehörden gearbeitet hatte. *Carolyn Galbreath* war US-amerikanische Anwältin, bevor sie Mitglied der irischen Behörde wurde. Die Wahl der Ausländer ist nicht deshalb erfolgt, weil sie Ausländer sind, sondern weil Kartellrecht in Irland eher Neuland ist. Damit hatten erfahrene ausländische Kandidaten sozusagen automatisch bessere Qualifikationen und somit bessere Chancen. Überdies scheinen die wenigen irischen Spezialisten des Wettbewerbsrechts lukrativeren Tätigkeiten nachzugehen. Insoweit besteht eine klare Parallele zur Schweiz. Für **US-Amerikaner** und **Kanadier** dürfte die Tätigkeit in der irischen Wettbewerbsbehörde auch deshalb interessant sein, weil sie anschliessend problemlos in eine Law Firm in ihrem Heimatland eintreten können.

Schon vor Erlass des Competition Act 2002 wurden die Mitglieder aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung gewählt. Bereits damals konnten sich Ausländer bewerben und wurden auch genommen. Der bekannteste ist *Terry Calvani*, ein Amerikaner, der ehemals der **Federal Trade Commission** angehörte und auch ihr Chairman war und Antitrust an der Harvard Law School unterrichtete. Er war ab 2000 Mitglied der Behörde. Auch der in Fussnote 450 zitierte Amerikaner *Ted Henneberry* gehörte der Behörde an. Mit welcher Selbstverständlichkeit die Iren mit diesem Phänomen umgehen, zeigt schon die Tatsache, dass die Nationalität der Board Members auf der Website der Competition Authority nicht angegeben wird.⁹¹

⁹¹ <http://www.tca.ie/AboutUs/AboutUs.aspx>, zuletzt besucht am 22. Juli 2008.

Auch das **Vereinigte Königreich** hat sich in dieser Frage offen gezeigt. *John Fingleton*, ein Ire, der in Oxford in Ökonomie promoviert hatte und in Chicago Professor gewesen war, wurde 2000 Chairman der Irischen Wettbewerbsbehörde. Nach Aussage von Praktikern ist die irische Wettbewerbsbehörde während seiner Mitgliedschaft sehr effektiv geworden. Im Oktober 2005 wurde Fingleton dann zum Chief Executive des **Britischen Office of Fair Trading** (OFT) ernannt. Der ernennende Minister kommentierte den Vorgang folgendermassen:

„I am delighted to announce the appointment of John Fingleton as the new Chief Executive of the Office of Fair Trading. I am confident his strong economic background and his experience as head of the Irish Competition Authority will be of great benefit to the OFT.“⁹²

Es ist klar, dass sich die bemerkenswerte Offenheit des Vereinigten Königreichs und Irlands in der Praxis auf Staatsangehörige von **Common-Law-Staaten** beschränkt. KandidatInnen aus Civil-Law-Ländern werden sich auf eine solche Stelle kaum bewerben.

In der Schweiz können Ausländer bereits nach **geltendem Recht** in die WEKO gewählt werden. Nach Art. 7 der Kommissionsverordnung (SR 172.31) ist wählbar, „wer die Voraussetzungen für eine Anstellung in der Bundesverwaltung erfüllt.“ In Kombination mit den Art. 23 f. Bundespersonalverordnung (BPV, SR 172.220.111.3) bedeutet das u.a., dass auch Nicht-Schweizer wählbar sind. Tatsächlich arbeiten in der Bundesverwaltung zahlreiche Nicht-SchweizerInnen. Das klassische helvetische Argument, ein Bewerber müsse mit den schweizerischen Verhältnissen vertraut sein, ist in einem Gebiet, das sich wie kaum ein anderes durch regionale und globale Konvergenz auszeichnet, nicht sonderlich überzeugend. Ein(e) ausgewiesene(r) ausländische(r) SpezialistIn des Wettbewerbsrechts würde nicht nur seine/ihre **Fachkenntnisse** in die neue WEKO einbringen, sondern wäre auch in besonderem Masse **unabhängig**. Der Verfasser verkennt nicht, dass die Karrieren von JuristInnen und ÖkonomInnen in der Schweiz typischerweise anders verlaufen als im angelsächsischen Raum. Das bedeutet aber nicht, dass hervorragende Bewerber ohne Schweizer Pass nicht zu finden wären.

(6) In den meisten europäischen Staaten werden die Mitglieder der Wettbewerbsbehörde durch den **Wirtschafts- oder Industrieminister** bzw. durch die Regierung auf Vorschlag dieses Ministers gewählt. Dieses Modell besteht auch in der Schweiz. Für eine verkleinerte, vollamtlich tätige WEKO müsste allerdings das Wahlverfahren verbessert werden. Die Stellen des Präsidenten und der Mitglieder wären **öffentlich auszuschreiben**. Die Wahlkriterien sollten im KG oder wenigstens in einer spezifischen Verordnung der WEKO festgelegt werden. Die Kriterien der

⁹² <http://nds.coi.gov.uk/Content/Detail.asp?ReleaseID=163640&NewsAreaID=2&print=true>, zuletzt besucht am 16. Juli 2008.

Kommissionsverordnung (SR 172.31) mögen für typische eidgenössische Milizkommissionen angemessen sein. Für eine professionelle WEKO sind sie aber ungeeignet. Die Mitglieder einer professionalisierten WEKO sollten keine Beamten im landläufigen Sinne sein. Ihre Stellung sollte etwa dem entsprechen, was in Frankreich als „*magistrat*“ bezeichnet wird.

Eine Alternative bestände darin, dass die Mitglieder der neuen WEKO wie die BundesrichterInnen vom **Parlament** gewählt würden. Das würde ihr Ansehen und ihre Unabhängigkeit gegenüber dem Bundesrat und der Bundesverwaltung stärken. Einige der Befragten haben für den Fall einer Parlamentswahl auf die Gefahr der Politisierung hingewiesen, indem z.B. nach dem freiwilligen Proporz verfahren würde. Tatsächlich zeigt die Erfahrung, dass solche Überlegungen mitunter bei der Wahl von BundesrichterInnen eine ausschlaggebende Rolle spielen. Allerdings ist auch die Bestellung durch den Bundesrat nicht frei von solchen Erwägungen. Eine Lösung nach italienischem Vorbild kommt für die Schweiz deshalb nicht in Frage, weil die Präsidenten der beiden Kammern des Parlaments keine ihren italienischen Kollegen vergleichbare Stellung haben. Wenn es bei der Ernennung durch den Bundesrat bleibt (was unter Gesichtspunkten der internationalen *Best Practice* durchaus vertretbar ist), so sollte ein **Fachgremium vorgeschaltet** werden, das die Bewerbungen prüft und Vorschläge macht. Von diesen Vorschlägen dürfte nicht aus politischen Erwägungen abgewichen werden.

(7) Was den Schutz der Unabhängigkeit der WEKO gegenüber der **Politik** im Allgemeinen und dem EVD im Besonderen anlangt, so enthält das **niederländische Recht** eine Regelung, die Vorbildcharakter haben könnte. Zwar bestand seit der Gründung der NMa 1998 die Möglichkeit, dass der Wirtschaftsminister generelle und spezifische Instruktionen geben konnte. Dazu kam es allerdings nie. Selbst diese, bloss theoretische, Möglichkeit von spezifischen Instruktionen wurde 2005 im Gesetz aufgehoben. Der Wirtschaftsminister ist aktuell nur noch bedingt befugt, generelle Instruktionen zu erlassen. Die Details sind in einem Dokument genau geregelt. Auch in **Schweden** handelt die Behörde in voller Unabhängigkeit. Der aktuelle Generaldirektor hat allerdings eine jahrzehntelange Karriere in der Verwaltung bzw. in verwaltungsnahen Institutionen hinter sich, was die Unabhängigkeit in gewissen Bereichen schmälern kann. In **Frankreich** ist die Behörde zwar offiziell auch unabhängig. Hier ist die Regierungsnähe aber, wie erwähnt, bei einigen Mitgliedern gross, insbesondere beim Untersuchungs- und Instruktionspersonal.

Als kurzfristige Massnahme wird empfohlen, dass sowohl auf der Ebene des Sekretariats als auch auf der der Kommission ein **Journal** geschaffen wird, in dem Interventionen der Bundesverwaltung und der Parlamentarier zu vermerken sind.

(8) Der Ländervergleich hat ergeben, dass sich moderne Wettbewerbsgesetze entweder für eine **einstufige Behörde** (die, wie in Deutschland, weitgehende Entscheidungskompetenzen hat oder, wie in Schweden und anderen nordischen

Staaten, jedenfalls bei Bussgeldentscheidungen die Gerichte anrufen muss) oder für eine **zweistufige** (oder gar dreistufige) **Behörde** mit klaren Trennungen zu entscheiden pflegen. Für beide Systeme gibt es, wie der Ländervergleich gezeigt hat, Vorbilder.

Mit einer **einstufigen Behörde** können Effizienzen geschaffen werden, indem zum Beispiel die Sachbearbeiter einen Fall, den sie von Grund auf kennen, durch die verschiedenen Verfahrensstufen begleiten. Das Verhältnis des Sekretariats zur WEKO wäre dann dem von Gerichtsschreibern zu Richtern ähnlich. Die WEKO müsste das Recht haben, die Spitzen des Sekretariats anzustellen. Ein auf strikter Trennung fussendes **zweistufiges Verfahren** soll hingegen garantieren, dass die Untersuchung losgelöst von der Entscheidungsebene durchgeführt und die Verfügungen von der Entscheidungsbehörde unvoreingenommen und unabhängig getroffen werden. Die gegenseitige Verflechtung zwischen Sekretariat und WEKO müsste einer strikten Funktionsteilung weichen. So wären etwa die Entscheidung über die Eröffnung eines Verfahrens und das Treffen von verfahrensleitenden Beschlüssen dem Sekretariat zu überlassen.⁹³ Umgekehrt müsste sich das Sekretariat auf die untersuchende und instruierende Aufgabe beschränken und vor der Kommission als mit den Unternehmen gleichberechtigte Partei auftreten.

Der Verfasser ist der Auffassung, dass in der Schweiz nicht zuletzt aufgrund der beschränkten Ressourcen und der beschränkten Anzahl von Fällen eine möglichst einfache Struktur in Form einer **einstufigen Behörde** bestehen sollte. Das entspricht auch dem, was bei den Vorbereitungsarbeiten zum KG 1995 geplant war. Es sollte eine Wettbewerbsbehörde aus einem Guss geschaffen werden. Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass beim deutschen **Bundeskartellamt**, der neben der Europäischen Kommission traditionsreichsten Wettbewerbsbehörde Europas, ein einstufiges System besteht, das bestens eingespielt ist. Die Vorstellung, es müsse bereits auf der Ebene der Wettbewerbsbehörde ein gerichtsähnliches Verfahren mit einer Untersuchungs- und Anklagebehörde und einer quasi-judiziellen Entscheidbehörde stattfinden, ist ein wenig gekünstelt. Am Ende sind die sog. Untersuchungseinheit und die sog. Entscheidungseinheit ja doch Teile ein und derselben Behörde. Es ist in jedem Fall die **gerichtliche Kontrolle** durch das Bundesverwaltungsgericht und durch das Bundesgericht, welche das System EMRK-kompatibel macht.⁹⁴ Darauf, ob irgendwie geartete „Chinese Walls“ bestehen, kommt es nicht entscheidend an. In einem einstufigen System würden die Mitarbeiter des Sekretariats zu Angestellten der Kommission selbst. Der Ordnung halber und zur Vermeidung von Missverständnissen sei beigefügt, dass damit nicht postuliert wird, die neue WEKO solle grundsätzlich nach den Vorbild des deutschen Bundeskartellamtes strukturiert werden.

⁹³ Ausnahme müsste hier wohl die Anordnung von Zwangsmassnahmen sein, wie etwa Hausdurchsuchungen, welche von der Kommission zu bewilligen wären.

⁹⁴ Dazu eingehend unten, Teil 3.

Für den Fall, dass ein zweistufiges System verwirklicht würde, müsste sichergestellt werden, dass die neue WEKO über eigene, von der Untersuchungs- und Instruktionsbehörde unabhängige, wissenschaftliche Mitarbeiter verfügte. Hier bestehen durchaus Parallelen zur Situation an Gerichtshöfen. Die Erfahrungen des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs in Strassburg einerseits und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des EFTA-Gerichtshofs in Luxemburg andererseits zeigen, dass insoweit grundsätzlich zwei Modelle zur Verfügung stehen. Denkbar ist einmal die **Schaffung eines Pools** von AssistentInnen, wie er am Europäischen Menschenrechtsgerichtshof besteht. In diesem Fall würden die einzelnen WEKO-Mitglieder von Fall zu Fall mit wechselnden AssistentInnen arbeiten. Am EuGH und am EFTA-Gerichtshof besteht hingegen ein **Kabinettsystem**, in dem jedes Mitglied bei der Auswahl seiner persönlichen Mitarbeiter ein entscheidendes Wort mitzureden hat. Bei dieser Organisation würden die einzelnen WEKO-Mitglieder immer mit denselben AssistentInnen arbeiten. Die beiden Systeme haben Vor- und Nachteile. Etwas grob gesagt kann man feststellen, dass das Poolssystem dem Chef des Pools (in der europäischen Gerichtsbarkeit dem Kanzler, bei der WEKO dem noch zu bezeichnenden Chef des juristischen und ökonomischen Personals) erheblichen Einfluss einräumt. Im Kabinettsystem sind es hingegen die Chefs der Kabinette (in der europäischen Justiz die Richter, bei der WEKO die Mitglieder), welche das Sagen haben. In einem Kabinettsystem werden heikle Fragen tendenziell kontroverser diskutiert als in einem Poolsystem. Der Verfasser neigt dazu, dem Kabinettsystem den Vorzug zu geben, weil es die **dialektische Auseinandersetzung** im Entscheidungsorgan fördert. Poolsysteme werden normalerweise dort geschaffen, wo die Entscheidungsträger lediglich auf Teilzeitbasis angestellt sind. Alsdann garantieren die Angehörigen des Pools die Kontinuität des Sachverstandes. Das war beim alten Europäischen Menschenrechtsgerichtshof mit seinen nebenamtlichen Richtern der Fall, und bei der Schaffung des permanenten Gerichtshofs wurde das System beibehalten. Ein Poolsystem besteht auch beim WTO Appellate Body, wo die Entscheidungsträger ebenfalls nebenamtlich tätig sind.

II. Abschluss eines Kooperationsabkommens mit der EU

Mit der EU sollte der Abschluss eines Kooperationsabkommens angestrebt werden, wie es der Präsident der WEKO vorgeschlagen hat.⁹⁵ Die Schaffung einer professionellen WEKO wäre hier mit Sicherheit von Vorteil. Unter einem solchen Abkommen würden nämlich sensitive Informationen ausgetauscht. Das Freihandelsabkommen von 1972 kann dafür allerdings nicht als Vorbild dienen. Es handelt sich um einen primär handelspolitischen Vertrag, der deshalb Wettbewerbsvorschriften enthält, weil die Schweiz damals keine Wettbewerbspolitik hatte, die ihren Namen verdiente.⁹⁶ Noch weniger kommt das Luftverkehrsabkommen als Modell in Betracht, das ironischerweise

⁹⁵ Vgl. zuletzt Interview mit WEKO-Präsident Prof. Dr. *Walter Stoffel* in der NZZ am Sonntag, 1. Juni 2008, 29.

⁹⁶ Zum Freihandelsabkommen grundlegend *Marino Baldi*, Zur Rechtsnatur des Freihandelsabkommens Schweiz/EWG, WuR 1984, 83 ff.

den Tatbestand der fremden Richter in nahezu idealtypischer Weise verwirklicht hat und den Schweizer Akteuren lediglich eine Art Gehilfenrolle beim Zusammentragen von Material zugesteht. Vielmehr müsste man sich an den **Verwaltungsabkommen** orientieren, welche die EU mit Staaten wie den USA und Kanada abgeschlossen hat. Die in der Schweiz lange Zeit vorherrschende Ansicht, wonach ein solches Kooperationsabkommen zur Einbahnstrasse würde, mit deren Hilfe die Europäische Kommission an sensibles Material herankäme, ist überholt. Heute geht es um die **grenzüberschreitende Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen**, die auch der schweizerischen Volkswirtschaft Schaden zufügen. Auf den Fall „*Volkswagen*“ wurde bereits hingewiesen. Auf der anderen Seite könnte auch die EU ein Interesse an einer formalisierten Zusammenarbeit haben. Nach wie vor werden Kartelle, die sich primär im EU-Binnenmarkt auswirken, von der Schweiz aus geleitet.⁹⁷ Die Erfahrung zeigt auch, dass sich Schweizer Unternehmen nicht selten an europäischen Kartellen beteiligen. Schliesslich finden Treffen von Unternehmensvertretern aus dem EG/EWR-Raum, bei welchen Kartellabsprachen diskutiert werden, mitunter in der Schweiz statt. In all diesen Fällen besteht ein Informationsdefizit zu Lasten der Europäischen Kommission. Anzustreben ist nach der hier vertretenen Auffassung der Abschluss eines Abkommens, das v.a. die **verwaltungsrechtliche Rechtshilfe** in Fusionskontroll-, Kartell- und Missbrauchsfällen regelt und damit die Unsicherheiten betreffend die Anwendbarkeit der Artikel 271 und 273 StGB beseitigt. Dass es für die Schweiz möglich sein wird, Zugang zum ECN zu erlangen, muss allerdings bezweifelt werden.

In einem Kooperationsabkommen könnte auch das **Entsenden von Mitarbeitern** des Sekretariats zur Europäischen Kommission auf eine klare Grundlage gestellt werden. Das Recht, Leute in Brüssel ausbilden zu lassen, ist für den Vollzug eines Gesetzes, das die Schlüsselkonzepte des Gemeinschaftskartellrechts übernommen hat, zentral. Vertreter des Sekretariats haben überdies darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit, einen Aufenthalt bei der Europäischen Kommission zu verbringen, die Attraktivität des Arbeitens im Sekretariat erhöht und sich damit positiv auf die Verweildauer auswirkt.

Bereits heute sollte sichergestellt werden, dass entsandte Mitarbeiter des Sekretariats nach ihrer Rückkehr nicht an den gleichen Fällen arbeiten, mit denen sie bereits in ihrer Brüsseler Zeit befasst waren. Das ist wichtig, weil viele Fälle sowohl die Brüsseler Kommission als auch die WEKO beschäftigen. Anzustreben ist auch, dass die Entscheidungen bei Parallelverfahren gleichzeitig getroffen werden.

⁹⁷ Interview mit WEKO-Präsident Prof. Dr. *Walter Stoffel* in der NZZ am Sonntag, 1. Juni 2008, 29.

Teil 2 Vertikale Abreden

A. Einleitung

B. Die einzelnen Rechtsordnungen

I. Schweiz

1. Gesetzliche Grundlagen
2. Die Vertikalbekanntmachung der WEKO
 - a. Allgemeines
 - b. Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen (Kernbeschränkungen)
 - aa. Tatbestände
 - bb. Rechtfertigung
 - c. Vermutungsweise den Wettbewerb beseitigende Beschränkungen
 - d. Preisempfehlungen
 - e. Ausnahmebestimmungen
3. Die Liberalisierung des Kfz-Vertriebes als Modell für die Behandlung vertikaler Abreden?

II. USA

1. Allgemeines
2. Resale price maintenance: Das *per se*-Verbot und seine Aufweichungen
3. Resale price maintenance: Rule of Reason-Analyse
4. Vertikale Beschränkung des Gebiets oder des Kundenkreises

III. Europäische Gemeinschaft

1. Allgemeines
2. Zum Wettbewerbsmodell
3. Das Konzept der Marktanteilsschwellen
4. Das Konzept der Kernbeschränkungen
5. Das Konzept der sonstigen Beschränkungen
6. Zukunftsperspektiven der Europäischen Kommission
7. Rechtsprechung
 - a. Vertikale Beschränkungen im Allgemeinen
 - b. Preisempfehlungen im Besonderen
8. Kfz-Vertrieb im Besonderen

IV. Deutschland

- V. Niederlande
- VI. Vereinigtes Königreich
- VII. Schweden

C. Abweichungen

- I. Art. 5 Abs. 4 KG und seine Konkretisierung durch die WEKO
- II. Die Policy betreffend Preisempfehlungen

D. Handlungsempfehlungen

- I. Vorbemerkungen
- II. Artikel 5 Abs. 4 KG
- III. Preisempfehlungen

A. Einleitung

Vertikale Abreden bedürfen schon deshalb einer tendenziell differenzierteren Betrachtung als horizontale Abreden, weil sie einerseits ein notwendiges Mittel zu einer effizienten und damit in letzter Konsequenz den Interessen der Konsumenten dienenden Vertriebsgestaltung sind, andererseits aber auch, weil sie – insbesondere in Form von Preisbindungen oder Gebietsschutzklauseln – zu einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen können. So kann die mit vertikalen Abreden einhergehende **Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs** gleichzeitig geeignet sein, Wettbewerb zwischen verschiedenen Marken (**Inter-brand-Wettbewerb**) zu stärken oder erst entstehen zu lassen.⁹⁸ Sowohl marktöffnende als auch marktabschottende Wirkungen vertikaler Abreden sind daher denk- und begründbar. Von daher zeichnen sich vertikale Abreden durch eine gewisse Janusköpfigkeit aus.⁹⁹ Allerdings muss bereits hier betont werden, dass der Grossteil der Vertikalabreden kartellrechtlich harmlos ist.

Die Erfassung und Beurteilung der genannten **Janusköpfigkeit** stellt Gesetzgeber, Behörden und Gerichte in allen Jurisdiktionen vor grosse Herausforderungen. Es überrascht daher nicht, dass, wann immer Evaluierungen oder Revisionen in diesem Bereich anstehen, die Diskurse auf allen Ebenen mit besonderer Intensität geführt werden.¹⁰⁰ Auf der Ebene der Gesetzgebung bedarf es in diesem Zusammenhang einer grundsätzlichen wettbewerbspolitischen Entscheidung, die nicht zuletzt von der Positionierung der eigenen Volkswirtschaft im regionalen und globalen Umfeld sowie vom Grad der Integration des jeweiligen Marktes abhängig zu machen ist. Dieser **integrationspolitische Aspekt** ist für die Schweiz als Nicht-EU- und Nicht-EWR-Mitglied von besonderer Bedeutung.

Neben politischen und rechtlichen Überlegungen spielt bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung vertikaler Abreden die **ökonomische Fallanalyse** eine zentrale Rolle. In der EU ist insoweit auf den „more economic approach“ hinzuweisen. Aber schon vor der Lancierung dieses Ansatzes wurden regelmässig ökonomische Überlegungen angestellt. Dabei ist unter anderem auf Verhalten und Präferenzen der Konsumenten, aber auch auf die Innovationsfähigkeit und -bereitschaft der Wirtschaft abzustellen. Im Zusammenhang mit der wohl zu Recht gestellten Forderung nach einer komplexen ökonomischen Analyse darf allerdings nicht ausser Acht gelassen werden, dass auf Seiten der Wirtschaftstreibenden ein ebenso berechtigtes Interesse nach

⁹⁸ Dazu schon *Christian J. Meier*, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, 2 Bände, Diss. Bern 1979, Diessenhofen 1979, 1070.

⁹⁹ Vgl. *Carl Baudenbacher*, Anhörung als Experte anlässlich der Änderung des Kartellgesetzes durch die Kommission des Ständerats für Wirtschaft und Abgaben vom 29. Januar 2003.

¹⁰⁰ Vgl. neben der aktuellen schweizerischen Debatte etwa die Diskussion über die Einführung einer Marktanteilsschwelle auf europäischer Ebene: *Emil Paulis*, Vertical Restraints Revisited: Where Are We After 7 Years?, in: Carl Baudenbacher, Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007, Basel 2008, 317 f.

Vorhersehbarkeit der Entscheidungen besteht. Ebenso muss den Wettbewerbsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgabe ein transparentes und effizientes Beurteilungsinstrumentarium zur Verfügung gestellt werden. Juristisch gesprochen stehen einander also der Ruf nach **Einzelfallgerechtigkeit** und die Notwendigkeit der Gewährleistung von **Rechtssicherheit** gegenüber.

Man muss sich auch vor der Vorstellung hüten, die Ökonomie könne objektiv richtige Lösungen in dem Sinne offerieren, dass die Streitfragen ein für allemal gelöst wären. Der langjährige frühere Präsident des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, Dr. h.c. HSG *Bo Vesterdorf*, hat am XV. St.Gallen International Competition Law Forum vom 23./24. Mai 2008 berichtet, dass das EuG in den ersten Jahren seiner Tätigkeit einen Ökonomen beschäftigte, diese Anstellung aber nicht erneuerte, weil die Richter auf ihre Fragen allzu oft Antworten nach dem Muster „*on the one hand ... on the other hand*“ erhalten hatten. Vesterdorf hat damit das **Werturteilsproblem** in der Ökonomie angesprochen. Gerade bei den Vertikalbeschränkungen, welche sowohl den Interbrand- als auch den Intra-brand-Wettbewerb betreffen, wird das Werturteilsproblem besonders offenkundig. Das ist in jüngerer Zeit vor allem im Urteil des U.S. Supreme Court im Fall *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* deutlich geworden.¹⁰¹

Die nachstehenden Ausführungen verzichten auf eine umfassende Darstellung der internationalen und europäischen Rechtslage. Das wäre in der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit und mit den Mitteln, die für die vorliegende Studie bereitgestellt wurden, gar nicht zu bewerkstelligen. Bereits eine erste Sichtung des Materials hat nämlich gezeigt, dass in den einzelnen Rechtsordnungen mannigfaltige Abweichungen bestehen. Ein solcher Verzicht lässt sich aber auch sachlich rechtfertigen. Dem Grundsatzurteil des U.S. Supreme Court im Fall *Leegin* vom 28. Juni 2007 ist zu entnehmen, dass es in der Ökonomie **kaum grundlegend neue Erkenntnisse** zu den Vertikalbeschränkungen gibt.¹⁰² Dabei ist zu beachten, dass sich zahlreiche prominente Ökonomen als *Amici Curiae* am Verfahren beteiligt haben und dass der Supreme Court hinlänglich bekannte ökonomische Erkenntnisse umfassend diskutiert hat.¹⁰³ Man darf, unabhängig davon, ob man die Auffassung der Mehrheit des Supreme Court teilt, davon ausgehen, dass die Entscheidung insoweit den aktuellen *state of the art* abbildet.

Die **wichtigsten Streitfragen** im schweizerischen Recht betreffen den absoluten Gebietsschutz, die Preisbindungen und die Preisempfehlungen. Rechtsvergleichend soll die aktuelle Rechtslage in den USA, in der EU und in einigen ihrer Mitgliedstaaten analysiert werden, es soll der Stand der Ökonomie dargestellt werden, und es sind Rückschlüsse auf eine mögliche neue Ausgestaltung des schweizerischen Rechts zu

¹⁰¹ 551 U.S. __ (2007), <http://supreme.justia.com/us/551/06-480/>, zuletzt besucht am 13. Juli 2008.

¹⁰² Vgl. *Alexander Fritzsche*, Der U.S. Supreme Court zu Minimum Resale Price Maintenance: Ökonomische Märchen und Law as Literature - Zugleich Besprechung des Urteils im Fall *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* vom 28.6.2007, No. 06-480, GRUR Int. 2008/5, 381 ff.

¹⁰³ Vgl. unten, B.II.

ziehen. Entscheidend ist dabei nach der hier vertretenen Auffassung, dass man sich über die **Ziele** der jeweiligen Regelung und damit über ihre **Funktionalität** im Klaren ist.¹⁰⁴

B. Die einzelnen Rechtsordnungen

I. Schweiz

1. Gesetzliche Grundlagen

Art. 4 Abs. 1 KG definiert als Wettbewerbsabreden „rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.“

Vertikalbeschränkungen wurden bereits vom KG 1995 erfasst, allerdings ohne Vermutungstatbestand. Sie waren ursprünglich nicht Gegenstand der Kartellrechtsreform 2003. Es bestand indes in politischen Kreisen der Eindruck, dass die WEKO die Möglichkeiten, die das KG von 1995 in diesem Bereich bot, nicht ausschöpfte. Wegen dieser Versäumnisse zog das Parlament den Schluss, es bestehe gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Der im Zuge der Revision 2003 hinzugefügte Art. 5 Abs. 4 KG bestimmt:

„Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.“¹⁰⁵

Dadurch wurden diejenigen Vertikalbeschränkungen mit der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs belegt, welche nach der Auffassung des Gesetzgebers wertungsmässig mit den in Art. 5 Abs. 3 KG geregelten Typen von Horizontalbeschränkungen vergleichbar sind, weil sie angeblich einen ähnlichen Unrechtsgehalt aufweisen. Dabei hat das damalige Gemeinschaftskartellrecht eine wichtige Vorbildrolle gespielt.

¹⁰⁴ Vgl. zum funktionalen Ansatz im Wirtschaftsrecht *Walter R. Schluep*, Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Festschrift für Walther Hug zum 70. Geburtstag, 1968, 25 ff.; *Ernst Steindorff*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmassstab im Wirtschaftsrecht, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, 217 ff.; *Carl Baudenbacher*, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 144 (1980), 145 ff.

¹⁰⁵ Vgl. dazu *Franz Hoffet*, Die schweizerische Kartellgesetzrevision von 2003 – ein zweiter Paradigmenwechsel, in: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, hrsg. von Brinker/Scheuing/Stockmann, München/Würzburg/Berlin, 191 ff., 201.

Bereits hier ist darauf hinzuweisen, dass die Regelung der Vertikalbeschränkungen in der EG seit jeher (auch) auf **Integration**, d.h. auf Öffnung der Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten und damit auf Schaffung eines Binnenmarktes zielt.¹⁰⁶ Entsprechendes gilt für das Wettbewerbsrecht des EWR-Abkommens¹⁰⁷.

Die Formulierung „gleicher oder verschiedener Marktstufen“ in Art. 4 Abs. 1 KG soll die Anwendbarkeit des Gesetzes sowohl auf horizontale als auch auf vertikale Abreden sicherstellen.¹⁰⁸ Je nach Intensität der Wettbewerbsbeeinträchtigung kommt ein „dreistufiges Eskalationssystem“ zur Anwendung.¹⁰⁹ Die erste Stufe umfasst zulässige, weil unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen. Als unzulässig gelten auf der zweiten Stufe Abreden, die den Wettbewerb erheblich beschränken und sich nicht gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen sowie auf der dritten Stufe jene Abreden, die wirksamen Wettbewerb beseitigen. Letztere sind einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz unzugänglich. Im Falle vertikaler Vereinbarungen gilt dies gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, wie gesagt, für Abreden über Mindest- oder Festpreise und für Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

2. Die Vertikalbekanntmachung der WEKO

a. Allgemeines

Unter Berufung auf Art. 6 KG hat die WEKO am 2.7.2007 eine neue Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VBM)¹¹⁰ erlassen, welche eine frühere Bekanntmachung von 2002 (VertBM) abgelöst hat. Die neue VBM ist am 1.1.2008 in Kraft getreten. In Ziff. 1 VBM werden vertikale Wettbewerbsabreden als „[e]rzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG) von Unternehmen verschiedener Marktstufen, welche die Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können“, umschrieben.

Gemäss Ziff. 13 (1) VBM gilt eine vertikale Wettbewerbsabrede, sofern sie nicht als erheblich aufgrund ihres Gegenstandes gemäss Ziff. 12 VBM und somit als Kernbeschränkung zu qualifizieren ist oder ein Vermutungstatbestand gemäss Ziff. 10

¹⁰⁶ Vgl. etwa EuGH, *Grundig/Consten*, verb. Rs. 56 und 58/66, Slg. 1966, 321.

¹⁰⁷ Vgl. EFTA-GH *Opel Norge*, Rs. E-3/97, 1998 EFTA Court Reports, 1 ff.

¹⁰⁸ Siehe Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995, Bd. I, 553.

¹⁰⁹ *Patrick Krauskopf/Oliver Riesen*, in: Roger Zäch, Das revidierte Kartellrecht in der Praxis, Zürich 2006, 85; siehe auch *Carl Baudenbacher*, Vertikalbeschränkungen im neuen schweizerischen Kartellgesetz, AJP 1996, 826 ff., 830; *Roger Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, 172, Rz. 356.

¹¹⁰ RPW 2007/4, 675 ff.

VBM eingreift, als Bagatellfall. Sie ist unerheblich, wenn der Marktanteil keines der an ihr beteiligten Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen Markt die Marktanteilschwelle von 15% überschreitet. Ziff. 13 (2) VBM normiert eine Ausnahme von dieser allgemeinen Unerheblichkeit innerhalb der 15%-Schwelle, um kumulativen Abschottungseffekten entgegenzuwirken. Folglich liegt auch unterhalb der 15%-Schwelle kein Bagatellfall vor, wenn der relevante Markt durch mehrere, gleichartige, nebeneinander bestehende vertikale Vertriebsnetze gekennzeichnet ist. In solchen Konstellationen wird die Marktanteilsschwelle auf 5% herabgesetzt. Werden allerdings weniger als 30% des relevanten Marktes von derartigen Vertriebsnetzen abgedeckt, so wird gar kein kumulativer Abschottungseffekt vermutet.

Für den Fall, dass die 15%-Schwelle überschritten wird, gelten vertikale Abreden gemäss Ziff. 15 (2) VBM – sofern es sich nicht um Kernbeschränkungen handelt, oder es zu kumulativen Auswirkungen auf den Markt kommt – dennoch als ohne Einzelfallprüfung gerechtfertigt, wenn der Anteil des Lieferanten am relevanten Markt 30% nicht überschreitet.

b. Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen (Kernbeschränkungen)

aa. Tatbestände

Ziff. 12 VBM enthält eine **Auflistung von Kernbeschränkungen**, die ebenso wie jene Abreden, die aufgrund des Überschreitens der 15%-Schwelle in diese Kategorie fallen, als grundsätzlich erheblich eingestuft werden. Dazu zählen, jeweils für den Weiterverkauf, die direkte oder indirekte Fixierung von Fest- oder Mindestverkaufspreisen sowie die direkte oder indirekte Beschränkung des geographischen Absatzgebietes oder des Kundenkreises. Von letzterer Kategorie ausgenommen sind Beschränkungen des **aktiven Verkaufs** in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Lieferant sich entweder selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, sofern **Passivverkäufe** uneingeschränkt zulässig sind. Ebenso sind ausgenommen Beschränkungen des Direktverkaufes von Grossisten an Endverbraucher, Beschränkungen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems hinsichtlich des Verkaufs an nicht zugelassene Händler, sowie Beschränkungen, Bestandteile zur Einfügung in andere Produkte an Dritte weiterzuverkaufen, welche diese Produkte zur Herstellung von Konkurrenzprodukten benutzen.

Wiederum als Kernbeschränkungen gelten dagegen Restriktionen des **aktiven oder passiven Verkaufs** an Endverbraucher innerhalb **selektiver Vertriebssysteme** durch Händler auf Einzelhandelsstufe, Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, Beschränkungen der Lieferung von Bestand- bzw. Ersatzteilen an dritte Händler, Wettbewerbsverbote für die Dauer von mehr als fünf Jahren oder für mehr als ein Jahr nach Beendigung der vertikalen

Abrede sowie Einschränkungen von Mehrmarkenvertrieb in selektiven Vertriebssystemen.

bb. Rechtfertigung

Wie bereits ausgeführt, sind erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen einer Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zugänglich. Für erhebliche Nicht-Kernbeschränkungen, die keine kumulativen Auswirkungen zeigen, gilt die generelle Vermutung der Rechtfertigung innerhalb der 30%-Schwelle gemäss Ziff. 15 (2) VBM.

Die in Ziff. 15 (1) VBM geforderte Einzelfallprüfung verweist wiederum auf die in Art. 5 Abs. 2 KG festgeschriebenen Gründe der **wirtschaftlichen Effizienz**. Daher sind auch vertikale Abreden, die keiner ausdrücklich umschriebenen Rechtfertigung unterliegen, gerechtfertigt, „wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen“. Die Elemente der Notwendigkeit der Abrede und der mangelnden Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs sind kumulativ angelegt, während von den übrigen Voraussetzungen lediglich eine alternativ vorliegen muss. Die Erfüllung mehrerer dieser Voraussetzungen macht allenfalls die Rechtfertigung wahrscheinlicher.¹¹¹ Die Liste ist als abschliessend zu verstehen.¹¹²

Ziff. 15 (4) VBM nennt nunmehr ausdrücklich Rechtfertigungsgründe, die von Unternehmen – wohl dogmatisch innerhalb der abschliessenden Liste – ins Treffen geführt werden können. Darunter fallen der zeitliche Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer Produktmärkte, die Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte, der Schutz vertragsspezifischer Investitionen (hold-up-Problem), die Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen (free-rider-Problem), die Vermeidung eines doppelten Preisaufschlages im Falle von Marktmacht auf Hersteller- und Händlerebene (Problem der doppelten Marginalisierung), die Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-How, und schliesslich die Sicherung von finanziellen Engagements, die nicht durch den Kapitalmarkt zur Verfügung gestellt werden.

c. Vermutungsweise den Wettbewerb beseitigende Beschränkungen

Ziff. 10 VBM, die der Konkretisierung von Art. 5 Abs. 4 KG dienen soll, statuiert eine Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs für Abreden, welche die Festlegung von **Mindest- oder Festpreisen** und die Zuweisung von **Gebieten**, soweit Verkäufe in

¹¹¹ Vgl. *Roger Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, 196, Rz. 404.

¹¹² Vgl. *Roger Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, 196, Rz. 404 unter Verweisung auf BGE 129 II 18, 45 E 10.3, Buchpreisbindung; ebenso *Christian Kaufmann*, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Diss. 2004, Zürich, Basel, Genf 2004, 59.

diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden, zum Gegenstand haben. Zusätzlich wird ausdrücklich bestimmt, dass auch in **Empfehlungsform** gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen als Preisfestsetzungen gelten (Ziff. 10 [1] lit. a letzter Satz VBM), und dass die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs nicht durch den blossen Nachweis von Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann (Ziff. 10 [2] VBM).

Höchstpreisabreden werden, sofern sie sich nicht als Festpreise auswirken, wohl schon vom gesetzlichen Vermutungstatbestand der Beseitigung des Wettbewerbs nicht erfasst.¹¹³ Das wurde und wird in erster Linie damit begründet, dass sie als geeignetes Mittel zur Begrenzung von Marktmacht auf Händlerebene dienen. In Verbindung mit der Vereinbarung eines unter dem Monopolpreis liegenden Grosshandelspreises kann durch einen Höchstendverbrauchspreis zudem das Problem der Double-Marginalization, das dadurch entsteht, dass sowohl Hersteller als auch Händler den sich jeweils für ihre Handelsstufe ergebenden Monopolpreis verlangen, gelöst werden.¹¹⁴

Was **Gebietsbeschränkungen** betrifft, so erfasst Art. 5 Abs. 4 KG – vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Absicht, zwar die erwünschten Effekte selektiver und exklusiver Vertriebssysteme anzuerkennen, aber gleichzeitig gegen die Abschottung des Schweizer Marktes vorzugehen¹¹⁵ – das Verbot von Passiv-Verkäufen, nicht aber jenes von Aktiv-Verkäufen in Vertriebsabreden. Vermutungsweise untersagt ist folglich der absolute Gebietsschutz, nicht der relative.¹¹⁶ Ziel war es u.a., durch Übernahme der beiden zentralen Kernbeschränkungstatbestände des europäischen Rechts in den Vermutungstatbestand des Artikels 5 Abs. 4 KG, eine „gleich scharfe“ Regelung zu schaffen wie in der Europäischen Union.¹¹⁷

Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann nur über den Nachweis von **Innen- oder Aussenwettbewerb** widerlegt werden. Innenwettbewerb kann durch das Vorliegen von Beratungs-, Service- oder Qualitätswettbewerb nachgewiesen werden. Im Falle der *Buchpreisbindung*¹¹⁸ hat das Bundesgericht die Existenz genügenden Wettbewerbsdrucks trotz Ausschaltung des Preiswettbewerbs unter Berufung auf die besondere Bedeutung von Servicefaktoren im Buchhandel bejaht.

¹¹³ Vgl. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, 224.

¹¹⁴ Marc Amstutz/Mani Reinert, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Walter Stoffel/Roger Zäch, Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich, Basel, Genf 2004, 95; ausführlich Florian Jofer, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts, Diss. 2004, erschienen in: Münchner Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Bern 2004, 43 f.

¹¹⁵ Patrick Krauskopf/Dorothea Senn, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, 3 ff, 7.

¹¹⁶ Patrick Krauskopf/Oliver Riesen, in: Roger Zäch, Das revidierte Kartellrecht in der Praxis, Zürich 2006, 96; Patrick Krauskopf/Dorothea Senn, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, 3 ff, 7, FN 23.

¹¹⁷ Ständerat Schiesser in den Beratungen der Eidgenössischen Räte, abgedruckt in: Walter Stoffel/Roger Zäch, Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, 388.

¹¹⁸ BGE 129 II 18.

Allerdings hat es das i.W. gestützt auf eine blosser Partei-Behauptung getan. Ausreichender Innenwettbewerb liegt auch dann vor, wenn von der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs erfasste Abreden nicht genügend beachtet werden.¹¹⁹ Aussenwettbewerb, der zur Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs geeignet ist, besteht, wenn zu wenige Marktteilnehmer durch die zur Diskussion stehende Abrede gebunden sind.

In jedem Fall muss zur Widerlegung der Vermutung trotz der Abrede **ausreichender Wettbewerbsdruck** herrschen, Rest- oder Alibiwettbewerb reichen nicht aus.¹²⁰ Eine Widerlegung der Vermutung ist für Preisabreden, die zu Marktabschottungen zwischen schweizerischen und ausländischen Märkten führen, nicht möglich.¹²¹

Gelingt die Widerlegung der Vermutung, so liegt immer noch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, die allenfalls aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz nach dem oben besprochenen Schema gemäss Ziff. 15 VBM zu rechtfertigen ist.¹²²

d. Preisempfehlungen

Für Preisempfehlungen von Herstellern und Lieferanten sieht die VBM in Ziff. 11 ein **detailliertes Regime** vor. Ausgegangen wird dabei von der zweifellos richtigen Feststellung, dass Preisempfehlungen verdeckte Preisabsprachen darstellen können. In Ziff. 11 (1) VBM wird nun eine umfassende Einzelfallprüfung, ob die fragliche Preisempfehlung unzulässig im Sinne von Artikel 5 KG ist, gefordert. Wenngleich nicht als abschliessende Liste zu verstehen, gibt Ziff 11 (2) VBM Umstände an, die bei dieser Prüfung besonders ins Gewicht fallen. Solche Umstände liegen vor, wenn Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise, sondern nur an Weiterverkäufer und Händler abgegeben werden, oder mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize verbunden sind, sowie, wenn Preisempfehlungen in Schweizer Franken nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind, das Preisniveau der betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland, oder die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Weiterverkäufer oder Händler befolgt werden.

¹¹⁹ BGE 129 II 18, 35 E 8.1, *Buchpreisbindung*; RPW 2004/4, 1116 f., Rz. 60 ff., WEKO, *Krankenversicherung/Weita AG*.

¹²⁰ Vgl. *Roger Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, 229, Rz. 477; RPW 1999/3, 460 f., Rz. 87 ff., Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz; BGE 129 II 18, 35 E. 8.2, *Buchpreisbindung*; RPW 2001/2, 248 ff., Rz. 50 ff., Sekretariat., Vertrieb von Werbematerialien; RPW 2000/3, 359, Rz. 92 b), WEKO, *Vertrieb von Arzneimitteln*.

¹²¹ BGE 129 II 18, 43 E 9.5.5, *Buchpreisbindung*.

¹²² *Marc Amstutz/Mani Reinert*, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Walter Stoffel/Roger Zäch, Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, 115 f.

e. Ausnahmebestimmungen

Selektive Vertriebssysteme, in deren Rahmen die Vertriebshändler nach rein qualitativen Kriterien ausgewählt werden, unterliegen gemäss Ziff. 8 (4) mangels erheblicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs grundsätzlich nicht den Bestimmungen der VBM. Das gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Beschaffenheit des fraglichen Produkts einen selektiven Vertrieb erfordert, die Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art in nicht diskriminierender Weise ausgewählt werden, und die zur Auswahl der Händler aufgestellten Kriterien nicht über die Erforderlichkeit hinausgehen.

Gemäss ausdrücklicher Regelung in Ziff. 9 geht die VBM der Bekanntmachung betreffend **Abreden mit beschränkter Wirkung**¹²³ vor. Das gilt nicht für die Unerheblichkeitsvermutung für vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Kleinstunternehmen gemäss Ziff. 5 b KMU-BM, die weiterhin aufrecht bleibt. Die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im **Kraftfahrzeughandel**¹²⁴ geht wiederum der VBM vor.

3. Die Liberalisierung des Kfz-Vertriebes als Modell für die Behandlung vertikaler Abreden?

Im Bereich der Vertikalabreden lag das Hauptaugenmerk der WEKO in den letzten Jahren auf **Abreden im Kraftfahrzeugsektor**.¹²⁵ WEKO-Präsident *Walter Stoffel* hat der in diesem Sektor herbeigeführten Liberalisierung „Modellcharakter für die Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen in der Schweiz“¹²⁶ bescheinigt. Dem Liberalisierungsprozess lag die Feststellung der früheren Kartellkommission zugrunde, dass der Parallelimport von Automobilen in die Schweiz kaum möglich war. Trotz der Einführung des Grundsatzes der parallelen Verkehrsfähigkeit gerieten die Verkaufspreise aufgrund von Absprachen in den Distributionsverträgen nicht ausreichend unter Druck.¹²⁷ In der Folge wurden die auf Marktöffnung abzielenden

¹²³ Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005, RPW 2006/1, 209 ff. ("KMU-BM").

¹²⁴ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 12. Oktober 2002, RPW 2002/4, 778 ff. ("Kfz-BM").

¹²⁵ WEKO, Jahresbericht 2005, 12; WEKO, Jahresbericht 2006, 16; WEKO, Jahresbericht 2007, 20.

¹²⁶ *Walter Stoffel*, Vertikalabsprachen und Marktabschottung: Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission, Vortrag gehalten an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung vom 22. Januar 2008 in Zürich, sowie an der Geneva Conference „Economic Experts in Competition Law“ vom 1. Februar 2008; http://www.weko.admin.ch/publikationen/00276/VertBek_Redetxt_3.pdf?lang=de (zuletzt besucht am 20. Juli 2008), 2.

¹²⁷ *Walter Stoffel*, Vertikalabsprachen und Marktabschottung: Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission, Vortrag gehalten an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung vom 22. Januar 2008 in Zürich, sowie an der Geneva Conference „Economic Experts in Competition Law“ vom 1. Februar 2008; http://www.weko.admin.ch/publikationen/00276/VertBek_Redetxt_3.pdf?lang=de, zuletzt besucht am 20. Juli 2008, 2.

Untersuchungen *Volkswagen*¹²⁸ und *Citroën*¹²⁹ durchgeführt. Nach Abschaffung der fraglichen Praktiken kam es infolge des entstehenden Wettbewerbsdrucks zu erheblichen Restrukturierungen im Garagengewerbe.¹³⁰ Die präventive Wirkung der begleitend erlassenen Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (Kfz-BM)¹³¹, die sich, wie in Begründungserwägung 2 erwähnt, an ihrem Pendant im Gemeinschaftsrecht orientiert, wird als Grund dafür genannt, dass die Endkundenpreise im Jahr 2005 in der Schweiz erstmals vorteilhafter waren als im europäischen Ausland.¹³² Ob ein solcher Kausalzusammenhang zwischen der Anwendung der Kfz-BM und dem Absinken des Preisniveaus besteht, mag hier dahinstehen. Es ist zumindest denkbar, dass auch andere Faktoren, insbesondere die **Angleichung der technischen Normen**, eine Rolle gespielt haben. Man wird auch nicht übersehen, dass die Regulierung des Kraftfahrzeug-Sektors in der EU nicht Modellcharakter für andere Branchen hat.

II. USA

1. Allgemeines

Das amerikanische Recht ist im Bereich der Vertikalbeschränkungen schon deshalb heranzuziehen, weil die Diskussion über das Verhältnis von Interbrand- und Intra-brand-Wettbewerb v.a. in den USA geführt wurde und auch gegenwärtig noch geführt wird. Auch die ökonomische Analyse ist i.W. amerikanischen Ursprungs, wenngleich europäische Wurzeln, etwa in der österreichischen Schule, nicht zu übersehen sind. Das Thema der Vertikalbeschränkungen ist v.a. seit dem von der Chicago-Schule eingeleiteten Paradigmenwechsel in der amerikanischen Wettbewerbspolitik immer wieder diskutiert worden.¹³³

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung vertikaler Abreden in den USA wird auf **mehrere gesetzliche Grundlagen** gestützt. Section 1 Sherman Act¹³⁴ verbietet „every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade“. Ziel war bei der Verabschiedung die Verhinderung des Entstehens und später die Entflechtung von Monopolen. Darüber hinaus ist Section 3 Clayton Act¹³⁵ auf vertikale

¹²⁸ RPW 2000/2, 196 ff.

¹²⁹ RPW 2002/3, 455 ff.

¹³⁰ *Walter Stoffel*, Vertikalabsprachen und Marktabschottung: Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission, Vortrag gehalten an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung vom 22. Januar 2008 in Zürich, sowie an der Geneva Conference “Economic Experts in Competition Law“ vom 1. Februar 2008; http://www.weko.admin.ch/publikationen/00276/VertBek_Redetxt_3.pdf?lang=de, zuletzt besucht am 20. Juli 2008, 3.

¹³¹ RPW 2002/4, 770 ff.

¹³² WEKO, Jahresbericht 2006, 16, unter Hinweis auf eine Studie von PricewaterhouseCoopers: <http://www.presseportal.ch/de/story.htx?nr=100500808&search=pwc>, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

¹³³ Vgl. schon *Robert Bork*, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 1978.

¹³⁴ 15 USC, Sec. 1.

¹³⁵ 15 USC, Sec. 14.

Abreden anwendbar. Gemäss dieser Bestimmung, die primär auf exklusive Vertriebsvereinbarungen und Kopplungsverträge ausgerichtet ist,¹³⁶ ist der Verkauf von Waren mit der Bedingung, dass der Käufer keine Waren eines Wettbewerbers bezieht, untersagt, wenn dies eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt. Schliesslich ist auf Section 5 (a) (1) Federal Trade Commission Act¹³⁷ hinzuweisen, die „[u]nfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce“ für unzulässig erklärt. Daneben bestehen auf der Ebene der Bundesstaaten Wettbewerbsordnungen, die ähnliche Verbote enthalten.¹³⁸

Aufgrund des institutionellen Setting in den USA wird die Behandlung vertikaler Abreden hauptsächlich durch die **Rechtsprechung** geprägt und fortlaufend weiterentwickelt. Verordnungen oder Leitlinien existieren zur Zeit nicht. Unter der *Reagan* Administration, zur Zeit der politischen Hochblüte der Chicago-Schule, wurden Leitlinien zur Behandlung nicht-preisbezogener vertikaler Beschränkungen erlassen. Diese Richtlinien fussten auf dem Glauben an die prokompetitiven Wirkungen solcher Vertikalbeschränkungen. Sie wurden nach dem Regierungswechsel im Jahre 1993 wieder zurückgenommen.¹³⁹

2. Resale price maintenance: Das *per se*-Verbot und seine Aufweichungen

Vertikale Preisbindungen zweiter Hand (resale price maintenance, RPM) waren in den USA, zumindest in Form der Festsetzung von Mindestpreisen, fast 100 Jahre lang einem ***per se*-Verbot** unterstellt. Das ging auf das Urteil des Supreme Court in *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*¹⁴⁰ aus dem Jahre 1911 zurück, in dem das Höchstgericht in Anwendung des Sherman Act zu dem Ergebnis kam, dass vertikale Preisbindungen zweiter Hand einen Wiederverkäufer in unzulässiger Weise in seiner Freiheit beschränkten, einen aus seiner Sicht passenden Preis festzusetzen.¹⁴¹ Das Gericht erblickte in der Festlegung der Preise auf Gross- und Einzelhandelsebene durch den Produzenten eine **Beschränkung des Handels** im Sinne des Sherman Act.

In der Folge ergingen mehrere Urteile, die zu einer Einschränkung, nicht aber einem Abgehen von diesem Grundsatz führten. In *United States v. Colgate & Co.* gestand der Supreme Court bereits 1919 einem nicht monopolistischen Verkäufer das Recht zu,

¹³⁶ Mark. R. Joelson, *An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and other Key Competition Laws in the Global Economy*, Third Edition, Alphen aan den Rijn 2006, 167.

¹³⁷ 15 USC, Sec. 45.

¹³⁸ Larry Fullerton/Joel Mitnick/William Reiss/George Karamanos/Owen Smith, in: *Global Competition Review*, Stephen Kinsella (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008, USA*, 210.

¹³⁹ Mark. R. Joelson, *An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and other Key Competition Laws in the Global Economy*, Third Edition, Alphen aan den Rijn 2006, 167.

¹⁴⁰ 220 U.S. 373 (1911).

¹⁴¹ Vgl. Mark. R. Joelson, *An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and other Key Competition Laws in the Global Economy*, Third Edition, Alphen aan den Rijn 2006, 176.

einem potentiellen Käufer, der sich nicht an die vom Verkäufer vorgesehenen Preise halten wollte, die Geschäftsbeziehung zu verweigern.¹⁴² Seither gelten **Preisempfehlungen** nicht mehr als einem *per se*-Verbot unterliegende Beschränkungen.¹⁴³ In *United States v. General Electric Co.*¹⁴⁴ wurde das *per se*-Verbot 1926 für auf „agency relationships“ und Kommissionsgeschäfte unanwendbar erklärt. Diese Einschränkung wurde dann vor dem Hintergrund möglicher Umgehungstatbestände sehr restriktiv ausgelegt.¹⁴⁵ 1937 erliess der Kongress im Rahmen des „fair trade movements“ den vertikale Preisbegrenzungen ausdrücklich zulassenden *Miller-Tydings Price Maintenance Act*. 1952 wurde dieses Gesetz um den *McGuire Act*, der die Durchsetzung von Preisbindungen gestattete, wenn zumindest ein Händler eine entsprechende Vereinbarung unterschrieben hatte, ergänzt. Beide Gesetze wurden 1975 wieder ausser Kraft gesetzt, womit der Status von Preisbindungen als *per se*-Verletzungen des Sherman Act wiederhergestellt wurde.¹⁴⁶

Im Jahre 1977 wurde die *Dr. Miles*-Doktrin in einer für die Behandlung vertikaler Abreden bedeutsamen Weise eingengt, als sich der Supreme Court in *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*¹⁴⁷ entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung **gegen ein *per se*-Verbot für Gebietsbeschränkungen** entschied und diese der rule of reason-Analyse unterstellte.¹⁴⁸ Zu einer weiteren Einschränkung der in *Dr. Miles* festgeschriebenen Regel kam es im Jahre 1984, als der Supreme Court in *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*¹⁴⁹ dem diskontierenden Händler eine erhebliche **Beweislast** dafür auferlegte, dass die Beendigung der Vertragsbeziehung durch den Produzenten Ergebnis einer Vereinbarung zwischen dem Produzenten und anderen Händlern und nicht ein einseitiger Akt des Produzenten war. Er stellte fest, dass Beschwerden konkurrierender Händler über die Preispolitik des diskontierenden Händlers beim Produzenten nicht ausreichten, um diesen Beweis zu erbringen.¹⁵⁰ Darin wird eine Erweiterung der *Colgate*-Ausnahme gesehen.¹⁵¹ In dieselbe Richtung ging die Entscheidung *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronic Corp.*¹⁵² aus dem Jahre 1988, in der das Höchstgericht einem Händler, der in einer Preisabsprache zwischen

¹⁴² 250 U.S. 300 (1919), 301, 307.

¹⁴³ *Mariel Hoch Classen*, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Diss. Zürich 2003, 129.

¹⁴⁴ 272 U.S. 476 (1926).

¹⁴⁵ Siehe *Frank Mathewson/Ralph Winter*, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, Review of Industrial Organisation 13/1998, 57 ff., 62; *Simpson v. Union Oil Co. of California*, 377 U.S. 13 (1964).

¹⁴⁶ *Frank Mathewson/Ralph Winter*, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, Review of Industrial Organisation 13/1998, 57 ff, 62.

¹⁴⁷ 433 U.S. 36 (1977).

¹⁴⁸ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), 37, 47 ff.

¹⁴⁹ 465 U.S. 752 (1984).

¹⁵⁰ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* 465 U.S. 752 (1984), 753, 760 ff; vgl. *Mark. R. Joelson*, An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and other Key Competition Laws in the Global Economy, Third Edition, Alphen aan den Rijn 2006, 176.

¹⁵¹ *Frank Mathewson/Ralph Winter*, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, Review of Industrial Organisation 13/1998, 57 ff, 62.

¹⁵² 485 U.S. 717 (1988).

dem Produzenten und anderen Händlern den Grund für die Terminierung seines Vertrages erblickte, eine **hohe Beweishürde** auferlegte. Die Drohungen anderer Händler, die Produkte des Produzenten aus ihren Sortimenten zu nehmen, sollte die Vertragsbeziehung mit dem späteren Kläger aufrechterhalten werden, erachtete das Gericht als nicht beweiskräftig genug.¹⁵³ Das Gericht formulierte das Erfordernis des Vorliegens einer ausdrücklichen oder impliziten Vereinbarung eines bestimmten Preisniveaus und verkleinerte somit den Anwendungsbereich der *Dr. Miles*-Doktrin bei gleichzeitiger Vergrößerung der Kategorie der nicht-preisbezogenen Beschränkungen im Sinne der *GTE Sylvania*-Rechtsprechung.¹⁵⁴

Im Jahre 1997 revidierte der Supreme Court in *State Oil Co. v. Khan*¹⁵⁵ einstimmig auch seine über lange Zeit etablierte, ein *per se*-Verbot vorsehende, Rechtsprechung zur Preisbindung zweiter Hand durch Festsetzung von **Höchstpreisen** zugunsten einer rule of reason-Analyse. Dabei hielt er ausdrücklich fest, dass der primäre Zweck des Wettbewerbsrechts im Schutz des Interbrand-Wettbewerbs liege.¹⁵⁶

3. Resale price maintenance: Rule of Reason-Analyse

2007 revidierte der Supreme Court das für die vertikale Festsetzung von Mindestpreisen fast 100 Jahre lang massgebliche *Dr. Miles* Urteil im Fall *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS* mit 5 gegen 4 Stimmen.¹⁵⁷ Er unterstellte darin auch vertikale Mindestpreisbindungen zweiter Hand einer rule of reason-Analyse und hob damit das *per se*-Verbot auf. Die wesentliche Grundlage der Entscheidung bildete wiederum, wie schon in *State Oil Co. v. Khan*, die Bedeutung des **Interbrand-Wettbewerbs**. Die Mehrheit bildeten die konservativen Richter *Roberts* (Chief Justice), *Scalia*, *Thomas* und *Alito* sowie *Kennedy*, der das Urteil schrieb. *Kennedy* hat den Ruf, in dem oft gespaltenen Supreme Court die Rolle des *swing vote* zu spielen. Das Urteil ist daher in einem moderaten Ton verfasst, der für die bisherige (nun overrulte) Rechtsprechung *Dr. Miles* und damit für die Position derjenigen, die an einem *per se*-Tatbestand festhalten wollten, ein gewisses Verständnis aufbringt. Der liberale Richter *Breyer* präsentierte eine **Dissenting Opinion**, der sich die Richter *Stevens*, *Souter* und *Ginsburg* anschlossen.

Zunächst bestätigte das Gericht den seit *Dr. Miles* immer wieder formulierten Satz, dass *per se*-Regeln, welche die Notwendigkeit einer Untersuchung einer Beschränkung im Lichte der realen Marktverhältnisse beseitigten, nur im Falle von Beschränkungen

¹⁵³ *Mark. R. Joelson*, An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and other Key Competition Laws in the Global Economy, Third Edition, Alphen aan den Rijn 2006, 176.

¹⁵⁴ *Frank Mathewson/Ralph Winter*, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, Review of Industrial Organisation 13/1998, 57 ff., 63.

¹⁵⁵ 522 U.S. 3 (1997).

¹⁵⁶ *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997), 4.

¹⁵⁷ 551 U.S. (2007), abrufbar unter: <http://supreme.justia.com/us/551/06-480/> (zuletzt besucht am 13. Juli 2008).

angezeigt seien, „that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output“¹⁵⁸. Nach der Feststellung, dass die in *Dr. Miles* genannten Gründe, die Abstützung auf eine Abhandlung aus dem Jahre 1628 und die Gleichsetzung von horizontalen und vertikalen Abreden, nicht ausreichten, um ein *per se*-Verbot zu rechtfertigen, nahm der Supreme Court eine neue, eigenständige Analyse der ökonomischen Auswirkungen vertikaler Preisbindungen vor. Dabei gelangte er zu der Auffassung, die Festsetzung von **Mindestpreisen** verstärke den **Interbrand-Wettbewerb** zwischen Herstellern verschiedener Marken der gleichen Art von Ware durch Verringerung des Intra-brand-Wettbewerbes zwischen Händlern, welche die gleiche Marke verkauften.¹⁵⁹ Im Gegenzug zur **Verringerung des Intra-brand-Wettbewerbs** würden Händler durch Mindestpreisbindungen motiviert, in eine Verbesserung des Service oder in Marketinganstrengungen zu investieren, was wiederum die Position des Herstellers gegenüber konkurrierenden Herstellern stärken würde. Darüber hinaus ermögliche vertikale Preisbindung den Endkunden eine grössere Auswahl zwischen Hoch- und Niedrigpreismarken sowie zwischen Hochpreismarken und Marken mit hoher Servicequalität.¹⁶⁰ Ohne vertikale Preisbindungen würden zudem gewisse pro-kompetitive Investitionen der Händler aus Angst vor „free-riding“, also dem Ausnutzen einer nicht zuletzt durch jene Investitionen der Händler in Service und Markenauftritt gestärkten Positionierung einer Marke durch diskontierende Händler, ausbleiben. Eine Verringerung des Preiswettbewerbs führe zu einer **Verstärkung des Wettbewerbs im Bereich der Serviceleistungen** zwischen Händlern, die das Produkt eines Herstellers anböten.¹⁶¹ Letzteren Feststellungen liegt die Überlegung zugrunde, dass Wettbewerb auch aus Sicht der Verbraucher, die nach Ansicht des Supreme Court die Qualität von Markenauftritt und geschultem Personal zu schätzen wüssten,¹⁶² nicht nur über den Parameter Preis ausgetragen wird.

Vertikale Preisbindungen erleichtern nach Auffassung des Gerichts zudem **neue Markteintritte**, da sich Produzenten zu diesem Zweck aggressiver Händler bedienen könnten, die bereit seien, die zur Etablierung unbekannter Marken erforderlichen Investitionen zu tätigen. Potentielle Trittbrettfahrer könnten in Ermangelung vertikaler Preisbindungen abschreckend auf diese Händler wirken. Schliesslich würde das Angebot einer garantierten Marge in Kombination mit der Drohung einer Vertragsbeendigung bei unzureichender Verkaufsleistung zu einer Erhöhung des Marktanteils des Produzenten durch **gesteigerte Initiative des Händlers** beitragen.¹⁶³

Im Blick auf diese **möglichen prokompetitiven Auswirkungen** gelangte der Supreme Court zu dem Ergebnis, es könne nicht mit Sicherheit gesagt werden, dass Mindestpreisbindungen immer oder fast immer zu einer Beschränkung des Wettbewerbs

¹⁵⁸ *Leegin*, 6, unter Hinweis auf 485 U.S. 717 (1988), 723.

¹⁵⁹ *Leegin*, 10.

¹⁶⁰ *Leegin*, 10.

¹⁶¹ *Leegin*, 11.

¹⁶² *Leegin*, 11.

¹⁶³ *Leegin*, 12.

und einer Verringerung des Outputs führten.¹⁶⁴ Vielmehr komme es auf die **konkreten Umstände** an, unter denen eine entsprechende Abrede geschlossen werde. Aus Gründen der „*administrative convenience*“ könne ein *per se*-Verbot keinesfalls gerechtfertigt werden.¹⁶⁵

Das Urteil ist **umstritten**. Während des Verfahrens hatte der Staat New York im Namen von 37 Bundesstaaten als *amicus curiae* eine Aufrechterhaltung des *per se*-Verbotes befürwortet. Wie bereits erwähnt, formulierte der liberale Richter *Breyer* eine Dissenting Opinion, der sich die Richter *Stevens*, *Souter* und *Ginsburg* anschlossen. Der Dissenter und seine Kollegen betonten, dass Preisbindungen der zweiten Hand den Intra-brand-Wettbewerb beschränken und die Händler davon abgehalten sein könnten, den Konsumenten tiefere Preise zu offerieren, obwohl sie solche begehren, aber auch davon, auf veränderte Umstände mit Preissenkungen zu reagieren. Mit Bezug auf **Hersteller** könne die Preisbindung der zweiten Hand wettbewerbsbeschränkendes Verhalten von Firmen in konzentrierten Branchen verstärken. Auch die Argumente, die Preisbindung zweiter Hand begünstige neue Markteintritte, und ohne die Preisbindung seien Hersteller möglicherweise der Trittbrettfahrerei ausgesetzt, wurden in Zweifel gezogen.¹⁶⁶ Im Besonderen aber machten die Minderheitsrichter geltend, die Aufhebung der *per se*-Regel werde zu einer Erhöhung der Konsumentenpreise führen,¹⁶⁷ Dafür beriefen sie sich auf juristische wie ökonomische Literatur.¹⁶⁸ Allerdings machten auch die dissentierenden Richter Feststellungen, welche die rule of reason als angemessen erscheinen lassen.¹⁶⁹ Und sie konzidierten, dass das Problem schwierig sei. Ihr stärkstes Argument gegen das Urteil war **methodologischer Natur**: Sie sahen die Voraussetzungen für ein *overruling* nicht als gegeben an. Dabei geht es um ein spezifisches Problem des Common Law, das im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter von Belang ist.

Nach Erlass der Entscheidung wurde im Oktober 2007 ein Gesetzesvorschlag zur Ausserkraftsetzung der *Leegin*-Doktrin durch Einfügen eines ausdrücklichen Verbotes von Mindestpreisbindungen in Section 1 *Sherman Act* eingebracht.¹⁷⁰ Auf einzel-

¹⁶⁴ *Leegin*, 14.

¹⁶⁵ *Leegin*, 15.

¹⁶⁶ *Leegin*, Dissenting Opinion *Breyer*, 9 f., 19.

¹⁶⁷ *Leegin*, Dissenting Opinion *Breyer*, 6.

¹⁶⁸ *Leegin*, Dissenting Opinion *Breyer*, 5 f., unter Hinweis auf *Phillip Areeda/Herbert Hovenkamp*, *Antitrust Law*, 2nd Edition 2004 1604b, 40; *Thomas R. Overstreet*, *Resale Price Maintenance: Economic Theory and Empirical Evidence*, Washington, D.C. 1983, 160.

¹⁶⁹ Vgl. etwa die folgenden Ausführungen: "The upshot is, as many economists suggest, sometimes resale price maintenance can prove harmful; sometimes it can bring benefits." (Dissenting Opinion *Breyer*, 7), oder "I can find no economic consensus on this point. (Sc. free riding) [...] the question is not whether, but how much, 'free riding' of this sort takes place. And, after reading the briefs, I must answer that question with an uncertain 'sometimes'." (Dissenting Opinion *Breyer*, 9.)

¹⁷⁰ Discount Pricing Consumer Protection Act, S 2261, 110th Congress, section 3, noch nicht verabschiedet.

staatlicher Ebene wird ein Vorgehen gegen wettbewerbsbeschränkende Preisbindungen nach den einschlägigen Vorschriften erwogen.¹⁷¹

4. Vertikale Beschränkungen des Gebietes oder des Kundenkreises

Das bereits angesprochene *Sylvania*-Urteil des Supreme Court von 1977 hat vertikale Beschränkungen des Gebietes oder des Kundenkreises ebenfalls der **rule of reason** unterstellt.¹⁷² Zehn Jahre zuvor, im Jahre 1967, hatte der Supreme Court in *Arnold Schwinn* auch hier ein *per se*-Verbot aufgestellt. Das Gericht hatte im Zusammenhang mit ausschliesslichem Gebietsschutz festgestellt, die Auferlegung solcher Beschränkungen durch den Lieferanten sei „so obviously destructive of competition“, dass es eine *per se*-Verletzung des Sherman Act darstelle.¹⁷³ Noch vier Jahre davor, 1963, hatte der Supreme Court in *White Motor* festgestellt, dass zu wenig über die Wettbewerbswirkungen solcher Vertikalbeschränkungen bekannt sei, als dass man sie als *per se* verboten einstufen könnte.¹⁷⁴ Es hat also die gleiche Entwicklung stattgefunden wie bei der Rechtsprechung zur Preisbindung der zweiten Hand. Eine Abrede, die eine Beschränkung des Gebietes oder des Kundenkreises enthält, ist zulässig, sofern die pro-kompetitiven Auswirkungen den Schaden für den Wettbewerb ausgleichen. Im Rahmen der Analyse werden der Zweck der vertikalen Beschränkung, die wettbewerbsbeschränkende Wirkung auf dem relevanten Markt sowie der Marktanteil des Lieferanten berücksichtigt. Unter der Voraussetzung, dass **starker Interbrand-Wettbewerb besteht**, werden sowohl territoriale Beschränkungen als auch Beschränkungen des Kundenkreises in der Regel für zulässig befunden.¹⁷⁵ Gleiches gilt für selektive Vertriebssysteme. Auch exklusive Vertriebssysteme sind einer rule of reason-Analyse unterstellt, wobei die Unterscheidung zwischen Form und Gegenstand der Vereinbarung besonders bedeutsam ist. Schliessen zwei Wettbewerber wechselseitig exklusive Verträge über den Vertrieb ihrer Produkte in einem jeweils bezeichneten Gebiet ab, so handelt es sich um eine verbotene horizontale Abrede.¹⁷⁶ Im allgemeinen gilt der **Grad der Marktabschottung** als entscheidendes Kriterium bei der Beurteilung exklusiver Vertriebsvereinbarungen, wobei die Grenze zwischen

¹⁷¹ Larry Fullerton/Joel Mitnick/William Reiss/George Karamanos/Owen Smith, in: Global Competition Review/Stephen Kinsella (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008, USA*, 212.

¹⁷² *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

¹⁷³ *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 379 (1967).

¹⁷⁴ *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253, 263 (1963).

¹⁷⁵ Larry Fullerton/Joel Mitnick/William Reiss/George Karamanos/Owen Smith, in: Global Competition Review, Stephen Kinsella (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008, USA*, 211.

¹⁷⁶ Mark. R. Joelson, *An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and other Key Competition Laws in the Global Economy*, Third Edition, Alphen aan den Rijn 2006, 168.

Zulässigkeit und Unzulässigkeit, abhängig von den Marktbedingungen im jeweils relevanten Wirtschaftssektor, zwischen 30% und 40% angesiedelt zu sein scheint.¹⁷⁷

III. Europäische Gemeinschaft

1. Allgemeines

Grundlage für die Beurteilung **horizontaler und vertikaler Abreden**¹⁷⁸ auf europäischer Ebene ist Art. 81 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG). Dessen Abs. 1 statuiert ein Kartellverbot, demzufolge „[m]it dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken [...]“. Abs. 2 sieht für nach Abs. 1 verbotene Vereinbarungen oder Beschlüsse die Rechtsfolge der Nichtigkeit vor. Art. 81 Abs. 3 EG enthält Freistellungsvoraussetzungen, deren Vorliegen seit Inkrafttreten der neuen Verfahrensordnung¹⁷⁹ und der damit bewirkten Einrichtung des Systems der Legalausnahme von den Unternehmen selbst zu prüfen sind.

Historisch waren die Vertikalbeschränkungen der erste Bereich, in welchem die Kommission den Kampf gegen wettbewerbsbeschränkende Massnahmen aufnahm. Die erste Entscheidung der Kommission auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts überhaupt betraf einen Alleinvertriebsvertrag, *notabene* zwischen einem französischen Hersteller und einem schweizerischen Händler (*Grosfillex*).¹⁸⁰ Bereits 1966 hat der EuGH sein Urteil im Fall *Grundig/Consten* erlassen, das für die Beurteilung der Vertikalbeschränkungen bis auf den heutigen Tag grundsätzliche Bedeutung behalten hat.¹⁸¹

Für die vertikalen Abreden ist die von der Kommission auf Grundlage der vom Rat an sie delegierten Ermächtigung gemäss Art. 83 Abs. 3 lit b) erlassene **Gruppen-**

¹⁷⁷ Mark R. Joelson, *An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and other Key Competition Laws in the Global Economy*, Third Edition, Alphen aan den Rijn 2006, 169.

¹⁷⁸ Siehe dazu EuGH, *Grundig/Consten*, Slg. 1966, 321; Carl Baudenbacher, *Vertikalbeschränkungen im neuen Kartellgesetz*, AJP 1996, 832.

¹⁷⁹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2004 Nr. L1/1.

¹⁸⁰ Décision de la Commission, du 11 mars 1964, relative à une demande d'attestation négative présentée conformément à l'article 2 du règlement n° 17 du Conseil (IV/A-00061 - *Grosfillex-Fillistorf*, JO n° 058 du 09/04/1964 p. 0915 – 0916.

¹⁸¹ EuGH, *Grundig/Consten*, Slg. 1966, 321; vgl. dazu schon Walter R. Schluemp, *Der Alleinvertriebsvertrag*, Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966.

freistellungsverordnung Nr. 2790/1999¹⁸² (Vertikal-GFVO) massgeblich, die als Schirm-GVO¹⁸³ mit nur wenigen Ausnahmen für alle vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen gilt. Vertikale Vereinbarungen werden darin als „Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes zwecks Durchführung der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe tätig ist, und welche die Bedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können“, definiert (Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GFVO). Das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG wird als auf bestimmte, in der Verordnung umschriebene Gruppen von Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen unanwendbar erklärt. Auch im System der Legalausnahme geht die Bedeutung der Vertikal-GFVO weit über blosser Deklaration hinaus, da sie die Freistellungsvoraussetzungen gemäss Art. 81 Abs. 3 EG rechtsverbindlich konkretisiert. Für vertikale Vereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Vertikal-GFVO fallen, bleibt weiterhin die Möglichkeit einer **Einzelfreistellung** nach Art. 81 Abs. 3 EG. Von besonderer Bedeutung sind sodann trotz ihres rechtlich nicht bindenden Charakters die **Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen**¹⁸⁴ (Vertikal-Leitlinien), in denen sowohl die Anwendung der Vertikal-GFVO als auch die Beurteilung von Abreden, die keiner Gruppenfreistellung unterliegen, näher dargelegt werden. Neben der Vertikal-GFVO sind auch GFVO Nr. 1400/2000 für vertikale Vereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor¹⁸⁵, GFVO Nr. 772/2004 für Technologietransfervereinbarungen¹⁸⁶, GFVO Nr. 2658/2000 für Spezialisierungsvereinbarungen¹⁸⁷, GFVO Nr. 2659/2000 für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen¹⁸⁸ sowie GFVO Nr. 358/2003 für den Versicherungssektor¹⁸⁹ zumindest teilweise für vertikale Abreden relevant.

2. Zum Wettbewerbsmodell

Die Neuausrichtung der Europäischen Wettbewerbspolitik, die im allgemeinen als „Modernisierung“ bezeichnet wird, bezieht sich auf die Rechtsdurchsetzung. Gleichzeitig wurden aber auch Modifikationen am **Wettbewerbsmodell** vorgenommen. Gewissermassen als Beiprodukt der Modernisierung ist der „more economic approach“ lanciert worden. Der damalige Kommissar *Mario Monti* wies in seinem Vorwort zum

¹⁸² Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Abs 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ABl. 1999 Nr. L 336/21.

¹⁸³ Siehe *Florian Jofer*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts, Diss. 2004, erschienen in: Münchner Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Bern 2004, 78.

¹⁸⁴ Mitteilung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1.

¹⁸⁵ ABl. 2002 L 202/30.

¹⁸⁶ ABl. 2004 L 123/11.

¹⁸⁷ ABl. 2000 L 304/3.

¹⁸⁸ ABl. 2000 L 304/7.

¹⁸⁹ ABl. 2003 L 53/8.

XXIX. Wettbewerbsbericht, der das Jahr 1999 betrifft, darauf hin, dass ein Konsens zugunsten eines wirtschaftlich orientierten Ansatzes erreicht wurde, „bei dem vertikale Beschränkungen im Hinblick auf ihre Marktwirkung, und nicht unter formalen Gesichtspunkten bewertet werden. Dieser Konsens ist auch für die Überprüfung der Politik in anderen Bereichen von Belang.“¹⁹⁰

Allgemein gesprochen geht es beim „more economic approach“ darum, dass bestimmte formale rechtliche Mechanismen durch neue Regeln ersetzt werden, welche auch die möglichen prokompetitiven Effekte von Wettbewerbsbeschränkungen in den Blick nehmen. Die Europäische Kommission hatte sich bereits in der Vergangenheit schrittweise von der Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs distanziert. Im Zentrum der Wettbewerbspolitik stand seit geraumer Zeit nicht mehr das Garantieren einer bestimmten Marktform, sondern die Frage nach dem Bestehen von **Barrieren für den Markteintritt**.¹⁹¹ Damit soll auch die ökonomische Theorie einen höheren Stellenwert erhalten. Es wurde die Auffassung vertreten, dass damit die Schlacht um die **Seele des europäischen Kartellrechts** („the battle for the soul of antitrust“) angefangen habe.¹⁹² Die Sprache ist martialisch. Sie verrät wohl insbesondere, dass die Amerikaner bei diesem Kampf ein Wort mitreden wollen.

Tatsächlich hat der more economic approach sowohl **europäische** wie **amerikanische Wurzeln**. Bereits in den 1970er Jahren gewannen die Ideen *Friedrich August von Hayeks*, einem der bedeutendsten Vertreter der **österreichischen Schule der Nationalökonomie**, in Europa Einfluss auf die Wettbewerbspolitik. Hayek hatte in jungen Jahren den Ordoliberalen relativ nahe gestanden, vertrat aber in seinem späteren Werk die Auffassung, dass sich die Wettbewerbsbehörden mit Interventionen in den Markt zurückhalten sollten. Er beschrieb den Wettbewerb als **Entdeckungsverfahren**, der das Wissen, das zu einer Prognosestellung erforderlich wäre, erst an den Tag bringt.¹⁹³ Hayek kritisierte die den Theorien des funktionsfähigen Wettbewerbs zugrunde liegende Annahme, dass Marktverhalten und Marktergebnisse prognostiziert werden können, sofern bestimmte Informationen verfügbar sind. Diese Haltung zum **Wissensproblem** steht in einem diametralen Gegensatz zur Annahme vollkommener Information, welche älteren Theorien zugrundeliegt.¹⁹⁴ Auch andere

¹⁹⁰ Europäische Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Brüssel/Luxemburg 2000, 8.

¹⁹¹ Eine vorzügliche Übersicht über die Entwicklung der Wettbewerbstheorie findet sich bei *Markus Ruffner*, Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht. Möglichkeiten und Grenzen einer markt- und institutionentheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Zürich 1990.

¹⁹² *Barry J. Rodger*, Competition Policy, Liberalism and Globalization: A European Perspective, 6 Colum. J. Eur. L. 289, 303 (2000).

¹⁹³ *Friedrich A. von Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Freiburger Studien, Tübingen 1969; vgl. auch *Ludwig von Mises*, Artikel Markt, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 7, 1961, 131 ff., 133.

¹⁹⁴ So zutreffend *Arndt Christiansen*, Anmerkungen zum Wissensproblem in der Wettbewerbspolitik, Beitrag für das 19. Hohenheimer Oberseminar am 15./16./11/2002, https://www.wiwi.uni-marburg.de/Lehrstuehle/VWL/WIPOL/downloads/free/Anmerkungen_zum_Wissensproblem.pdf, zuletzt besucht am 6.11.2007.

Vertreter der österreichischen Schule betonten den Prozesscharakter des realen Wettbewerbs.¹⁹⁵ In Deutschland stand *Erich Hoppmann* den Ideen Hayeks besonders nahe. In den 1960er und 1970er Jahren trug dieser Autor mit dem Hauptvertreter der Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs, *Erhard Kantzenbach*, eine regelrechte Kontroverse aus.¹⁹⁶ Das Modell des funktionsfähigen Wettbewerbs, das in Deutschland ab Ende der 1960er Jahre herrschend war und in der deutschen Wettbewerbspolitik bis heute eine wichtige Rolle spielt, fusst auf der Annahme eines Zusammenhangs zwischen **Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis**. Nach der Theorie von *Erhard Kantzenbach* bringt der Wettbewerb positive Ergebnisse (sog. Wettbewerbsfunktionen) am ehesten in weiten Oligopolen mit mässiger Produktdifferenzierung hervor. Als Wettbewerbsfunktionen bezeichnete *Kantzenbach* leistungsgerechte Einkommensverteilung, optimale Allokation der Produktionsfaktoren, Steuerung der Produktion nach den Käuferpräferenzen, flexible Anpassung an ausserwirtschaftliche Daten und Durchsetzung des technischen Fortschritts.¹⁹⁷ Das war zwar eine dynamische Auffassung, die aber von der Annahme ausging, dass Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolitik sich grundsätzlich auf den Schutz einer bestimmten **Marktstruktur** richten sollten. Konkret attackierten die Protagonisten der österreichischen Schule und die ihnen nahestehenden Autoren v.a. die Fusionskontrolle und die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen.¹⁹⁸ Da und dort wurde sogar die Abschaffung der Wettbewerbspolitik gefordert.¹⁹⁹

Das **amerikanische Kartellrecht** war ursprünglich durchaus nicht nur auf Konsumentenwohlfahrt und Effizienz ausgerichtet. Historisch hat der Wille, dem kleinen Mann eine faire Chance gegen das „big business“ zu geben, eine wichtige Rolle gespielt. Jahrzehntelang waren Überlegungen bestimmend, die heute europäisch anmuten: Dass die Konsumenten in Märkten mit wenigen Anbietern schlechter gestellt sind, dass Grossunternehmen versuchen, kreative Konkurrenten aus dem Markt zu drängen und dass sie in der Lage sind, den politischen Prozess zu manipulieren.²⁰⁰ In den 1980er Jahren hat aber die **Chicago-Schule** entscheidenden Einfluss auf die Wettbewerbspolitik der USA gewonnen. Anders als der Ordoliberalismus ist die Chicago-Schule davon überzeugt, „that there is a strong tendency for competition to establish

¹⁹⁵ Vgl. z.B. *Israel M. Kirzner*, Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach, in: 35 *Journal of Economic Literature*, 60 ff., 63 ff. (1997).

¹⁹⁶ Vgl. *Erhard Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967; *Erich Hoppmann*, in *Erich Hoppmann/Ernst-Joachim Mestmäcker*, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, 15 ff.

¹⁹⁷ *Erhard Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967, 15 ff.

¹⁹⁸ Vgl. *Dominick T. Armentano*, Antitrust Reform: Predatory Practices and the Competitive Process, in: 3 *The Review of Austrian Economics*, 61 ff., Kirzner, a.a.O., 74 (1997).

¹⁹⁹ Nachweise bei *Michael E. DeBow*, Markets, Government Intervention, and the Role of Information: an „Austrian School Perspective“, with an Application to Merger Regulation, 1991 *Georg Mason University Law Review*, 14, 31 ff., 81.

²⁰⁰ Vgl. *Eleanor Fox/Lawrence A. Sullivan*, Antitrust – Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?, 62 *New York University Law Review* (1987), 936, 940 f.

itself, so that at most a very moderate antitrust-policy is necessary"²⁰¹. Im 19. Jahrhundert hätte man dafür wohl den Begriff **Laissez-faire** verwendet. Und im Gegensatz zu den Theorien des funktionsfähigen Wettbewerbs verfolgen die *Chicago Boys* neben der effizienten Allokation der Ressourcen keine anderen Ziele. Das führte in den USA zu einer Entwicklung, die – gemessen an der Kartellrechtspraxis der 60er und 70er Jahre – als „the **shrinking of antitrust**“ bezeichnet wurde.²⁰² Kartellrechtliche Interventionen werden nur noch dann als legitim angesehen, wenn ein Verhalten oder eine Transaktion sowohl die Konkurrenz als auch die Effizienz vermindert. Das Kartellrecht ist nur noch einem Ziel verpflichtet, dem Schutz der Konsumentenwohlfahrt („consumer welfare“). Dieser Ansatz macht sich neben der Monopolisierung und den Unternehmenszusammenschlüssen v.a. bei der Beurteilung von **Vertikalbeschränkungen** bemerkbar.²⁰³ In seinem Urteil von 1993 in *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* hat der Supreme Court die Vorstellung, dass Antitrust irgendetwas mit **Fairness** zu tun haben könnte, explizit **verworfen** und festgestellt:

„That below cost pricing may impose painful losses on its target is of no moment to the antitrust laws if competition is not injured: It is axiomatic that the antitrust laws were passed for ‘the protection of *competition*, not *competitors*’.“²⁰⁴

Und im Urteil *California Dental Association v. FTC* von 1999 hat der Supreme Court Ausführungen gemacht, die dahin interpretiert werden, dass Interventionen gestützt auf die Kartellgesetze grundsätzlich problematisch sind, wenn keine **empirischen Beweise** antikompetitiver Wirkungen vorliegen.²⁰⁵

Das Konzept des „more economic“ approach im EU- und EWR-Kartellrecht ist nicht ganz scharf, und es ist wohl auch noch in Entwicklung begriffen. Insgesamt darf man feststellen, dass sich die strukturalistischen Konzepte auf dem Rückzug befinden zugunsten eines **prozess-orientierten** und **effizienz-basierten Kartellrechts**. Das gilt jedenfalls mit Bezug auf die Behandlung der Vertikalbeschränkungen. Dass das Gericht erster Instanz mit seinem *Microsoft*-Urteil vom September 2007 im Bereich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eine gewisse Zurückhaltung gegenüber ökonomischen Konzepten an den Tag gelegt hat,²⁰⁶ ändert daran nichts.

²⁰¹ *Heinz G. Grosseckler*, On Designing an Economic Order. The Contribution of the Freiburg School, in: Donald A. Walker ed., *Perspectives on the History of Economic Thought*, Vol. II, Twentieth Century Economic Thought 38, 59 (1989).

²⁰² *Lino Graglia*, Economic Rights, in: *The Burger Court: Counter-Revolution or Confirmation?*, Bernard Schwartz, ed., Oxford University Press 1998, 11.

²⁰³ Vgl. dazu bereits *Robert Bork*, *The Antitrust Paradox*, New York 1978.

²⁰⁴ 509 U.S. 209, 224 (1993).

²⁰⁵ 526 U.S. 756, Fussnote 12 (1999).

²⁰⁶ Vgl. *Carl Baudenbacher*, The CFI's Microsoft judgment – Three seconds that changed the IT world, ELR 2007, 342 ff.

3. Das Konzept der Marktanteilsschwellen

Bei der Umsetzung des Wettbewerbsmodells ist die allgemeine Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung²⁰⁷ (**De-Minimis-Bekanntmachung**) wichtig. Gemäss der Vereinbarung beeinträchtigen vertikale Abreden, vorbehaltlich der in Ziff. 11 aufgelisteten Kernbeschränkungen, die mit jenen der Vertikal-GFVO identisch sind, den gemeinsamen Markt nicht spürbar und sind damit zulässig, wenn keines der beteiligten Unternehmen auf einem relevanten Markt einen 15% überschreitenden Marktanteil hält (Ziff. 7 De-Minimis-Bekanntmachung). Liegt allerdings ein kumulativer Marktabschottungseffekt aufgrund mehrerer nebeneinander stehender Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen haben, vor, so wird die Schwelle auf 5% reduziert, wobei davon ausgegangen wird, dass einzelne Lieferanten oder Händler mit einem Marktanteil von weniger als 5% zu einem solchen Effekt nicht beitragen. Werden weniger als 30% des relevanten Marktes von nebeneinander bestehenden Vereinbarungen mit ähnlichen Wirkungen abgedeckt, so gilt ein kumulativer Abschottungseffekt als unwahrscheinlich (Ziff. 8 De-Minimis-Bekanntmachung).

Auch die Vertikal-GFVO ist zentral auf dem Konzept einer **Marktanteilsschwelle** aufgebaut. Damit wird der Wertung Ausdruck verliehen, dass vertikale Abreden, von noch näher zu erläuternden Ausnahmen abgesehen, gerade in Verbindung mit Marktmacht als wettbewerbsschädlich betrachtet werden. Grundsätzlich wird die Vertikal-GFVO gemäss Art. 3 angewandt, wenn der Marktanteil des an der Vereinbarung beteiligten Lieferanten am relevanten Markt im letzten Kalenderjahr **30%** nicht übersteigt. In diesem Fall gelten alle vertikalen Vereinbarungen, vorbehaltlich des Vorliegens von Kernbeschränkungen, als freigestellt. Eine gesondert geregelte Ausnahme stellen lediglich Kfz-Vertriebsverträge dar. Im Falle von Alleinbezugsverpflichtungen ist der Anteil des Käufers auf dem relevanten Markt massgeblich. Aufgrund dieser Abstimmung auf Marktanteilsschwellen wird der Vertikal-GFVO ein „wirtschaftlicher Ansatz“ bescheinigt.²⁰⁸

Gemäss Artikel 6 Vertikal-GFVO kann die Kommission im Einzelfall den Vorteil der Vertikal-GFVO entziehen, wenn die Vereinbarung mit Artikel 81 Abs. 3 EG unvereinbar ist. Als Beispiel wird die kumulative Marktabschottung durch mehrere, nebeneinander bestehende gleichartige vertikale Beschränkungen genannt.

²⁰⁷ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABI. 2001 C 386/13.

²⁰⁸ Volker Emmerich, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 5, Rz. 18; vgl. *Kommission*, Mitteilung vom 26. November 1998 über die Anwendung der EG- Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen - Vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs: Konkrete Vorschläge im Anschluss an das Grünbuch, ABI. 1998 C 365/3, Abschnitt 1.

4. Das Konzept der Kernbeschränkungen

Kernbeschränkungen gemäss Art. 4 Vertikal-GFVO sind unabhängig von Marktanteilsschwellen nicht von der Freistellung gemäss Art. 2 Abs. 1 erfasst. Das Vorliegen einer Kernbeschränkung führt dazu, dass die gesamte Vereinbarung nicht mehr unter die Vertikal-GFVO fällt.

Zu den Kernbeschränkungen zählt zunächst die Begrenzung der Möglichkeiten des Käufers, seinen **Verkaufspreis selbst festzusetzen**. In eine weitere Kategorie von Kernbeschränkungen fallen **gebiets- und kundenbezogene Beschränkungen**. Dadurch soll primär eine Aufteilung von Märkten verhindert werden.²⁰⁹

Als **Kernbeschränkungen** qualifiziert werden weiter Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch Mitglieder eines **selektiven Vertriebssystems** auf Einzelhandelsstufe, die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems auf einer oder verschiedenen Handelsstufen, sowie Beschränkungen zwischen dem Lieferanten und dem Käufer von Bestandteilen zum Einbau in andere Erzeugnisse, die den Lieferanten daran hindern, diese Bestandteile als Ersatzteile an Endverbraucher, Reparaturwerkstätten oder andere Dienstleistungserbringer zu verkaufen, die der Verkäufer nicht mit der Reparatur oder Wartung seiner Erzeugnisse betraut hat.

Vom Verbot der gebiets- und kundenbezogenen Beschränkungen **ausgenommen** sind Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Gruppen von Kunden, die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder einem anderen Käufer zugewiesen hat, sofern es zu keiner Begrenzung der Verkäufe seitens der Kunden des Käufers kommt. Weiter sind ausgenommen: Beschränkungen des Verkaufs an Endverbraucher durch Käufer auf Grosshandelsstufe, Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems sowie Beschränkungen der Möglichkeiten des Käufers, Bestandteile zur Einfügung in andere Erzeugnisse an Kunden zu verkaufen, welche diese zur Herstellung derselben Art von Erzeugnissen wie der Lieferant verwenden würden.

5. Das Konzept der sonstigen Beschränkungen

Art. 5 Vertikal-GFVO enthält eine Liste von Verpflichtungen, die nicht freigestellt sind, aber im Unterschied zu Kernbeschränkungen nicht dazu führen, dass die Verordnung im Falle ihrer Unzulässigkeit auf den Rest der Vereinbarung unanwendbar wird. Unter diese Bestimmung fallen alle für unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von über fünf Jahren abgeschlossenen unmittelbaren oder mittelbaren Wettbewerbsverbote, bestimmte nachvertragliche Wettbewerbsverbote, sowie Verpflichtungen, welche die

²⁰⁹ Vertikal-Leitlinien, Rz. 49.

Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems dazu veranlassen, Marken konkurrierender Lieferanten nicht zu verkaufen.

Höchstpreisbindungen sind gemäss Art. 4 lit. a Vertikal-GFVO ebenso aus-drücklich vom als Kernbeschränkung qualifizierten Verbot der Preisfestsetzung ausge-nommen wie **Preisempfehlungen**, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien wie Fest- oder Mindestpreise auswirken. Preisempfehlungen sind folglich als Kernbeschränkungen zu werten, wenn sie nicht **rechtlich und faktisch unverbindlich** sind.²¹⁰ Als einseitige Handlung ist eine unverbindliche Preisempfehlung eines Lieferanten an seine Abnehmer nicht von Artikel 81 Abs. 1 EG erfasst, einseitige Handlungen sind allenfalls im Rahmen der Missbrauchsaufsicht des Artikel 82 EG zu beurteilen. Die Anwendbarkeit des Artikel 81 EG setzt zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise voraus.²¹¹

In Rz. 47 der Vertikal-Leitlinien wird diesbezüglich explizit festgehalten, „dass der Umstand, dass der Lieferant dem Käufer eine Liste mit Preisempfehlungen oder Preisobergrenzen übergibt, für sich genommen nicht als Tatbestand gesehen [wird], der eine vertikale Preisbindung bewirkt.“ Als ähnliches Indiz gilt gemäss dieser Bestimmung ein durch einen Verkäufer eingerichtetes Überwachungssystem. Weiter wird in Rz. 47 Vertikal-Leitlinien klargestellt, dass ein Preisaufdruck auf einer Ware für sich alleine noch keine unzulässige Druckausübung bedeutet. Für das Vorliegen einer unzulässigen Kernbeschränkung sprechen dagegen die Festlegung von Absatzspannen für Vertriebshändler, die Bindung von Wiederverkaufspreisen an die Preise von Wettbewerbern, Drohungen, sowie Lieferverzögerungen oder Lieferkürzungen bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus.²¹²

Zu echten Preisempfehlungen und Höchstpreisbindungen müssen **weitere Umstände** hinzutreten, damit eine spürbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt wird. Dies ist der Fall, wenn eine Preisempfehlung mit Massnahmen kombiniert wird, die dazu führen, dass es in einer Vielzahl von Fällen zu einem gleichförmigen Preisverhalten von Käufern kommt.²¹³ Mit Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass eine Deutung von Artikel 4 lit. a Vertikal-GFVO als verdeckte Gruppenfreistellung,

²¹⁰ Siehe *Helmuth Schröter*, Wie geht man mit Gruppenfreistellungsverordnungen um?, in: *Carl Baudenbacher* (Hrsg.), Neuste Entwicklung im Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Zehntes St.Galler Internationales Kartellrechtsforum 2003, Basel 2003, 203.

²¹¹ *Daniel Zimmer*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker(Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, München 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rz. 349.

²¹² *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2004, § 14, Rz. 33, unter Hinweis auf Rz. 47 Vertikal-Leitlinien.

²¹³ *Michael Baron*, in: Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 1, Europäisches Recht, München 2005, 517; EuGH, Rs. 161/84, *Pronuptia*, Slg. 1986, 353, 384; Vertikal-Leitlinien, Rz. 226 f.

unabhängig vom Kriterium der Spürbarkeit, systemwidrig wäre.²¹⁴ Vielmehr müssen auch echte Preisempfehlungen und Höchstpreisbindungen, sofern sie eine spürbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, den allgemeinen Regeln der Vertikal-GFVO und damit insbesondere der Marktanteilsschwelle unterstellt werden.

6. Zukunftsperspektiven der Europäischen Kommission

Im Blick auf das Ausserkrafttreten der Vertikal-GFVO im Jahre 2010 evaluiert die Kommission derzeit ihre vergangene und zukünftige Praxis der Behandlung vertikaler Abreden. Es ist zu erwarten, dass der eingeschlagene Weg weiter fortgesetzt wird. Zur Diskussion werden voraussichtlich unter anderem die gemeinsame Berücksichtigung von Lieferant und Käufer bei der Ermittlung des Marktanteils, die Konsistenz der Beurteilungskriterien gemäss Artikel 81 und 82 EG sowie die Liste der Kernbeschränkungen stehen.²¹⁵

7. Rechtsprechung

a. Vertikale Beschränkungen im Allgemeinen

Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zu Vertikalabreden ist umfassend und relativ unübersichtlich. Als Grundsatzentscheidungen zu vertikalen Beschränkungen gelten die Entscheidungen *Société Technique Minière*²¹⁶ und *Grundig/Consten*. Der erstgenannte Fall betraf ein Alleinvertriebsrecht für das Staatsgebiet von Frankreich, das Maschinenbau Ulm GmbH (MBU) dem französischen Unternehmen Société Technique Minière (LTM) gewährt hatte. Im Gegenzug hatte sich LTM zu einem Alleinbezug verpflichtet. Aufgrund von Absatzschwierigkeiten wollte LTM sich schliesslich von diesem lösen und berief sich auf einen vermeintlichen Verstoss gegen den nunmehrigen Artikel 81 Abs. 1 EG. Der EuGH lehnte in seiner Analyse ein *per se*-Verbot für Alleinvertriebsklauseln ab und nahm stattdessen eine Analyse der **positiven** und **negativen Aspekte** der individuellen Klausel vor.²¹⁷ Dabei stützte sich der Gerichtshof erstmals auf die möglichen ambivalenten **Auswirkungen vertikaler Vereinbarungen**, vermied eine allzu formalistische Begriffsauslegung und sprach sich für eine flexible wirtschaftliche Einzelfallanalyse aus.²¹⁸

²¹⁴ Michael Baron, in: Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 1, Europäisches Recht, München 2005, 517; zur Gegenposition: vgl. Rainer Bechthold, EG-Gruppenfreistellungsverordnungen - Eine Zwischenbilanz, EWS, 2001, 49 ff., 52.

²¹⁵ Dazu ausführlich Emil Paulis, Vertical Restraints Revisited: Where Are We After 7 Years?, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007, Basel 2008, 318 ff.

²¹⁶ EuGH, Rs. 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH*, Slg. 1966, 282.

²¹⁷ *Société Technique Minière*, 302 ff.

²¹⁸ Siehe Florian Jofer, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts, Diss. 2004, erschienen in: Münchner Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Bern 2004, 88.

In *Grundig/Consten* ging es um Alleinvertriebsvereinbarungen in Verbindung mit Exportverboten. Die Grundig-Verkaufs-GmbH (*Grundig*) hatte dem französischen Unternehmen Établissements Consten (*Consten*) Alleinvertriebsrechte für das Saarland und ganz Frankreich eingeräumt. Im Gegenzug hatte Consten sich zu einem Alleinbezug, einer Mindestabnahmemenge sowie zur Erbringung umfangreicher Werbe- und Servicemassnahmen verpflichtet. Ausserdem war es *Consten*, wie allen Alleinvertriebshändlern von *Grundig*, vertraglich untersagt, die vertragsgegenständlichen Produkte wieder aus Frankreich auszuführen. Nachdem er zunächst deutlich gemacht hatte, dass der nunmehrige **Artikel 81 Abs. 1 EG alle** Erscheinungsformen des Wettbewerbs und damit sowohl Interbrand- als **auch Intrabrand-Wettbewerb erfasse**, hielt der EuGH fest, dass dennoch keine Abwägung der positiven Auswirkungen auf den Interbrand-Wettbewerb und der negativen Auswirkungen auf den Intrabrand-Wettbewerb vorgenommen werden dürfe.²¹⁹ Diese Feststellung ist vor dem Hintergrund der **Marktabstottung** durch das hier im Gegensatz zu *Société Technique Minière* vorgesehene **Exportverbot** zu sehen. Der EuGH erblickte die Verfälschung des Wettbewerbs durch die streitige Vereinbarung gerade in ihrer Ausrichtung auf eine Abriegelung des französischen Marktes und auf die künstliche Aufrechterhaltung getrennter nationaler Märkte innerhalb der Gemeinschaft.²²⁰ Damit erteilte der EuGH allen Ansätzen einer rule of reason-Analyse, die man in dem nur zwei Wochen zuvor ergangenen Urteil *Société Technique Minière* hätte entnehmen können, eine Absage. Die klare Priorität lag auf der Marktintegration gemäss Artikel 2 EG.²²¹ Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass die Haltung des EuGH in *Grundig/Consten* zu Vertikalabreden mit marktstottender Wirkung zumindest in die Nähe eines *per se*-Verbotes rückt.²²²

In der Entscheidung *Brasserie De Haecht*²²³ betonte der EuGH erneut das Erfordernis einer Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen **Gesamtzusammenhangs**. Dabei müssen nach dieser durch die Gemeinschaftsgerichte stetig vertretenen Auffassung sowohl die Art der von der Vereinbarung betroffenen Dienstleistungen als auch die **tatsächlichen Bedingungen der Funktion und Struktur des Marktes** bedacht werden.²²⁴ Dieser Ansatz fand schliesslich Niederschlag in den Vertikal-Leitlinien, welche in Rz. 121 (a) die Marktstellung des Lieferanten, (b) die Marktstellung

²¹⁹ *Grundig/Consten*, 390.

²²⁰ *Grundig/Consten*, 391.

²²¹ Vgl. *Florian Jofer* Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts, Diss. 2004, erschienen in: Münchner Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Bern 2004, 90.

²²² *Florian Jofer* Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts, Diss. 2004, erschienen in: Münchner Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Bern 2004, 90.

²²³ EuGH, Rs. 23/67, *Brasserie De Haecht*, Slg. 1967, 543.

²²⁴ *Daniel Zimmer*, in: *Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker*(Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, München 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rz. 350; EuGH, Rs. C-234/89, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu*, Slg. 1991, I-935, EuGH, Rs. C-399/93, *Oude Luttikhuis*, Slg. 1995, I-4515; EuG, Rs. T-77/94, *VGB u.a./Komm.*, Slg. 1997, II-759; EuG, verb. Rs. T-374 und 375/94 sowie T-384/94 und 388/94, *European Night Services u.a./Komm.*, Slg. 1998, II-3141.

von Wettbewerbern, (c) die Marktstellung des Käufers, (d) Marktzutrittsschranken, (e) Marktreife, (f) Handelsstufe, (g) Beschaffenheit sowie (h) sonstige Faktoren als allgemeine Prüfkriterien für Vertikalabreden ausserhalb der 30% Freistellungsschwelle definieren.²²⁵

Im Hinblick auf weitere grundsätzliche Tendenzen in der Rechtsprechung ist allerdings festzustellen dass vertikale Beschränkungen im allgemeinen, im Gegensatz zu horizontalen, **nicht einem generellen *per se*-Verbot** unterliegen.²²⁶ Der Gerichtshof hat zwar in einigen Fällen das an einen Händler gerichtete Verbot, die vertragliche Ware ausserhalb des Vertragsgebietes zu verkaufen – wegen des zugrunde liegenden Zwecks des Ausschlusses von Parallelimporten innerhalb der Gemeinschaft – weiterhin einer Art *per se*-Verbot unterstellt, indem er eine **Analyse der Auswirkungen auf dem Markt für nicht erforderlich** erklärte.²²⁷ In späteren Fällen hat er aber sogar **absolute Gebietsschutzklauseln** für zulässig erklärt, sofern sie den Markt aufgrund der Marktstellung der Beteiligten nicht erheblich beeinträchtigen.²²⁸

In *Delimitis/Henninger Bräu* stellte der EuGH Anfang der neunziger Jahre im Ergebnis klar, dass Alleinbezugsbindungen nur wettbewerbsbeschränkend wirkten, wenn sie den Markt für Wettbewerber **abschotteten**.²²⁹ Auf dem Weg zu dieser Feststellung kam der Gerichtshof zu der bedeutenden Erkenntnis, dass eine Alleinbezugsvereinbarung keine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung enthalte und auch eine „bewirkte“ Beschränkung nicht ohne intensive Prüfung der konkreten Marktverhältnisse angenommen werden könne. Neben den Vorteilen der Vereinbarung für Lieferanten und Händler stellte der EuGH zentral auf die **Marktstruktur** und dabei auf mögliche Systeme gleichartiger, nebeneinander bestehender Verträge ab.²³⁰ Die strengere Haltung gegenüber marktabschottenden Vereinbarungen, die der Schaffung eines gemeinsamen Marktes durch Beschränkungen des Parallelhandels entgegenstehen, innerhalb eines grundsätzlich auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtkontext abstellenden Beurteilungsansatzes, wurde in der Entscheidung *Volkswagen*²³¹ bestätigt.²³²

²²⁵ Daniel Zimmer, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, München 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rz. 350.

²²⁶ Siehe Filippo Amato/Enrique Gonzalez Diaz, in: Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 1, Europäisches Recht, München 2005, S. 517, S. 87 f.

²²⁷ EuGH, Rs. C-279/87, *Tipp-Ex/Komm.*, Slg. 1990, I-261, Rz. 22; EuGH, Rs. 19/77, *Miller/Komm.* Slg. 1978, 131, Rz. 7.

²²⁸ EuGH, Rs. C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, Slg. 1998, I-1983, Rz. 17; EuGH, verb. Rs. 100-103/80, *Musique Diffusion Française*, Slg. 1983, 1825, Rz. 85.

²²⁹ EuGH, Rs. C-234/89, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu*, Slg. 1991, I-935, Rz. 23.

²³⁰ Vgl. Daniel Zimmer, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, München 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rz. 352.

²³¹ EuG, Rs. T-62/98, *Volkswagen AG/Komm.* Slg. 1999, II-2707.

²³² Siehe: Florian Jofer, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts, Diss. 2004, erschienen in: Münchner Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Bern 2004, 92.

Die Abgrenzung zwischen einseitigen und mehrseitigen Massnahmen, die unter anderem im Zusammenhang mit Preisempfehlungen von Bedeutung ist, war insbesondere Gegenstand der Urteile der Gemeinschaftsgerichte in den Rechtssachen *BMW*²³³ und *Bayer*²³⁴. Im erstgenannten Fall forderte *BMW* seine belgischen Vertragshändler auf, den Re-Export von *BMW*-Kraftfahrzeugen zu unterlassen. Die Zustimmung der Händler begründete nach Auffassung des EuGH den Verstoss gegen den nunmehrigen Artikel 81 EG.²³⁵ Im zweiten Fall war *Bayer* bestrebt, **Parallelimporte** des Arzneimittels *Adalat* durch Grosshändler in Frankreich und Spanien nach Grossbritannien zu verhindern. Die Attraktivität solcher Parallelimporte aus Sicht der Händler in Spanien und Grossbritannien lag darin begründet, dass die dort behördlich festgesetzten Preise zwischen 1989 und 1993 ca. 40% unter den von den britischen Gesundheitsbehörden festgesetzten Preisen lagen. Folglich erlitt *Bayer* in Grossbritannien erhebliche Umsatzeinbussen, während die Bestellungen in Spanien und Frankreich anstiegen. Vor diesem Hintergrund ging *Bayer* dazu über, spanische und französische Grosshändler jeweils nur mehr mit den Vorjahresmengen zuzüglich eines dem Wachstum angemessenen Aufschlags zu beliefern. Als Begründung für diese Kürzung der Liefermengen nannte *Bayer* lediglich Lieferengpässe. Die Kommission beurteilte diese **einseitige Liefermengen Kürzung** als Vereinbarung zwischen *Bayer* und den Grosshändlern über die Unterlassung des Exports nach Grossbritannien.²³⁶ Dieser Ansicht folgte das EuG, später durch den EuGH bestätigt, nicht und betonte das Erfordernis einer zumindest stillschweigenden Zustimmung der Händler, die der Feststellung eines subjektiven Elements bedürfe.²³⁷ Die Kommission habe das nicht nachgewiesen.

Dem Fall *Javico* lag ein Rechtsstreit zwischen der *Yves St. Laurent Parfums SA (YSLP)* und der *Javico AG (Javico)* zugrunde. *YSLP*, der französische Betreiber eines selektiven Vertriebssystems, für das eine nach der damaligen Rechtslage erforderliche Einzelfreistellung erteilt worden war, hatte 1992 mit *Javico*, einem nicht in das System integrierten Unternehmen mit Sitz in Deutschland, zwei Verträge über den Vertrieb seiner Produkte in Russland und der Ukraine einerseits sowie in Slowenien andererseits abgeschlossen. Beide Verträge enthielten Klauseln, die es *Javico* untersagten, die Produkte **ausserhalb der jeweils zugewiesenen Gebiete** zu verkaufen. Als *YSLP* feststellte, dass die Vertragsprodukte dennoch in verschiedenen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft in Umlauf gerieten, kündigte es die Verträge und erhob Klage auf vertragliche Entschädigung und Schadenersatz. Diesen Begehren wurde in erster Instanz stattgegeben. Im Rahmen der Berufung machte *Javico* die Nichtigkeit der Klauseln gemäss des nunmehrigen Art. 81 Abs. 2 EG geltend. Da sich die vertraglich

²³³ EuGH, verb. Rs. 32/78, 36 bis 82/78, *BMW/Komm.*, Slg. 1979, 2435.

²³⁴ EuG, Rs. T-41/96, *Bayer/Komm.*, Slg. 2000, II-3383; EuGH, verb. Rs. 2 und 3/01, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV und Komm./Bayer*, Slg. 2004, I-00023.

²³⁵ Vgl. *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2004, §9, Rz 6.

²³⁶ Vgl. *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2004, §9, Rz 9.

²³⁷ EuG, *Bayer/Kommission*, Rz. 173.

zugewiesenen Gebiete ausserhalb der Gemeinschaft befanden, ging der EuGH in seiner rechtlichen Analyse ausführlich auf das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ein. Unter Berufung auf seine Entscheidung *Musique Diffusion Française* betonte der Gerichtshof, dass der Einfluss einer Vereinbarung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten entscheidend von der Stellung und der Bedeutung der Parteien auf dem entsprechenden Markt abhängt. Daher sei eine Alleinvertriebsvereinbarung selbst bei absolutem Gebietsschutz vom Verbot des Art. 81 EG nicht erfasst, wenn sie den Markt angesichts der schwachen Stellung der Beteiligten auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse nur geringfügig beeinträchtigt.²³⁸ Der EuGH sah bei der gegenständlichen, drittstaatsbezogenen Vereinbarung in erster Linie aufgrund ihrer Ausrichtung auf einen ausreichenden Absatz der Vertragserzeugnisse auf einem Markt ausserhalb der Gemeinschaft keinen wettbewerbsbeschränkenden Zweck im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG und forderte, da sie folglich ihrem Wesen nach nicht verboten sei, eine **Untersuchung ihrer Auswirkungen**.²³⁹ In seinen weiteren Ausführungen gelangte der Gerichtshof schliesslich zu dem Ergebnis, dass eine solche bewirkte Wettbewerbsbeschränkung insbesondere dann vorliegen könne, wenn auf dem Gemeinschaftsmarkt der betroffenen Erzeugnisse eine oligopolistische Struktur herrsche oder ein spürbarer Unterschied im Preisniveau der betreffenden Erzeugnisse in- und ausserhalb der Gemeinschaft bestehe.²⁴⁰ Wesentlicher Kern dieser Entscheidung ist der auf den gemeinsamen Markt beschränkte Schutzzweck des EG-Kartellrechts.²⁴¹ Hinsichtlich der Auswirkungen einer Vereinbarung auf den Gemeinschaftsmarkt sind strukturell dennoch deutliche Tendenzen zu einer wirkungsorientierten Einzelfallanalyse zu erkennen.

Insgesamt lässt die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte im Bereich der Vertikalabreden eine gewisse Abweichung von den in *Grundig/Consten* aufgestellten Beurteilungsgrundsätzen erkennen. Das betrifft in erster Linie vertikale Abreden, die keine „*bezweckte Wettbewerbsbeeinträchtigung*“ im Sinne des Artikel 81 Abs. 1 EG bedeuten. In solchen Fällen wird nunmehr auf eine „Gesamtbeurteilung der Auswirkungen auf den Marktprozess“ abgestellt.²⁴² Wie selbst die Auswahl an referenzierten Entscheidungen zeigt, werden dabei speziell an die Kommission **hohe Beweisanforderungen** gestellt. Aber auch bei vermeintlich „*bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen*“ scheint eine Abkehr von allzu übertriebenem Formalismus zumindest eingeleitet. In der vielbeachteten Entscheidung *GlaxoSmithKline Services*²⁴³ erblickte das EuG in einer, wie die Parteien im Laufe des Verfahrens bestätigten²⁴⁴, auf die **Begrenzung des Parallelhandels** mit Arzneimitteln

²³⁸ EuGH, *Javico*, Rz. 17; EuGH, *Musique Diffusion Française*, Rz. 85.

²³⁹ EuGH, *Javico*, Rz. 21, 22.

²⁴⁰ EuGH, *Javico*, Rz. 28.

²⁴¹ Siehe *Eckard Reh binder*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker(Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, 4. Auflage, München 2007, A. Internationaler Anwendungsbereich, Rz. 49.

²⁴² *Daniel Zimmer*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker(Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, 4. Auflage, München 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rz. 355.

²⁴³ EuG, Rs. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited/Kommission*, Slg. 2006, II-02969.

²⁴⁴ *GlaxoSmithKline Services*, Rz. 114.

abzielenden Vereinbarung zwischen einem Hersteller und seinen Vertriebshändlern nicht automatisch eine „*bezweckte Wettbewerbsbeschränkung*“. Den absoluten Schutz des Parallelhandels aufweichend, forderte das Gericht von der Kommission eine umfassende Analyse der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, wobei es den Auswirkungen der Vereinbarung auf das Konsumentenwohl besondere Bedeutung beimass. Vor dem Hintergrund der Charakteristika des Arzneimittelsektors berücksichtigte das Gericht auch den Wettbewerb auf der Ebene der **Innovationsfähigkeit**. Der Entscheidung kann unter anderem entnommen werden, dass der Parallelhandel nach Auffassung des EuG „nicht um seiner selbst Willen geschützt [werde], sondern nur insofern, als er dem Endverbraucher die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich der Bezugsquellen oder Preise verschaffe.“²⁴⁵ Zwar ist das EuG in letzter Konsequenz im Rahmen der geforderten Analyse der Auswirkungen der Vereinbarung zu dem Ergebnis gelangt, eine die Beschränkung des Wettbewerbs bewirkende Vereinbarung und somit ein allenfalls zu rechtfertigender Verstoss gegen Artikel 81 Abs. 1 EG liege vor, die Begründung lässt aber Elemente eines Wettbewerbskonzeptes erkennen, nach dem das Verbraucherwohl sowohl auf der Prüfungsebene des Zweckes einer Vereinbarung als auch auf jener ihrer Auswirkungen über die Handlungsfreiheit der Gewerbetreibenden gestellt wird.²⁴⁶

b. Preisempfehlungen im Besonderen

Im Bereich der **Preisempfehlungen** ist neben der *Pronuptia*-Entscheidung des EuGH zunächst auf den Fall *Volkswagen II*²⁴⁷ hinzuweisen. Volkswagen hatte seine Vertragshändler in einem Rundschreiben nachdrücklich aufgefordert, eine in den Händlerverträgen enthaltene Preisempfehlung für Endkundenpreise und Preisnachlässe einzuhalten. Das wurde von der Kommission als Verstoss gegen Artikel 81 Abs. 1 EG qualifiziert und mit einer beträchtlichen Geldstrafe sanktioniert. Das von Volkswagen angerufene Gericht erster Instanz ging in seiner Beurteilung davon aus, dass **tatsächlich einseitige** Massnahmen im Gegensatz zu **scheinbar einseitigen** nicht von Artikel 81 Abs. 1 EG erfasst seien. Um die Anwendbarkeit des Kartellverbotes zu begründen, sei es Sache der Kommission, eine ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Vertragspartner des Herstellers zu dessen Verhalten nachzuweisen. Dieser Beweis war der Kommission nach Auffassung des Gerichts gerade nicht gelungen. Entgegen der Ansicht der Kommission kam es zu dem Ergebnis, dass insbesondere der Abschluss eines rechtmässigen Vertrages, der lediglich die Möglichkeit vorsehe, unverbindliche Preisempfehlungen für Endkundenpreise und Preisnachlässe auszusprechen, keine im Voraus erteilte stillschweigende Zustimmung zu den später

²⁴⁵ Peter Behrens, Parallelhandel und Konsumentenwohl im Lichte des "more economic approach", EuZW 2007/4, 97.

²⁴⁶ Siehe ausführlich Christian Mayer, Zwischen Innovation und Preisvorteil: Die Beschränkung des Parallelhandels mit Arzneimitteln ist nicht zwingend unzulässig, oder etwa doch?, ELR 1/2007, 12 ff., 18; einschränkend ist zu bemerken, dass das EuG die nationalen Krankenversicherungsträger hier ebenfalls als Endverbraucher qualifiziert hat.

²⁴⁷ Kommission, Entscheidung *Volkswagen II*, Abl. 2001 L 262/14.

erfolgten Aufforderungen bedeute.²⁴⁸ Der EuGH bestätigte schliesslich das Urteil des EuG und somit auch die darin vorgenommene Differenzierung zwischen einseitigen und nicht einseitigen Massnahmen im Bereich der Preisempfehlungen sowie die Beweislast auf Seiten der Kommission, eine Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händlern in jedem Einzelfall nachzuweisen.²⁴⁹ Aus dem Urteil kann auch gefolgert werden, dass keine Wettbewerbsabrede vorliegt, wenn sich die Händler lediglich dem Druck des Lieferanten beugen. Unter Berücksichtigung der Entscheidung *Van Landewyck*²⁵⁰ dürfte dagegen der Nachweis einer Initiative der Händler oder ihrer Mitwirkung an der Herausgabe einer Empfehlung für die Annahme einer Vereinbarung im Sinne des Art. 81 EG ausreichend sein.²⁵¹

Im Fall *Yamaha*²⁵² auferlegte die Kommission dem Unternehmen eine Busse wegen einer vertikalen Preisfestsetzung in Italien, Österreich und den Niederlanden. Die Preisempfehlungen waren in den einzelnen Ländern verschiedenartig bezeichnet und ausgestaltet, in Italien und Österreich lagen sogar wertmässig definierte Fixpreise vor. In den Niederlanden durften die Händler maximal einen Rabatt von 15% auf von *Yamaha* in Umlauf gebrachte Preisempfehlungen gewähren. Die Kommission qualifizierte diese Preisempfehlungen in Verbindung mit dem Maximalrabatt folgerichtig als Mindestpreisfestsetzung bei 15% unter der Preisempfehlung.²⁵³ In der Entscheidung *JCB*²⁵⁴ ging es unter anderem um Listen mit Preisempfehlungen für den Einzelhandel. Die Vertriebsverträge zwischen *JCB* und den Händlern enthielten Bestimmungen, welche den Verkaufspreis „*ex works*“ unter Anwendung eines Rabatts auf den empfohlenen Einzelhandelspreis festsetzten. Ähnlich wie in der Entscheidung *Volkswagen* kam das EuG auch hier zu dem Ergebnis, dass die Kommission die Verbindlichkeit der auf diese Weise konstruierten Einzelhandelspreise nicht nachgewiesen hätte. Es sei grundsätzlich Sache des Lieferanten, „die Preise 'ab Werk' festzulegen, die er für seine Erzeugnisse in Rechnung stellt. Die Verträge als solche reichen daher im vorliegenden Fall nicht aus, um die unmittelbare oder mittelbare Festlegung der Einzelhandelspreise darzutun.“²⁵⁵

Aus der zitierten Rechtsprechung folgt trotz Divergenzen im Detail die vorliegend wichtige Erkenntnis, dass die Wettbewerbsbehörde auch bei **Preisempfehlungen** eine relativ **hohe Beweislast** trägt. Diese Linie zeichnet sich durch eine gewisse Toleranz für Preisempfehlungen aus, deren Auswirkungen im Einzelfall nicht genau nachgewiesen werden können. Damit bestätigt sich auch hier die langsam aber deutlich sich

²⁴⁸ EuG, Rs. T-208/01, *Volkswagen II*, Slg. 2003, II-05141, Rz. 43, 55 ff, 64 ff.

²⁴⁹ EuGH, Rs. C-74/04, *Volkswagen II*, Slg. 2006, I-6585, 36.

²⁵⁰ EuGH, verb. Rs. 209 bis 215 und 218/78, *Van Landewyck u.a./Komm.*, Slg. 1980, 3125.

²⁵¹ *Van Landewyck*, Rz. 86; Steffen Nolte, in: Eugen Langen/Hermann-Josef Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, 10. Auflage, München 2006, 327.

²⁵² Kommission, Entscheidung *Yamaha*, Case COMP/37.975 PO/Yamaha.

²⁵³ *Yamaha*, Rz. 126.

²⁵⁴ EuG, Rs. T-67/01, *JCB Services/Komm.*, Slg. 2004, II-49.

²⁵⁵ *JCB*, Rz. 126.

abzeichnende Abkehr von einem strikten Strukturalismus zugunsten einer **ökonomischen Einzelfallanalyse**.

8. Kfz-Vertrieb im Besonderen

Die Kfz-GFVO der Gemeinschaft erfasst den Kraftfahrzeughandel, den Ersatzteilmarkt sowie vertikale Vereinbarungen über Wartungs- und Reparaturleistungen. Wenngleich sie ebenso wie die Vertikal-GFVO zentral auf dem Konzept von Marktanteilsschwellen aufgebaut ist, geht sie in zahlreichen Aspekten noch über diese hinaus.²⁵⁶ Das Ziel der Stärkung der Position der Händler gegenüber den tendenziell **marktmächtigen Herstellern** wird durch Vorschriften wie der generellen Untersagung von Wettbewerbsverboten zur Ermöglichung des Mehrmarkenvertriebes oder das Erfordernis, in Vertriebsverträge Schutzbestimmungen zugunsten der Händler aufzunehmen, zu erreichen versucht. Gemäss Artikel 3 Abs. 1 Kfz-GFVO liegt die Marktanteilsschwelle, innerhalb der die Freistellung gilt, bei 30%. Im Falle der im Kfz-Vertrieb häufig benutzten quantitativ selektiven Vertriebssysteme, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Lieferant Merkmale für die Auswahl der Händler und Werkstätten benutzt, die deren Zahl unmittelbar begrenzt (Artikel 1 lit. g Kfz-GFVO), liegt die Schwelle bei 40%. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die Schwellen sich auf den jeweils relevanten Markt beziehen, der in diesem Fall sachlich auf einzelne Fahrzeugkategorien und räumlich auf die einzelnen Mitgliedstaaten begrenzt ist.²⁵⁷

Wie bei der Vertikal-GFVO führen Kernbeschränkungen zur Unanwendbarkeit der gesamten Kfz-GFVO. Zu diesen zählen gemäss Artikel 4 Kfz-GFVO u.a. wieder die Festsetzung von Fest- oder Mindestpreisen, Beschränkungen des Gebietes oder des Kundenkreises, oder das Verbot von Querlieferungen. Die entsprechenden Ausnahmen und Einschränkungen sind an die Vertikal-GFVO angelehnt. Im Zentrum der Kernbeschränkungen steht jedenfalls auch hier der absolute Gebietsschutz, Parallelimporte sollen ermöglicht werden. Für die in Artikel 5 Kfz-GFVO aufgelisteten Verpflichtungen wie unmittelbare und mittelbare Wettbewerbsverbote oder Beschränkungen des Mehrmarkenvertriebs gilt die Freistellung nicht, ohne dass allerdings die Kfz-GFVO auf die gesamte Vereinbarung unanwendbar wird. Mit Ablauf der Geltungsdauer der Kfz-GFVO am 31. Mai 2010 sollten auch für den Kfz-Sektor die allgemeinen Regeln gelten.²⁵⁸ Die Kommission scheint eine Revision zu erwägen.²⁵⁹

²⁵⁶ Volker Emmerich, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 5, Rz. 33.

²⁵⁷ Volker Emmerich, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 5, Rz. 34.

²⁵⁸ Volker Emmerich, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 5, Rz. 35.

²⁵⁹ Vgl. Emil Paulis, Vertical Restraints Revisited: Where Are We After 7 Years? in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007, Basel 2008, 319.

IV. Deutschland

In Deutschland besteht traditionell ein eher **strukturalistisches Verständnis** der Wettbewerbspolitik. Die Forderungen der Chicago-School werden nur zurückhaltend aufgenommen, und auch gegen den „more economic approach“ der Europäischen Kommission regt sich Widerstand.²⁶⁰

Gesetzliche Grundlage für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung vertikaler Abreden ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), das 2005 durch die 7. GWB-Novelle²⁶¹ weitgehend an das Regime des EGV und insbesondere an die Verordnung 1/2003 angepasst wurde. Damit hat man bewusst eine unterschiedliche Behandlung von Beschränkungen, die sich ausschliesslich im Inland auswirken, und solchen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, vermieden.²⁶²

Vertikale Abreden fallen nunmehr auch unter die Art. 81 Abs. 1 EG nachgebildete Generalklausel des § 1 GWB, die „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken“, verbietet. Die differenzierte Behandlung in § 14 ff. GWB a.F. ist mit der Novellierung entfallen. Die zivilrechtliche Nichtigkeit einer gemäss dieser Bestimmung unzulässigen Abrede ergibt sich aus § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB.²⁶³ Auf Vereinbarungen, die vor Inkrafttreten der 7. Novelle abgeschlossen worden sind, findet gemäss dem Meistbegünstigungsgrundsatz die jeweils mildere Regelung Anwendung.²⁶⁴ In Ermangelung einer gesetzlich verankerten Definition vertikaler Abreden im deutschen Recht kann auf die Vertikal-GFVO zurückgegriffen werden.²⁶⁵

In Anlehnung an Art. 81 Abs. 3 EG sind gemäss § 2 GWB Vereinbarungen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, vom Kartellverbot des § 1 GWB **freigestellt**. Das gilt unter der Voraussetzung, dass den beteiligten Unternehmen keine für die Erreichung dieser Ziele nicht unerlässlichen Beschränkungen auferlegt werden und ihnen keine Möglichkeit eröffnet wird, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Hinsichtlich der Anwendung der Freistellung wird in § 2 Abs. 2 GWB in Form einer **dynamischen Verweisung**²⁶⁶ ungeachtet des

²⁶⁰ Vgl. z.B. das Referat von *Jürgen Basedow* an der Internationalen Kartellkonferenz in München vom 26./27. März 2007.

²⁶¹ BGBl. I S. 1954.

²⁶² *Volker Emmerich*, Kartellrecht, § 2, Rz. 11.

²⁶³ *Rainer Bechtold*, GWB, § 1 Rz. 1.

²⁶⁴ *Markus M. Wirtz/Silke Möller*, in: *Getting Global Competition Review*, Stephen Kinsella (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008, Germany*, 82.

²⁶⁵ *Markus M. Wirtz/Silke Möller*, in: *Getting Global Competition Review*, Stephen Kinsella (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008, Germany*, 82.

²⁶⁶ *Volker Emmerich*, Kartellrecht, § 22, Rz. 2.

Kriteriums der Zwischenstaatlichkeit auf die Geltung der Gruppenfreistellungsverordnungen des Gemeinschaftsrechts Bezug genommen. Das hat zur Folge, dass die dort niedergelegten Prinzipien im Hinblick auf die Beurteilung von Wettbewerbsabreden auch auf rein nationale Sachverhalte zur Anwendung kommen.

Die Anzahl der sektoriellen Ausnahmen vom Kartellverbot wurden mit der 7. Novelle drastisch reduziert. Spezifische Ausnahmeregelungen existieren nur noch für Mittelstandskartelle (§ 3 GWB)²⁶⁷ sowie für die Bereiche Landwirtschaft (§ 28 GWB) und Zeitungen bzw. Zeitschriften (§ 30 GWB). Letztere Ausnahme, die der Erlaubnis von **Preisbindungen für Presseerzeugnisse** gleichkommt, ist gerade im Blick auf grenzüberschreitende Sachverhalte im deutschsprachigen Raum gemeinschaftsrechtlich bedenklich.²⁶⁸ In der Bekanntmachung des Bundeskartellamtes (BKartA) über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung²⁶⁹ werden die Grundsätze dargelegt, nach denen das Amt von einer Verfahrenseinleitung wegen **Geringfügigkeit** absieht. Vertikale Vereinbarungen, an denen Unternehmen beteiligt sind, von denen keines einen Marktanteil von mehr als 15% auf einem der betroffenen Märkte hält, werden nicht aufgegriffen. Der Verdacht eines kumulativen Marktabschottungseffektes auf einem betroffenen Markt führt zu einem Absinken der Schwelle auf 5%, wobei davon ausgegangen wird, dass ein solcher Effekt nur dann anzunehmen ist, wenn mindestens 30% des Marktes von nebeneinanderstehenden Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen haben, abgedeckt werden. Als **Kernbeschränkungen**, die vom Geltungsbereich der Bagatellbekanntmachung ausgenommen sind, gelten gemäss ihren Ziff. 13 ff. Vereinbarungen, die (a) im Hinblick auf Dritte die Festsetzung von Preisen oder Preisbestandteilen beim Ein- oder Verkauf von Erzeugnissen bzw. beim Bezug von Dienstleistungen, oder (b) die Beschränkung von Produktion, Bezug oder Absatz von Waren oder Dienstleistungen, insbesondere durch die Aufteilung von Versorgungsquellen, Märkten oder Abnehmern bezwecken oder bewirken.²⁷⁰

Die Festlegung von **Fest- und Mindestpreisen** stellt nach dem auf die europarechtlichen Vorgaben verweisenden deutschen Recht eine Kernbeschränkung dar. Die Rechtsprechung setzt im Falle verbotener Preisbindungen eine gewisse

²⁶⁷ Gemäss ihrer Ziff. 27 ist die Bekanntmachung des Bundeskartellamtes für kleine und mittlere Unternehmen nur auf horizontal wirkende Vereinbarungen anwendbar. http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

²⁶⁸ Ausführlich *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Rz. 13 ff.

²⁶⁹ Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung vom 13. März 2007 ("Bagatellbekanntmachung"), http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07Bagatellbekanntmachung.pdf, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

²⁷⁰

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07Bagatellbekanntmachung.pdf.

Erheblichkeit voraus, es muss zu einer spürbaren Beeinträchtigung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit des Gebundenen kommen.²⁷¹ Ebenfalls unzulässig ist die Vorgabe preisbildender Faktoren oder eines bestimmten Kalkulationsschemas. Gleiches gilt für die Festsetzung von Gewinnspannen, Rabatten, Skonti und Frachtsätzen.²⁷² **Gebietsbeschränkungen** können nach Massgabe der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien des Gemeinschaftsrechts im Rahmen von § 2 GWB freigestellt und somit vom Kartellverbot ausgenommen sein. Gleiches gilt für **Beschränkungen des Kundenkreises**. Selektive Vertriebssysteme werden ebenfalls im Lichte des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts beurteilt. Eine landesspezifische Ausnahme stellt dabei § 20 GWB dar. Nach dieser Vorschrift können Lieferverweigerungen gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen, die auf die von der Verweigerung betroffenen Produkte angewiesen sind, selbst dann als diskriminierend und missbräuchlich qualifiziert werden, wenn das verweigernde Unternehmen **nicht marktbeherrschend** ist. Daraus können sich freilich Auswirkungen auf die Auswahl der Händler im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems ergeben.

Zu immer wiederkehrenden Diskussionen führen in Deutschland hohe **Bedarfsdeckungsverpflichtungen**. Grundsätzlich gilt ein einzelner Liefervertrag auch dann nicht als wettbewerbsbeschränkend, wenn der gesamte Bedarf des Käufers abgedeckt wird. Entscheidendes Kriterium zur Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Gesamtbedarfsdeckungsverträgen ist, ob und für welche Dauer der Käufer nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch am Abschluss weiterer Verträge mit Dritten gehindert wird. Trotz einer gebotenen differenzierten Betrachtung hinsichtlich der betroffenen Waren und Märkte und des Grades der Beeinträchtigung Dritter hat sich gezeigt, dass **Alleinbezugsverträge** bis zu einer Dauer von zwei Jahren als tendenziell unbedenklich eingestuft werden.²⁷³ Bei einer Dauer von zwischen zwei und fünf Jahren verstossen Alleinbezugsvereinbarungen in der Regel zwar gegen § 1 GWB, können aber gemäss § 2 GWB, und damit wiederum nach Massgabe des EG-Rechts, freigestellt sein. Werden weniger als 100% von einer Bedarfsdeckungsvereinbarung erfasst, so ist eine weniger strenge Beurteilung angezeigt.

V. Niederlande

In den Niederlanden werden horizontale wie vertikale Abreden nach dem Wettbewerbsgesetz von 1998 (Mededingingswet, MW) beurteilt, das in den Jahren 2004 und 2007 novelliert wurde. Artikel 6 Abs. 1 MW ist dem Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG nachgebildet. Rechtsfolge eines Kartellrechtsverstosses ist die zivilrechtliche Nichtigkeit. Die Voraussetzungen der Ausnahmen vom Kartellverbot in Art. 6 Abs. 3 MW reflektieren die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG. Das Verbot des Art. 6 Abs. 1 MW findet keine Anwendung, wenn die fragliche Vereinbarung von einer

²⁷¹ BGH, WuW/E DE-R 1101 ff., 105; *Bechtold*, GWB, § 1 Rz. 50.

²⁷² *Rainer Bechtold*, GWB, § 1 Rz. 50.

²⁷³ *Rainer Bechtold*, GWB, § 1 Rz. 56.

Gruppenfreistellungsverordnung des Gemeinschaftsrechts erfasst wird.²⁷⁴ Nationale Gruppenfreistellungsverordnungen bestehen für Klein- und Mittelbetriebe im Bereich des Beschaffungswesens, im Zusammenhang mit Einkaufszentren und im Einzelhandel.

Artikel 7 Abs. 1 MW enthält eine **De-Minimis-Bestimmung**, die Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen unter bestimmten Voraussetzungen vom Verbot des Art. 6 Abs. 1 MW ausnimmt. Das ist der Fall, wenn (a) an der Vereinbarung, dem Beschluss oder der abgestimmten Verhaltensweise nicht mehr als acht Unternehmen beteiligt sind und (b) der gemeinsame Umsatz der beteiligten Unternehmen im vorangegangenen Kalenderjahr 5.550.000 Euro für Vereinbarungen zwischen Unternehmen, deren Kerngeschäft die Lieferung von Waren ist, bzw. 1.100.000 Euro in allen anderen Fällen (z.B. der Erbringung von Dienstleistungen) nicht übersteigt. Eine **weitere Ausnahme** besteht, wenn der gemeinsame Marktanteil der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen 5% und der gemeinsame Umsatz im vorangegangenen Kalenderjahr 40.000.000 Euro nicht übersteigen. Die Ausnahmebestimmung des Art. 7 MW gilt grundsätzlich **auch für Kernbeschränkungen**, worin ein **deutlicher Unterschied zum Gemeinschaftsrecht** besteht, dessen De-Minimis-Bekanntmachung eine Liste von Kernbeschränkungen enthält.²⁷⁵ Art. 9 MW erlaubt es der Wettbewerbsbehörde aber dennoch, Art. 6 Abs. 1 MW auf Vereinbarungen anzuwenden, die von der Ausnahme des Art. 7 erfasst sind.

Vertikale Beschränkungen werden im MW nicht definiert. Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat auf ihrer Homepage eine Broschüre publiziert, in der sie ihre Policy gegenüber solchen Abreden erläutert. Die dort aufgelisteten Kernbeschränkungen, die zu einer Unabwendbarkeit einer allfälligen Freistellung auf die gesamte Vereinbarung führen, entsprechen den **Kernbeschränkungen** der Vertikal-GFVO.

Preisbindungen zweiter Hand und Beschränkungen des Absatzgebietes oder des Kundenkreises gelten gemäss der Vertikal-GFVO auch in den Niederlanden als Kernbeschränkungen, können aber, wie ausgeführt, von der nationalen De-Minimis-Ausnahme erfasst sein, sofern keine Zwischenstaatlichkeit vorliegt.²⁷⁶

VI. Vereinigtes Königreich

Gesetzliche Grundlage für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung **horizontaler wie vertikaler** Abreden im Vereinigten Königreich ist das Kartellgesetz von 1998 (Competition Act 1998; CA). Section 2 (1) CA untersagt Vereinbarungen zwischen

²⁷⁴ *Liesette Bieleveld/Simone Davina*, in: *Getting Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, The Netherlands, 134.

²⁷⁵ Vgl. *Liesette Bieleveld/Simone Davina*, in: *Getting Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, The Netherlands, 135.

²⁷⁶ *Liesette Bieleveld/Simone Davina*, in: *Getting Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, The Netherlands, 136.

Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die geeignet sind, den Handel im Vereinigten Königreich zu beeinträchtigen, und eine Verhinderung, Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs ebendort bezwecken oder bewirken. Der Beispielkatalog von Section 2 (2) CA entspricht wörtlich dem in Artikel 81 Abs. 1 EG. Section 2 (4) CA statuiert die Nichtigkeit der von diesem Kartellverbot erfassten Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen. Ausgenommen sind Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, welche die Kriterien der Section 9 (1) erfüllen. Diese sind den Freistellungsvoraussetzungen des Artikel 81 Abs. 3 EG nachgebildet.

Vertikale Abreden unterliegen erst seit 1. Mai 2005 dem allgemeinen Kartellverbot gemäss Section 2 (1) CA. Davor waren vertikale Abreden lediglich der Marktmachtmissbrauchsaufsicht gemäss Chapter 2 CA sowie allfälligen Marktuntersuchungen durch die britische Wettbewerbsbehörde (Office of Fair Trading, OFT) auf der Grundlage von Section 5 Enterprise Act 2002 unterstellt. Parallel zur Modernisierung des Kartellrechts der EG durch die Verordnung 1/2003 hat die britische Regierung eine Abkehr von dieser horizontale und vertikale Abreden unterschiedlich behandelnden Politik vollzogen und damit eine entscheidende Annäherung an das Gemeinschaftsrecht vorgenommen, die über die unbedingt notwendigen Modifikationen hinausgeht. Mit einer Übergangsfrist wurde den Unternehmen Gelegenheit gegeben, ihre Verträge auf Vereinbarkeit mit der neuen Rechtslage zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.²⁷⁷

Eine bemerkenswerte Verbindung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht wird überdies durch das System der „parallel exemption“ gemäss Section 10 (2) CA hergestellt. Diese Bestimmung besagt, dass eine Vereinbarung, welche die Freistellungsvoraussetzungen eines „safe harbour“ einer GFVO der EG erfüllen würde, auch im nationalen Recht von dieser Freistellung profitiert, selbst wenn das Kriterium der **Zwischenstaatlichkeit fehlt**. Die Regelung geht damit über die Anforderungen des Artikel 3 der Verordnung 1/2003 hinaus, die nationale Gerichte und Behörden bloss verpflichten, Artikel 81 und 82 EG immer dann zusammen mit den massgeblichen einzelstaatlichen Wettbewerbsvorschriften anzuwenden, wenn die fraglichen Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmten Verhaltensweisen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Schliesslich erklärt dieses System neben der Vertikal-GFVO auch alle anderen GFVO der Gemeinschaft im britischen Recht für anwendbar, insbesondere auch die vertikal ausgerichtete Kfz-GFVO. Die **Leitlinien des OFT** zu vertikalen Abreden²⁷⁸ verweisen bei der Definition vertikaler Abreden auf die Vertikal-GFVO der EG. Auf diese nimmt das OFT bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung ebenso Bedacht wie auf die *De-Minimis*-Bekanntmachung und die Vertikal-Leitlinien der Gemeinschaft.

²⁷⁷ Maher M. Dabbah, EC and UK Competition Law, Cambridge 2004, 196.

²⁷⁸ Office of Fair Trading, Vertical agreements: Competition Law Guideline, http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/ca98_guidelines/of419.pdf, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

Gemäss Section 60 CA haben das OFT sowie die Gerichte und Regulatoren sicherzustellen, dass es vorbehaltlich allfälliger gesetzlich festgelegter Unterschiede zu **keiner Inkonsistenz** zwischen dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und dem des Vereinigten Königreichs kommt. Gerichte werden explizit dazu angehalten, eine solche Inkonsistenz zwischen ihren Entscheidungen und den Prinzipien des EG-Vertrages sowie den Urteilen des EuGH zu vermeiden. Ebenso haben sie gemäss Section 60 (3) CA massgebliche Entscheidungen und Standpunkte der Europäischen Kommission zu berücksichtigen.

Die zahlreichen Verweisungen auf Europäisches Recht haben zur Folge, dass zwischen den beiden Wettbewerbsordnungen **kaum Unterschiede** bestehen. So entsprechen die **vertikalen Kernbeschränkungen** im Wettbewerbsrecht des Vereinigten Königreiches den Kernbeschränkungen der Vertikal-GFVO. Auch die Marktanteilsschwellen der *De-Minimis*-Bekanntmachung gelten entsprechend. Eine geringfügige Abweichung stellt Section 39 CA dar, die Beteiligte an „small agreements“ unter gewissen Voraussetzungen vor Geldbussen schützt. Diese teilweise Immunität kann allerdings entzogen werden. Eine generelle Ausnahme von Chapter 1 CA besteht für „land agreements“, die gemäss der *Land Agreements and Revocation Order*²⁷⁹ keinem Kartellverbot unterstehen.

Die Festsetzung von **Fest- oder Mindestpreisen** gilt auch im Vereinigten Königreich als Kernbeschränkung, die von keiner Freistellung erfasst wird und in aller Regel auch nicht gemäss der allgemeinen Regel der Section 9 CA zu rechtfertigen ist.²⁸⁰ **Preisempfehlungen** sind zulässig, solange Abweichungen möglich sind. Gebietsbeschränkungen werden ebenfalls als Kernbeschränkungen qualifiziert und erweisen sich für gewöhnlich auch im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung gemäss Section 9 CA als nicht gerechtfertigt. Zulässig sind Beschränkungen innerhalb eines **exklusiven Vertriebssystems**, welche es den Vertragshändlern verbieten, die von der Vereinbarung erfassten Produkte aktiv in einem Gebiet zu verkaufen, für das anderen Vertragshändlern Exklusivität zugesichert wurde oder für das sich der Hersteller selbst solche Exklusivität vorbehalten hat. Beschränkungen des **passiven Verkaufs** führen jedenfalls zur Unzulässigkeit der Abrede. Dabei handelt es sich aber nicht um eine länderspezifische Regelung, sondern wiederum um die Anwendung bzw. Rezeption Europäischen Rechts. Schliesslich stehen weder das Vorliegen einer Kernbeschränkung noch das Überschreiten der Marktanteilsschwelle im Sinne der Vertikal-GFVO der Prüfung einer Einzelfreistellung gemäss Artikel 81 Abs. 3 EG entgegen. Gleiches gilt im Vereinigten Königreich für eine Prüfung gemäss Section 9 CA. Die entsprechenden Ausnahmen der Vertikal-GFVO gelten ebenso wie für Beschränkungen des Kundenkreises.

²⁷⁹ SI 2004/1260.

²⁸⁰ *Stephen Kinsella/David Went/Patrick Harrison*, in: *Getting Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements* 2008, United Kingdom, 205.

VII. Schweden

Gesetzliche Grundlage für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung **horizontaler wie vertikaler Abreden** in Schweden ist das Wettbewerbsgesetz von 1993 (1993:20, Schwedisches Kartellgesetz; SKG). Dieses Gesetz wurde 2004 umfassend an die Rechtslage auf europäischer Ebene, insbesondere an die Vorgaben der Verordnung 1/2003, angepasst. Artikel 6 Abs. 1 SKG untersagt Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem schwedischen Markt in spürbarem Ausmass bezwecken oder bewirken. Der Beispielkatalog des Abs. 2 entspricht wörtlich dem in Artikel 81 Abs. 1 EG. Als Rechtsfolge verbotener Vereinbarungen statuiert Artikel 7 SKG Nichtigkeit. Der Begriff der Vereinbarungen erstreckt sich dabei kraft ausdrücklicher gesetzlicher Definition auch auf Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Eine Definition oder spezielle Regelung für vertikale Abreden existiert auf gesetzlicher Ebene nicht.

Gestützt auf Artikel 8a SKG hat die Wettbewerbsbehörde eine **Gruppenfreistellungsverordnung** für vertikale Abreden erlassen.²⁸¹ Leitlinien wurden dazu nicht veröffentlicht. Die schwedische GFVO entspricht über weite Strecken der Vertikal-GFVO der Europäischen Gemeinschaft, womit ein Rückgriff auf die dazugehörigen Leitlinien angezeigt ist. Ein bedeutender Unterschied besteht allerdings bei der Marktanteilsschwelle. Während die europäische Vertikal-GFVO mit einem Schwellenwert von 30% operiert, wird dieser Grenzwert in ihrem schwedischen Pendant bei 35% angesetzt. Vorbehaltlich des Vorliegens einer oder mehrerer Kernbeschränkungen werden in Schweden Vereinbarungen vom Verbot des Artikels 6 Abs. 1 SKG dann nicht erfasst, wenn der Marktanteil der beteiligten Lieferanten am relevanten Markt 35% nicht überschreitet. Im Falle exklusiver Lieferverpflichtungen ist der Marktanteil des Käufers entscheidend. Das Konzept der spürbaren Auswirkungen auf den schwedischen Markt wird zudem in einer **De-Minimis-Bekanntmachung** der Wettbewerbsbehörde²⁸² näher definiert. Die darin niedergeschriebenen Leitlinien orientieren sich stark an der *De-Minimis-Bekanntmachung* der Europäischen Kommission. Abweichungen betreffen aber hauptsächlich den Bereich der horizontalen Abreden.²⁸³ **Vertikale Abreden** sind vom Verbot des Artikel 6 Abs. 1 SKG ausgenommen, wenn die an ihnen beteiligten Unternehmen eine Marktanteilsschwelle von 15% nicht überschreiten. Hier ist allerdings, anders als auf europäischer Ebene und in der Schweiz, der kumulierte Marktanteil aller beteiligten Unternehmen massgeblich.

Die wiederum mit den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts korrespondierenden **Kernbeschränkungen** stehen sowohl der Anwendung der schwedischen GFVO als

²⁸¹ 2000:1193.

²⁸² KKVFS 2004:1.

²⁸³ Vgl. *Claes Langenius/Joakim Sundbom/Patricia Helanow*, in: *Getting Global Competition Review*, *Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, Sweden, 191.

auch der *De-Minimis*-Regel entgegen. In einem solchen Fall greift keine Unzulässigkeitsvermutung ein, sondern die jeweilige Abrede²⁸⁴ wird auf der Grundlage von Art. 8 SKG, der die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG als Ausnahmetatbestände rezipiert, individuell beurteilt.

Die Festsetzung von **Fest- oder Mindestpreisen** gilt auch in Schweden als Kernbeschränkung. **Preisempfehlungen** werden grundsätzlich als zulässig erachtet, können aber in Form einer versteckten Vereinbarung wie Preisfestsetzungen wirken. Die Praxis der Wettbewerbsbehörde verlangt im Falle von Preisempfehlungen als Kriterium für ihre Zulässigkeit die Klarstellung, dass von diesen Empfehlungen **abgewichen** werden kann.²⁸⁵ **Absolute Gebietsbeschränkungen** gelten als Kernbeschränkungen, wobei Beschränkungen des aktiven Verkaufs vorgenommen werden dürfen, sofern sie ein Gebiet betreffen, für das ein anderer Händler oder Käufer über Exklusivrechte verfügt. Jedenfalls unzulässig ist ein **Verbot passiver Verkäufe**. Ähnliches gilt für Beschränkungen des Kundenkreises. Beide Bereiche sind mit Ausnahme der erwähnten Abweichungen gleich geregelt wie im Gemeinschaftsrecht.

Selektive Vertriebssysteme unterliegen der allgemeinen Regel des Artikel 6 Abs. 1 SKG. Grundsätzlich werden sie im Einklang mit der gängigen Praxis in anderen Staaten und der Europäischen Gemeinschaft als zulässig angesehen, wenn die Eigenschaften der relevanten Produkte ein selektives Vertriebssystem begründen, und die Auswahl der Vertriebshändler anhand objektiver Kriterien, die einheitlich auf alle möglichen Vertriebshändler angewandt werden, vorgenommen wird. **Produktspezifisch** hat die schwedische Wettbewerbsbehörde in ihrer Entscheidungspraxis selektive Vertriebssysteme für Kraftfahrzeuge, Skiausrüstungen, In-Line-Skates, Drucker, Computerserver sowie für Zeitungen und Luxusgüter als zulässig anerkannt. Ebenfalls akzeptiert wurden qualitative Auswahlkriterien, welche die Ausstattung der Verkaufsräumlichkeiten und die Ausbildung des Personals betreffen. Rein quantitative Kriterien wurden in der Regel für unzulässig erklärt. Die Auswahl der Vertriebshändler hat in jedem Fall in nicht-diskriminierender Weise zu erfolgen.

²⁸⁴ Siehe *Claes Langenius/Joakim Sundbom/Patricia Helanow*, in: *Getting Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, Sweden, 193.

²⁸⁵ MD 2002:5; *Claes Langenius/Joakim Sundbom/Patricia Helanow*, in: *Getting Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, Sweden, 193.

C. Abweichungen

I. Art. 5 Abs. 4 KG und seine Konkretisierung durch die WEKO

Die Rechtsvergleichung hat ergeben, dass es bei der Beurteilung von Vertikalabreden v.a. auf die **konkreten Marktverhältnisse** ankommt. Im Gemeinschaftsrecht findet bei der Beurteilung vertikaler Beschränkungen eine sukzessive Lockerung statt. Mittlerweile ist nach den Vorgaben des EuGH eine **wirkungsorientierte Einzelfallanalyse** massgeblich. Die Rechtsprechung des EuG hat sogar zu einer Aufweichung des absoluten Schutzes des Parallelhandels geführt. Gleiches gilt *mutatis mutandis* in den untersuchten Jurisdiktionen der EU-Mitgliedstaaten und im U.S.-amerikanischen Recht. Im Blick auf den „more economic approach“, der das Gemeinschaftsrecht gerade im Bereich der Vertikalbeschränkungen prägt, darf der Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 4 KG nicht durch zu starre Regeln in der VBM petrifiziert werden. Eine Marktabschottung muss gemäss der neueren Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte von der Europäischen Kommission nachgewiesen werden. Zwar sind die Dinge nicht abschliessend geklärt, dennoch gibt es klare Anhaltspunkte dafür, dass die Gerichte auch bei Kernbeschränkungen eine **Wirkungsanalyse** fordern.

Der Kartellgesetzgeber von 1995 und 2003 hat das schweizerische materielle Kartellrecht durch die Übernahme gemeinschaftsrechtlicher Schlüsselbegriffe und Schlüsselkonzepte nahezu auf europäischen Standard gebracht. Die Rechtslage im Bereich der Vertikalbeschränkungen ähnelt der des Gemeinschaftsrechts.

Allerdings weicht das schweizerische Recht schon wegen Art. 5 Abs. 4 KG ein Stück weit vom europäischen und internationalen Trend ab, der durch eine Tendenz in Richtung **Flexibilisierung** und **Einzelfallbetrachtung** aufgrund der konkreten Marktverhältnisse gekennzeichnet ist. Mit Art. 5 Abs. 4 KG ist die **Zweistufigkeit** der Widerlegungs- und Rechtfertigungsmechanik auch auf bestimmte Vertikalbeschränkungen übertragen worden.

Aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers von 2003 soll der **Intrabrand-Wettbewerb** besonders geschützt werden. Allerdings ist das Thema der Vertikalbeschränkungen von den Befürwortern einer strikten, am unbedingten Schutz des Intrabrand-Wettbewerbs ausgerichteten, Lösung zu sehr hochstilisiert worden. Mitunter wurde gar der Eindruck erweckt, dass der Krieg um einen funktionierenden Wettbewerb an der Vertikalfront gewonnen werden muss. Dass Kategorien vertikaler Abreden, die nach ökonomischen Erkenntnissen und europäischer und amerikanischer Praxis als ambivalent gelten, hierzulande einer **doppelten**, mit einem Vermutungstatbestand belasteten **Prüfung**, unterzogen werden, ist problematisch.

Ein Grundproblem der VBM ist zunächst das **Fehlen eines Praxisfundaments**. Darauf wurde bereits in Teil 1 dieser Studie hingewiesen. Im übrigen drängt sich ein Blick auf

die **Vorgeschichte** auf. Art. 5 Abs. 4 KG, der auf Betreiben des Parlaments in das KG aufgenommen wurde, war als Massnahme zur Bekämpfung der sog. „Hochpreisinsel Schweiz“ gedacht. Das Sekretariat der WEKO nahm diesen Ball mit dem Ziel auf, Praxis zu den Vertikalbeschränkungen zu schaffen. Im Jahresbericht 2003 zog die WEKO aufgrund von nicht weniger als **120 geprüften Fällen** im Vertikalbereich folgendes Fazit:

„Das Sekretariat hat also zahlreiche Fälle in denjenigen Bereichen bearbeitet, in denen hohe Erwartungen der Medien und der Politik hinsichtlich Vertikalfällen bestanden. Trotzdem hat das Sekretariat bisher **keine problematischen Fälle** im Sinne der VertBM feststellen können und keine einzige Untersuchung eröffnet.

d) Zusammenfassung der Auswirkungen der VertBM

Mit Beschränkung auf die 76 abgeschlossenen Fälle ist festzustellen, dass das Sekretariat **nicht in der Lage war, eine unzulässige vertikale Vereinbarung nachzuweisen**. Die Gründe für den Abschluss eines Falles lassen sich wie folgt kurz zusammenfassen: a) In 22 Fällen (29%) war das KG nicht anwendbar b) in 48 Fällen (63%) gab es keine wettbewerbsrechtlichen Probleme, und c) in 6 Fällen (8%) kam es zu einer einvernehmlichen Regelung.“²⁸⁶

Dass die WEKO trotz dieses ernüchternden Befundes und offenbar entgegen dem Ratschlag eines einflussreichen Beamten der Generaldirektion Wettbewerb in der Europäischen Kommission die VBM erliess, ist erstaunlich.

Bei vielen Beobachtern ist der Eindruck entstanden, dass mit der Formulierung in Ziff. 10(2) VBM, die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs könne nicht durch den **blossen Nachweis von Interbrand-Wettbewerb** widerlegt werden, eine zusätzliche Wertung festgeschrieben wurde, welche dem Interbrand-Wettbewerb im Prüfungsprozess nicht die Rolle zuweist, die er in den verglichenen Rechtsordnungen hat.²⁸⁷ Wenn diese Lesart von Ziff. 10(2) VBM richtig wäre, so würde die (nebenamtlich tätige) schweizerische WEKO als einzige Wettbewerbsbehörde beanspruchen, sie habe eine Art Patentlösung für ein Problem gefunden, das weder die Ökonomie noch die jahrzehntelange Spruchpraxis der Gerichte in den USA und in der Europäischen Gemeinschaften eindeutigen zu lösen vermochten.

Aktuelle und frühere Mitglieder der WEKO betonen allerdings, dass die in Frage stehende Lesart von Ziff. 10(2) VBM verfehlt sei. Mit der dort verwendeten Formulierung solle keineswegs gesagt werden, dass dem Interbrand-Wettbewerb nicht

²⁸⁶ RPW 2004/1, 4 f., Sperrungen hinzugefügt.

²⁸⁷ Vgl. z.B. *Jürg Borer*, Vertikalabreden, in: Carl Baudenbacher, Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007, Basel 2008, 332.

eine wichtige Rolle zufalle. Man könne den Ansatz der WEKO in dieser Frage nicht als Ausdruck überholten Strukturalismus bezeichnen. Im Jahresbericht 2007 hat die WEKO ihre Sicht der Dinge folgendermassen umschrieben:

„Formulierung und Aufbau der revidierten Bekanntmachung lehnen sich eng an das europäische Recht an. **Es werden keine strengeren Beurteilungsregeln aufgestellt als in der Europäischen Union.** Im Allgemeinen sind nach europäischem Recht zulässige Vertriebsverträge auch in der Schweiz zulässig. Umgekehrt gelten nach europäischem Recht verbotene Verträge auch in der Schweiz als unzulässig. Ferner wurde die revidierte Bekanntmachung dem neuen Art. 5 Abs. 4 KG angepasst. Danach beseitigen Vertriebsverträge, die Preisabreden enthalten oder einen absoluten Gebietsschutz konstituieren, vermutlich den wirksamen Wettbewerb. **In diesem Zusammenhang misst die Weko dem Interbrand-Wettbewerb eine besondere, allerdings nicht allein entscheidende Bedeutung zu.** Mögliche Effizienzgewinne finden weiterhin Berücksichtigung, etwa wenn es um eine erleichterte und rasche Erschliessung des Schweizer Marktes bei der Einführung eines neuen Produktes geht. Die neue Bekanntmachung enthält zudem Vorgaben zu Preisempfehlungen. Letztere werden mit der Festsetzung von Wiederverkaufspreisen gleichgesetzt, wenn sie in Empfehlungsform gekleidete Abreden darstellen.“²⁸⁸

Die verschiedenen Lesarten von Ziff. 10(2) VBM zeigen, dass hier in einem zentralen Punkt **Unklarheit** besteht. Überdies ist fraglich, ob die Auslegung, welche die WEKO im Jahresbericht 2007 vorgenommen hat, mit dem Wortlaut der Vorschrift vereinbar ist. Aus der Formulierung der WEKO im Jahresbericht 2007 geht nicht hervor, dass Konstellationen denkbar sind, in denen **absoluter Gebietsschutz gerechtfertigt** ist. Gerade das muss aber, wie die Rechtsvergleichung und der aktuelle Stand der ökonomischen Forschung gezeigt haben, möglich sein. Die WEKO macht auch keine Aussage in die Richtung, dass es in bestimmten Fällen möglich ist, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch den **Nachweis des Bestehens von Interbrand-Wettbewerb** zu widerlegen. Auch diese Möglichkeit muss im Lichte der Rechtsvergleichung und des aktuellen Standes der ökonomischen Forschung grundsätzlich gegeben sein. Ob Ziff. 10(2) VBM tatsächlich keine strengeren Beurteilungsregeln aufstellt als in der Europäischen Union ist damit zumindest fraglich.

II. Die policy betreffend Preisempfehlungen

Bezüglich Preisempfehlungen hat die WEKO in Ziff. 11 VBM gewissermassen am Reissbrett ein Beurteilungsinstrumentarium definiert, das es in diesem Umfang und in dieser Detailliertheit in den anderen Rechtsordnungen nicht gibt. Sie hat sich dabei offenbar von der Auffassung leiten lassen, dass Preisempfehlungen in der Schweiz

²⁸⁸ RPW 2008/1, 10, C., Sperrungen hinzugefügt.

besonders leicht und demzufolge gern **befolgt** werden. Einen empirischen Nachweis hat die WEKO nicht erbracht. Sie hat aber nach eigenem Bekunden vor Erlass der VBM eine Art Vernehmlassung bei den betroffenen Wirtschaftskreisen durchgeführt. Allerdings besteht selbst zu der grundlegenden Frage, unter welchen Voraussetzungen vertikale Preisempfehlungen zu Abreden führen, keine klare Entscheidungspraxis.²⁸⁹

Die WEKO hat vor, bei vertikalen Preisempfehlungen das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Einzelfall zu prüfen. Daran ist prinzipiell nichts auszusetzen, wenngleich die Aufmerksamkeit, welche den Preisempfehlungen in Ziff. 11 VBM zu Teil wird, im internationalen Vergleich überrascht. Problematisch ist, dass die VBM keinen Hinweis dazu enthält, wie die einzelnen „ins Gewicht fallenden Umstände“ in der Praxis zu gewichten sind.

Der Wunsch der WEKO nach der Festschreibung sogenannter „bright line rules“ mag aus administrativer Sicht verständlich sein. Er steht aber im Widerspruch zur internationalen Entwicklung. Es entsteht ein wenig der Eindruck, die WEKO habe sich das Leben leichter machen wollen, etwa indem sie den Nachweis des Vorliegens einer Abrede im Bereich der Preisempfehlungen von externen, **tendenziell leichter zu erstellenden** Faktoren abhängig macht und weniger auf den im Recht der USA und der Europäischen Gemeinschaft erforderlichen Nachweis einer Willensübereinstimmung abstellt. Kritisch sind besonders die letzten beiden „Umstände“ zu sehen, die gemäss Ziff. 11 VBM bei der Prüfung der Frage, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt, „ins Gewicht fallen“. Ein im Vergleich zum benachbarten Ausland deutlich höheres Preisniveau ist kein angemessenes Kriterium, um eine Preisempfehlung zu einer Preisabsprache werden zu lassen. Nachdem die WEKO das Vorliegen einer Vereinbarung nachgewiesen hat, könnte dieser Umstand allenfalls herangezogen werden, um deren wettbewerbsschädliche Auswirkungen zu belegen. Im Ergebnis ähnlich verhält es sich mit dem Umstand, dass eine Preisempfehlung von einem erheblichen Teil der Weiterverkäufer befolgt wird. Zwar ist dieses auch im Gemeinschaftsrecht von Bedeutung, es ersetzt aber nach der klaren Rechtsprechung des EuGH nicht den **Nachweis** des Vorliegens zumindest einer abgestimmten Verhaltensweise. Hinzuzufügen ist, dass es auch hier an einer Konkretisierung wichtiger Begriffe wie „deutlich“ in Bezug auf den Preisunterschied oder „erheblich“ in Bezug auf die Anzahl der Verkäufer fehlt. Offen ist schliesslich, wie der Begriff des Preises definiert wird. Dieser ist erstens mit Sicherheit stark kostenabhängig und zweites womöglich zu einem gewissen Teil durch vom Hersteller nicht zu beeinflussende Parameter (Steuern, Zöllen) beeinflusst. In diesem Zusammenhang ist erneut auf das Fehlen einer konkretisierenden Entscheidungspraxis hinzuweisen.

Präsident *Stoffel* hat festgestellt, **echte Preisempfehlungen** könnten weiter verwendet werden, es sei aber darauf zu achten, dass sie transparent gestaltet,

²⁸⁹ Vgl. *Marc Amstutz/Mani Reinert*, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: *Walter Stoffel/Roger Zäch*, Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich, Basel, Genf 2004, 87.

ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet und ausserdem nicht auf indirekte Weise durchgesetzt werden.²⁹⁰ Diese Klarstellung ist zu begrüßen. Der Präsident hat weiter ausgeführt, dass die beiden letzten, als Marktmerkmale zusammengefassten Umstände für sich allein genommen nicht problematisch seien, sondern nur in Kombination mit einem oder mehreren der ersten drei Umstände oder in Situationen, in denen der Wettbewerb nicht spielt, weil etwa ein früheres Kartell durch Empfehlungen ersetzt worden sei.²⁹¹ Das Argument zur erforderlichen Kombination mehrerer Faktoren gibt jenen Aufschluss über die Anwendung der Beurteilungskriterien, der **aus der VBM selbst** hervorgehen sollte. Eine Preisempfehlung für ein bestimmtes Produkt ist also in dieser Lesart nicht schon deswegen verboten, weil in der Schweiz bei dem Produkt ein deutlich höheres Preisniveau besteht als etwa in Deutschland. Dennoch ist Folgendes zu bedenken: Eine Preisempfehlung ist nach dem Schema der WEKO in Verbindung mit den Ausführungen von Präsident *Stoffel* von der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs erfasst, wenn das Preisniveau in der Schweiz für das betreffende Produkt deutlich höher ist als etwa in Deutschland, und (ein Umstand der ersten drei!) der Hersteller vergessen hat, seine **Empfehlung als unverbindlich zu deklarieren**. Dieses Verhalten wäre zumindest theoretisch in gleicher Weise sanktionsbedroht wie beispielsweise horizontale Preisabsprachen. Die potentielle Bussenfolge zu Lasten des Händlers hinge dann, ebenso wie bei einer unabhängigen Befolgung der Empfehlung durch die Händler, massgeblich von Faktoren ab, die ihren Grund nicht im Verhalten des Händlers hätten. Darauf wurde in der Literatur hingewiesen.²⁹² In jedem Fall wird der Hersteller einem aufwändigen Widerlegungs- und Rechtfertigungsverfahren unterworfen, das wohl in keinem Verhältnis zu dem Umstand steht, dass er es unterlassen hat, seine Preisempfehlung als unverbindlich zu bezeichnen.²⁹³ Die einem solchen System zugrunde liegende Wertung ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen. Ähnliches trifft für die **Einhaltung der Preisempfehlungen durch die Händler** zu. Diese kann auf autonomer Entscheidung beruhen.²⁹⁴ Solange keine zumindest stillschweigende Zustimmung der Händler nachgewiesen ist, liegt auch keine

²⁹⁰ *Walter Stoffel*, Vertikalabsprachen und Marktabschottung: Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission, Vortrag gehalten an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung vom 22. Januar 2008 in Zürich, sowie an der Geneva Conference "Economic Experts in Competition Law" vom 1. Februar 2008; 9.

²⁹¹ *Walter Stoffel*, Vertikalabsprachen und Marktabschottung: Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission, Vortrag gehalten an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung vom 22. Januar 2008 in Zürich, sowie an der Geneva Conference "Economic Experts in Competition Law" vom 1. Februar 2008, 9.

²⁹² Vgl. schon vor Erlass der VBM *Marc Amstutz/Mani Reinert*, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: *Walter Stoffel/Roger Zäch*, Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich, Basel, Genf 2004, 89.

²⁹³ Siehe auch *Jürg Borer*, Vertikalabreden, in: *Carl Baudenbacher*, Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007, Basel 2008, 331.

²⁹⁴ Vgl. *Marc Amstutz/Mani Reinert*, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: *Walter Stoffel/Roger Zäch*, Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich, Basel, Genf 2004, 87 f.

vertikale Abrede vor. Dann ist trotz aller Umstände, welche die WEKO aufführt, die VBM kraft Gesetzes gar nicht anwendbar.

III. Fazit

Abschliessend ist festzuhalten, dass bei der Beurteilung der in Rede stehenden Klauseln (wie überall) eine bestimmte **Waffengleichheit** gewahrt sein muss. Derzeit sieht es danach aus, als ob die WEKO sich mit der VBM einen Vorteil verschafft hat, weil sie sich begründungstechnisch auf Annahmen und Vermutungen abstützen kann.

D. Handlungsempfehlungen

I. Vorbemerkungen

Es stellt sich die Frage, welche Erkenntnisse aus dem internationalen Vergleich auf die Schweiz **übertragbar** sind. Dabei geht es, das sei nur am Rande bemerkt, um das Grundproblem jeder angewandten Rechtsvergleichung.²⁹⁵ Übertragen werden kann und sollte die Erkenntnis, dass bei der Beurteilung von Vertikalbeschränkungen eine Art **Rule of Reason**-Test, ein flexibler Test, angemessen ist. Das hängt mit der Ambivalenz der Vertikalbeschränkungen zusammen. Sogar die dissentierende Minderheit im *Leegin*-Urteil des U.S. Supreme Court, die bei der *per se*-rule bleiben wollte, betonte diese Einzelfallbezogenheit. Die Feststellung des U.S. Supreme Court und des EuGH, dass im Lichte der **konkreten Marktverhältnisse** zu entscheiden ist, ist fraglos in das schweizerische Recht transplantierbar.²⁹⁶ Ebenso können die Erwägungen des Supreme Court betreffend mögliche pro- und antikompetitive Auswirkungen übertragen werden. Hier geht es um theoretische ökonomische Einsichten.

Nicht übertragen werden können hingegen die konkreten Folgerungen, welche der U.S. Supreme Court im amerikanischen Recht im Blick auf die spezifisch amerikanischen Marktverhältnisse gezogen hat. Hier sind die **schweizerischen Verhältnisse** zugrundezulegen. Der US-amerikanische Markt ist punkto Grösse und Integrationsgrad nicht mit dem schweizerischen zu vergleichen. Die Entwicklung der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court von *Dr. Miles* und *Arnold Schwinn* zu *Sylvania* und *Leegin*²⁹⁷ muss

²⁹⁵ Vgl. dazu die wegweisende Debatte zwischen *Alan Watson*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974, und *Otto Kahn-Freund*, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 *Mod. L. Rev.* 1 (1974); auch unten. Teil 4.

²⁹⁶ Vgl. dazu auch *Samuel Howald*, *Preiseempfehlungen in der Vertikalbekenntmachung vom 02.07.2007 im Vergleich zur Regelung in der EU*, Masterarbeit vom 30. Mai 2008 an der Universität Bern, 52, 53.

²⁹⁷ Vgl. dazu auch *Alexander Fritzsche*, *Der U.S. Supreme Court zu Minimum Resale Price Maintenance: Ökonomische Märchen und Law as Literature - Zugleich Besprechung des Urteils im Fall Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. vom 28.6.2007*, No. 06-480, *GRUR Int.* 2008/5, 381 ff., 388; *Mariana Lao*, *Leegin and Resale Price Maintenance - A Model for Emulation or for Caution for the World?*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2008/3, 253 ff., 258.

vor dem Hintergrund der spezifisch amerikanischen politisch-wirtschaftlichen Situation gesehen werden. Der US-amerikanische Markt ist trotz des Vorhandenseins eines föderalistischen Systems **in hohem Masse integriert**. Das hängt einmal damit zusammen, dass es die USA bereits seit über 200 Jahren gibt und dass ihre Gründung auf einer Revolution fusste. Die Integration wurde sodann durch mehrere Faktoren begünstigt, die in Europa fehlen, wie einheitliche Sprache, gemeinsame Common-Law-Tradition und einheitliche Rechtskultur (mit Ausnahme von Louisiana), gemeinsames Erziehungssystem und Staatlichkeit der Union. Auch der Melting Pot-Effekt ist nicht zu unterschätzen. Das erklärt, warum das US-amerikanische Kartellrecht grundsätzlich einem „one goal approach“ verpflichtet ist. Geschützt wird der Wettbewerb, wobei sich die Wettbewerbspolitik seit dem Siegeszug der Chicago School auf die Förderung von *consumer welfare* konzentriert.

Die starke Betonung des Interbrand-Wettbewerbs muss vor diesem Hintergrund gesehen werden. Sie ist deshalb plausibel, weil Marktzutritte deutlich wahrscheinlicher und ökonomisch (auch aufgrund der Nachfrage) sinnvoller sind als in einem kleinen Markt wie dem schweizerischen. Eine Beschränkung des Intrabrand-Wettbewerbes wiegt folglich weniger schwer als in einem kleinen Markt. Nutzniesser eines solchen Ansatzes sind in erster Linie die **Hersteller**, denen bei der Ausgestaltung ihrer Vertriebskanäle grosse Flexibilität eingeräumt wird.

II. Art. 5 Abs. 4 KG

Nach der hier vertretenen Auffassung besteht aufgrund von Ziff. 10(2) VBM die Gefahr, dass die schweizerische Wettbewerbspolitik im Bereich der Vertikalbeschränkungen der **Komplexität des Marktgeschehens** nicht gerecht wird. Die WEKO hat versucht, der Fachöffentlichkeit darzulegen, dass Ziff. 10(2) VBM keine Verschärfung der mit dem Erlass von Art. 5 Abs. 4 KG geschaffenen Rechtslage mit sich bringt. Indes ist es im Interesse der Rechtssicherheit geboten, in der VBM selbst eine **Klarstellung** vorzunehmen. Das mindeste, was man in diesem Zusammenhang feststellen muss, ist, dass mit Art. 10(2) **Verwirrung** geschaffen wurde. Im übrigen ist hier daran zu erinnern, dass die Vermutungsmechanik, die im Jahre 2003 zum Erlass von Art. 5 Abs. 4 KG geführt hat, 1995 nur deshalb ins Gesetz aufgenommen wurde, weil man glaubte, aufgrund der Verfassungslage könne kein offenes Kartellverbot nach dem Vorbild des Art. 81 EG-Vertrag geschaffen werden. Die Mechanik darf aber nicht dazu benutzt werden, um eine striktere Lösung durchzusetzen als die Europäischen Union mit ihrem Kartellverbot kennt.

Wettbewerb definiert sich nicht nur über den Preis, sondern auch über Parameter wie Innovation, Qualität, Beratung oder Service. In diesem Zusammenhang darf der Hinweis nicht fehlen, dass das KG auf dem **offen verstandenen** Konzept des wirksamen Wettbewerbs fusst. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das im KG verankerte Wettbewerbsverständnis „keinen allgemein gültigen Rezepten verpflichtet“, definiert Wettbewerb als „vielschichtigen, dynamischen Prozess“ und auferlegt der

Wettbewerbspolitik, sicherzustellen, „dass die vom Wettbewerb allgemein erwarteten statischen und dynamischen Funktionen ausreichend erfüllt, das heisst nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen (und auch dysfunktionale staatliche Regulierungen) grundlegend beeinträchtigt werden“.²⁹⁸ Vor diesem Hintergrund erlaubt und erfordert die Struktur der schweizerischen Wettbewerbsgesetzgebung, wenngleich begrifflich²⁹⁹ mit der (älteren) Harvard-Schule verbunden, die parallele und gleichwertige Anwendung existierender Leitbilder sowie ausdrücklich auch die Einbeziehung neuer wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse.³⁰⁰ Aus ökonomischer Perspektive liegt der Fokus bei Zugrundelegung dieses dynamischen Konzepts auf „der Funktionsfähigkeit des Marktprozesses und dem wirtschaftlichen Strukturwandel“³⁰¹. Wettbewerb wird als Marktentdeckungsverfahren auf allen Ebenen betrachtet, dessen Ergebnisse nur schwer prognostizierbar sind.³⁰² In einem System offener Märkte werden dabei, anders als nach dem Modell der vollkommenen Konkurrenz, temporäre Marktunvollkommenheiten sowie Gleichgewichtsstörungen als Antrieb von Markt und Wettbewerb und nicht als Wettbewerbsbeschränkungen angesehen.³⁰³ Der zentrale Aspekt ist die Unterscheidung zwischen erwünschten und unerwünschten Marktunvollkommenheiten.³⁰⁴ Geschützt wird nicht eine bestimmte Marktform oder Marktstruktur, sondern die „frikionslose Funktionserfüllung“³⁰⁵ des Marktes. Juristisch stellt der Begriff des wirksamen Wettbewerbs i.S.d. KG eine Generalklausel dar, deren Konkretisierung aber nicht aufgrund des (an sich tautologischen) Gesetzeswortlautes, sondern unter Zuhilfenahme der Wettbewerbstheorie durch den Rechtsanwender zu erfolgen hat.³⁰⁶ Der im ersten Teil dieser Studie festgestellte Hang des Sekretariats

²⁹⁸ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, 511.

²⁹⁹ So Botschaft 1994, 510; zur "Inspiration" durch das Koordinationsmängelkonzept Grossektlers *Carl Baudenbacher*, Zur Revision des schweizerischen Kartellgesetzes, AJP 1994, 1367, 1372.

³⁰⁰ Siehe *Klaus A. Vallender/Peter Hettich/Jens Lehne*, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Auflage, Bern 2006, S. 387, § 13 Rz. 14.

³⁰¹ *Franz Jaeger/Christian Kaiser*, Das Konzept einer wirksamen Wettbewerbsordnung aus ökonomischer Perspektive, illustriert am Fallbeispiel Schweiz, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht, St.Gallen 2004, Band 2, 117 ff., 120.

³⁰² Vgl. *Franz Jaeger/Christian Kaiser*, Das Konzept einer wirksamen Wettbewerbsordnung aus ökonomischer Perspektive, illustriert am Fallbeispiel Schweiz, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht, St.Gallen 2004, Band 2, 117 ff., 120; ebenso *Carl Baudenbacher*, Was ist vom guten alten Modell der Wettbewerbspolitik übriggeblieben?, Vortrag anlässlich des XXXIX. FIW-Symposiums, Innsbruck, 1. März 2006.

³⁰³ Siehe *Franz Jaeger/Christian Kaiser*, Das Konzept einer wirksamen Wettbewerbsordnung aus ökonomischer Perspektive, illustriert am Fallbeispiel Schweiz, in: Carl Baudenbacher, Hrsg., Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht, St.Gallen 2004, Band 2, 117 ff., 120.

³⁰⁴ So *Ingo Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine interdisziplinäre Einführung, 8 Auflage, Stuttgart 2005, 11.

³⁰⁵ *Franz Jaeger/Christian Kaiser*, Das Konzept einer wirksamen Wettbewerbsordnung aus ökonomischer Perspektive, illustriert am Fallbeispiel Schweiz, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht, St.Gallen 2004, Band 2, 117 ff., 121.

³⁰⁶ Vgl. dazu auch *Peter Hettich*, Wirksamer Wettbewerb: Theoretisches Konzept und Praxis, Dissertation St.Gallen, Bern 2003, Rz. 770.

(z.T. auch der WEKO), Leitentscheidungen zu vermeiden und einvernehmliche Lösungen zu suchen, hat auch dazu geführt, dass es an **Aussagen über das wettbewerbs-theoretische Fundament** der helvetischen Wettbewerbspolitik weitgehend fehlt.

Auch unter dem Gesichtspunkt einer **verfassungskonformen Auslegung** (vgl. Artikel 96 BV) ist es angezeigt, Preisbindungen und absolute Gebietsschutzklauseln, die den Intra-brand-Wettbewerb beseitigen und gleichzeitig den Inter-brand-Wettbewerb erheblich steigern, nicht nur formalistisch, sondern aufgrund ihrer **Wirkungen** zu prüfen. Die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs bedeutet nicht, dass die fragliche Abrede zulässig ist. Umgekehrt muss gefragt werden, ob eine übermässige Förderung des Intra-brand-Wettbewerbs mitunter auch jene sozialen oder wirtschaftlichen Schäden bewirken kann, welche die schweizerische Wettbewerbspolitik zu beseitigen verpflichtet ist.

Eine konkrete Handlungsempfehlung lautet, die VMB und insbesondere ihre **Ziff. 10 (2) zu modifizieren**. Das drängt sich schon deshalb auf, weil die Vorschrift von vielen Rechtsunterworfenen anders verstanden wird als von der WEKO. Die Formulierung, die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs könne nicht durch den „blossen“ Nachweis von Inter-brand-Wettbewerb widerlegt werden, wird der überragenden Bedeutung des Inter-brand-Wettbewerbs nicht gerecht. Es sind Konstellationen denkbar, in denen **absoluter Gebietsschutz gerechtfertigt** ist. Und es muss in bestimmten Fällen auch möglich sein, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch den (blossen) Nachweis des **Bestehens von Inter-brand-Wettbewerb** zu widerlegen. Entscheidend ist dann wahrscheinlich die Intensität des letzteren. Man darf insoweit nicht übersehen, dass dem Schutz des Intra-brand-Wettbewerbs im Rahmen der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz Rechnung getragen werden kann. Nach Ziff. 15 (4) VBM können unter anderem ausdrücklich jene Argumente (Hold-up-Problem, Trittbrettfahrerproblem, doppelte Marginalisierung), geltend gemacht werden, die nach der hier vertretenen Auffassung bereits bei der Widerlegung der Vermutung relevant sein sollten und die für eine stärkere Berücksichtigung des Inter-brand-Wettbewerbs sprechen.

Als abstrakte Handlungsempfehlung für die Zukunft ist hinzuzufügen, dass im Falle einer weiteren Integration der Schweiz in den Europäischen Wirtschaftsraum auf legislativer Ebene über eine **Novellierung des Art. 5 Abs. 4 KG** nachgedacht werden sollte. Wenn der schweizerische Markt für Hersteller aus dem EU-Ausland leichter erreichbar wäre, so sänke die Wahrscheinlichkeit von Marktabschottungen. In diesem Zusammenhang darf daran erinnert werden, dass der Bundesrat im Vorfeld der KG-Reform 2003 der Auffassung war, dass die Unterbindung von Versuchen, den schweizerischen Markt abzuschotten, ein vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik bilden muss. Letztlich wollte er aber vom Erlass eines Vermutungstatbestandes mit der Begründung absehen, „dass verstärkt begriffsjuristische Abgrenzungsfragen statt die sorgfältige Prüfung der Absprache im Einzelfall in ihrem wirtschaftlichen Kontext in den

Brennpunkt der wettbewerbspolitischen Praxis treten würde. Aus diesem Grund wird – wie schon anlässlich der Totalrevision des Kartellgesetzes von 1995 – im Rahmen der jetzigen Revision darauf verzichtet, ein faktisches *Per-se*-Verbot für Fallgruppen von Vertikalabreden einzuführen.“³⁰⁷

III. Preisempfehlungen

Ziff. 11 VBM unterstellt Preisempfehlungen einem strengeren Regime als ausländische Rechtsordnungen. Man kann sich fragen, ob es diese Bestimmung überhaupt gebraucht hat. Die fünf von der WEKO genannten Kriterien haben zur Verunsicherung der Rechtsunterworfenen beigetragen. Insoweit drängt sich eine **Klärung der VBM** auf. Zwar hat der Präsident der WEKO in Referaten und Publikationen wichtige Klarstellungen vorgenommen. Aus Gründen der Rechtssicherheit müssen diese aber in der VBM selbst verankert werden. Es muss dem Hersteller möglich sein, frei zu beweisen, dass **keine Abrede** vorliegt. Gelingt ihm das, so muss die Vermutung des Art. 5 Abs. 4 KG entfallen, und es darf auch keine Rechtfertigung mehr erforderlich sein. Art. 5 KG ist dann ebenso wenig anwendbar wie die VBM. Eine konkrete Handlungsempfehlung lautet, Ziff. 11 VBM im Sinne der vorstehenden Überlegungen zu **modifizieren**.

³⁰⁷ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, 2032 f.

Teil 3 Sanktionierung von Einzelpersonen

A. Ziele des internationalen Vergleichs

B. Die einzelnen Rechtsordnungen

I. Schweiz

1. Verwaltungssanktionen für Unternehmen
2. Bonusregelung
3. Atypische Strafsanktionen
4. Keine Verwaltungssanktionen für Individuen
5. Keine echten Strafsanktionen für Individuen

II. USA

1. Gesetzliche Grundlagen
2. Leniency policy
3. Plea bargaining
4. Nebenstrafen
5. Zuständigkeit
6. Tabelle: Verurteilte Einzelpersonen

III. Europäische Gemeinschaft

1. Verwaltungssanktionen
 - a. Geltende Rechtslage
 - b. Bonusregelung
 - c. Änderungsmöglichkeiten
2. Strafsanktionen
 - a. Geltende Rechtslage
 - b. Änderungsmöglichkeiten
3. Sanktionskompetenz der Mitgliedstaaten
4. Bewertung

IV. Vereinigtes Königreich

1. Allgemeines
2. Cartel Offence
3. Directors Disqualification Order
4. No Action Letter
5. Weitere Straftatbestände
6. Zuständigkeit

V. Deutschland

1. Allgemeines
2. Ordnungswidrigkeiten
 - a. Schwerwiegende Kartellordnungswidrigkeiten
 - b. Leichte Kartellrechtsverstöße (Ungehorsamstatbestände)
 - c. Täterkreis
 - d. Bonusregelung
 - e. Zuständigkeit
 - f. Statistik der gegen Einzelpersonen verhängten Bussgelder
3. Straftaten
 - a. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen
 - b. Submissionsbetrug
 - c. Weitere Straftatbestände

VI. Weitere Mitgliedstaaten der Europäischen Union

1. Niederlande
2. Dänemark
3. Frankreich
4. Österreich
5. Irland

VII. Tabelle kartellrechtliche Individualsanktionen

C. Theoretische Überlegungen

I. Allgemeines

II. Vorzüge von Individualsanktionen

1. Abschreckungseffekt
 - a. Fehlen unternehmensinterner Verfolgung
 - b. Fehlender Abschreckungseffekt unternehmensinterner Sanktionsmittel
 - c. Unmöglichkeit hinreichend abschreckender Unternehmenssanktionen
 - d. Effektive Abschreckung durch Individualsanktionen
2. Erhöhter Aufdeckungsanreiz
3. Gesellschaftlicher Erziehungseffekt

III. Nachteile von Individualsanktionen

IV. Bewertung

D. Abweichungen

I. Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen

II. Individuelle Verwaltungssanktionen

III. Strafsanktionen

E. Handlungsempfehlungen

I. Entwicklung einer tragfähigen Unternehmensverwaltungssanktionspraxis

II. Einführung individueller Verwaltungssanktionen

III. Einführung individueller Strafsanktionen

A. Ziele des internationalen Vergleichs

Individualsanktionen kommen in verschiedener Form vor. Hauptformen sind finanzielle Sanktionen und Haftstrafen. Mit der Verhängung von Berufsverboten, der Veröffentlichung von Verurteilungen und der Verurteilung zu gemeinnütziger Tätigkeit stehen weitere Sanktionsformen zu Gebote.

Individualsanktionen können in Form einer Verwaltungssanktion oder einer Strafsanktion ergehen. **Administrativsanktionen** betreffen überwiegend leichtere Gesetzesverletzungen und dienen der Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten. Sie werden erstinstanzlich von Verwaltungsbehörden in einem Verwaltungsverfahren erlassen. In der Regel können sie nicht in eine Haftstrafe umgewandelt werden. Während **exekutorische Massnahmen** der unmittelbaren Durchsetzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht dienen, soll mit **repressiven Massnahmen** ein nicht mehr rückgängig zu machendes Fehlverhalten sanktioniert werden. Dadurch soll der Rechtsunterworfenen für die Zukunft zu rechtstreuem Verhalten bewegt werden. Repressive Verwaltungssanktionen weisen daher auch ein **pönales Element** auf, ohne bereits Strafcharakter zu besitzen. Die Beeinträchtigung des Leumunds des Betroffenen in Form eines moralischen Unwerturteils ist nicht intendiert. Der pönale Charakter erschöpft sich in einer blossen Pflichtenermahnung.³⁰⁸ Entsprechend werden Verwaltungssanktionen nicht in das Strafregister eingetragen. Nach teilweise vertretener Ansicht ist bei Verwaltungssanktionen ein Verschulden nicht erforderlich.³⁰⁹

Strafsanktionen richten sich überwiegend gegen schwerwiegende, besonders sozialschädliche Rechtsverletzungen. Auch sie bezwecken primär die Sicherstellung der Beachtung des Rechts. Im Gegensatz zu Verwaltungssanktionen ist ihre präventive und repressive Zielsetzung durch das im Regelfall höhere Strafmass jedoch stärker ausgeprägt. Darüber hinaus steht der Sühnezweck im Vordergrund, der sich in einer sozialetischen Missbilligung des fraglichen Verhaltens äussert. Strafsanktionen werden im Allgemeinen durch **Strafgerichte** ausgesprochen. Im Unterschied zu Verwaltungssanktionen können sie auch in Form von **Haftstrafen** ergehen. Werden Strafsanktionen in Form von Geldstrafen ausgesprochen, so können sie bei Uneinbringlichkeit zumeist in Haftstrafen umgewandelt werden. Schliesslich stehen den Untersuchungsbehörden im Verfahren weitergehende Untersuchungsbefugnisse zur Verfügung als im Verwaltungsverfahren.³¹⁰

Verwaltungs- und Strafsanktionen unterscheiden sich insbesondere (1) durch einen graduell verschiedenen Repressionscharakter, (2) durch das Strafsanktionen innewohnende Element der sozialetischen Missbilligung und (3) durch die

³⁰⁸ *Christoph Tagmann*, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz (2007), 86.

³⁰⁹ Zum Begriff siehe *Blaise Knapp*, Lehrgang zum Verwaltungsrecht (1994), 151, Rz. 1682 ff.

³¹⁰ Zur Begriffsbestimmung siehe im Allgemeinen *Blaise Knapp*, Lehrgang zum Verwaltungsrecht (1994), Rz. 1682 ff.

ausschliesslich bei Strafsanktionen vorhandene Möglichkeit zur Verhängung von Haftstrafen. Die nachstehenden Ausführungen bezwecken die Erstellung eines vertieften juristischen Vergleichs bezüglich der Sanktionierung von Einzelpersonen bei Verstössen gegen Wettbewerbsrecht in Gesetzgebung, Anwendung durch Wettbewerbsbehörden und Strafgerichte unter Berücksichtigung des institutionellen Setting. Anders als bei den anderen Teilen der Studie werden im Anschluss theoretische Überlegungen angestellt. Es folgt eine Zusammenfassung der Punkte, bei denen gemäss dem internationalen Vergleich das Schweizer Wettbewerbsrecht und seine Anwendung von den Entwicklungen im Ausland abweichen. Abschliessend sind die Konsequenzen des Abweichens des Schweizer Systems darzustellen und es soll eine Einschätzung bezüglich des Handlungsbedarfs im Schweizer Recht gegeben werden. Aus den Analysen und Einschätzungen sollen konkrete Empfehlungen und/oder Handlungsoptionen abgeleitet werden.

B. Die einzelnen Rechtsordnungen

I. Schweiz

1. Verwaltungssanktionen für Unternehmen

Das schweizerische Recht kennt seit 2003 direkte Verwaltungssanktionen für Unternehmen. Nach Art. 49a Abs. 1 KG können solche Sanktionen gegen Unternehmen verhängt werden, wobei es sich, wie die Verweisung auf Art. 5 Abs. 3 und 4 und Art. 7 KG zeigt, um gravierende Wettbewerbsverstösse handeln muss. Die Sanktionspraxis steckt freilich noch in den Kinderschuhen. Im **Jahre 2006** sprach die WEKO zum ersten Mal aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz eine direkte Sanktion gegen ein Unternehmen aus.³¹¹ Dem *Flughafen Zürich (Unique)* wurde eine Busse von CHF 101.000 auferlegt, da dieser seine marktbeherrschende Position auf dem Markt des Valet-Parking missbraucht hatte.³¹² Im **Jahre 2007** verhängte die WEKO 2 Direktsanktionen gemäss Art. 49a KG gegen Unternehmen.³¹³ Auf dem Gebiet der Telekommunikation sanktionierte sie mit Verfügung vom 5. Februar 2007 *Swisscom Mobile* wegen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung.³¹⁴ Sie stellte fest, dass *Swisscom Mobile* ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hatte, indem sie unangemessen hohe Preise zu Ungunsten der Endverbraucher erzwungen hatte. Dafür wurde *Swisscom Mobile* mit einer Sanktion in Höhe von rund CHF 333.000.000 belegt. Es handelt sich um die höchste durch die WEKO ausgesprochene Sanktion seit Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes. Gegen diese Verfügung ist eine Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht anhängig. Die Untersuchung wird für den Zeitraum nach dem 31. Mai 2005 weitergeführt. Im Bereich Medien und Werbung hat die WEKO im März 2007 eine Verfügung gegen *Publigroupe* erlassen, wobei das

³¹¹ Vgl. RPW 2006/4, 625 ff.

³¹² Vgl. RPW 2007/1, 3.

³¹³ RPW 2008/1, 6 und 7.

³¹⁴ Vgl. auch RWP 2007/2, 241.

Unternehmen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung mit einer Busse von CHF 2.5 Mio. belegt wurde.³¹⁵ Gegen diese Verfügung ist ebenfalls eine Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht anhängig. Mit Entscheid vom **7. Juli 2008** hat die WEKO gegen die *Documed AG* eine Busse in Höhe von CHF 50.000 erlassen.³¹⁶ Der Fall betraf die Diskriminierung von Unternehmen bei der Rechnungsstellung für Publikationsdienstleistungen. Die Diskriminierung richtete sich insbesondere gegen Unternehmen, die eine grössere Anzahl von Arzneimittelinformationen publizieren liessen. Nachdem die *Documed AG* die diskriminierende Geschäftspraxis im Verlauf der Untersuchung eingestellt hatte, wurde die Sanktion in reduzierter Höhe für die Dauer der zurückliegenden Wettbewerbsbeschränkung verhängt. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass im Fall *Unique* auch eine Busse von CHF 248.000 wegen Nichtbeachtung vorsorglicher Massnahmen verhängt wurde.³¹⁷ Diese Entscheidung, die wichtige Ausführungen betreffend die Berechnungsgrundlagen von Bussen enthält, wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 3. Oktober 2007 geschützt. Das Gericht hielt unter anderem dafür, dass die WEKO berechtigt ist, zur Durchsetzung vorsorglicher Massnahmen auf das Instrument der Sanktionen zurückzugreifen und dass die auf die SVKG gestützte Sanktionsbemessung angemessen war.³¹⁸

2. Bonusregelung

Gemäss Art. 49a Abs. 2 KG kann von der Verhängung der in Absatz 1 normierten Direktsanktion ganz oder teilweise abgesehen werden, wenn das **Unternehmen** an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkungen mitwirkt. Die gesetzliche Bestimmung wird in Art. 8 Abs. 1 SVKG konkretisiert, wonach die WEKO die **Geldbusse vollständig erlässt**, wenn das Unternehmen seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Absätze 3 und 4 KG anzeigt und als erstes Unternehmen (a) Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, ein kartell-rechtliches Verfahren gemäss Art. 27 KG zu eröffnen; oder (b) Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Artikel 5 Absätze 3 oder 4 KG festzustellen. Der Sanktionserlass steht gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG unter der Bedingung, dass das Unternehmen (a) kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und nicht die anstiftende oder führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat; (b) der Wettbewerbsbehörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegt; (c) während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der

³¹⁵ Vgl. RPW 2007/2, 190.

³¹⁶ Medienmitteilung vom 17.07.2008, abrufbar unter http://www.weko.admin.ch/publikationen/pressemitteilungen/00316/PM_d_Documed_170708.pdf?lang=de, zuletzt besucht am 15. 8. 2008.

³¹⁷ Vgl. RPW 2006/1, 141 ff.

³¹⁸ BVGE, Urteil vom 3. Oktober 2007 (B-2157/2006).

Wettbewerbsbehörde zusammenarbeitet und (d) seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens im Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt. Weitere von den Unternehmen zu beachtende Einschränkungen ergeben sich schliesslich aus Art. 8 Abs. 3 und 4 SVKG. Für die daneben nach Art. 12 Abs. 1 SVKG in Betracht kommende **Sanktionsreduzierung** ist vorausgesetzt, dass das Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. Die konkrete Höhe der Sanktionsermässigung ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG.

3. Atypische Strafsanktionen

In den Art. 54 und 55 KG ist die Möglichkeit vorgesehen, dass Strafsanktionen gegen Individuen verhängt werden, die allerdings, wie noch zu zeigen sein wird, atypischen Charakter haben. Natürliche Personen können gemäss den Art. 54 und 55 KG **lediglich indirekt** für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen sanktioniert werden, indem das in diesen Vorschriften unter Strafe gestellte Verhalten mittelbar an eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung anknüpft. Nach Art. 54 KG kann eine Busse von bis zu CHF 100.000 gegen denjenigen verhängt werden, der vorsätzlich einer einvernehmlichen Regelung, einer rechtskräftigen Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einem Entscheid der Rechtsmittelinstanzen zuwiderhandelt. Die vorsätzliche Nichtbefolgung oder unrichtige Befolgung von Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40), der Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses ohne Meldung oder die Zuwiderhandlung gegen Verfügungen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen kann gemäss Art. 55 KG mit Busse bis zu CHF 20.000 bestraft werden. Auf die Möglichkeit eines Freiheitsentzuges wurde verzichtet.

4. Keine Verwaltungssanktionen für Individuen

Verwaltungssanktionen für Individuen kennt das KG nicht. Unabhängig von der Frage, ob ausnahmsweise natürliche Personen nach dem funktionalen Unternehmensbegriff³¹⁹ Sanktionsadressaten sein können, ist Art. 49 a KG jedenfalls auf die für ein Unternehmen handelnden Angestellten oder Organe nicht anwendbar.³²⁰

5. Keine echten Strafsanktionen für Individuen

Auch echte Strafsanktionen für Individuen fehlen. Eine „direkte“ Sanktionierung natürlicher Personen, eine Sanktionierung also, welche direkt an die Vornahme unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen anknüpft, ist nicht vorgesehen.

³¹⁹ Vgl. *Jürg Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (2005), Art. 3 Rz. 3 ff.

³²⁰ *Daniel Zimmerli*, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht (2007), 447.

Eine direkte Sanktionierung könnte *de lege lata* allenfalls beim **Submissionsbetrug** diskutiert werden. Mangels einer expliziten Spezialbestimmung setzte das eine Subsumtion unter den Betrugstatbestand des Art. 146 StGB voraus. Die Frage wurde bislang von der Rechtsprechung nicht thematisiert. In der Literatur finden sich nur wenige Stimmen, wobei die Frage überwiegend verneint wird.³²¹ Dabei wird insbesondere die Ermittelbarkeit eines Vermögensschadens in Abrede gestellt. Ein Schaden sei nur dann gegeben, wenn zwischen dem Zuschlagspreis und dem bei Beachtung der Submissionsvorschriften erzielbaren Marktpreis eine Differenz besteht. Da sich ein solcher Marktpreis aber infolge der Submissionsabsprache nicht bilden kann, fehle ein schadensindizierender Vergleichsmassstab.³²²

Der Ständerat hat sodann im März 2008 eine Motion von *Rolf Schweiger*³²³ angenommen, welche die Einführung von Strafnormen für Angestellte einführen will.

II. USA

1. Gesetzliche Grundlagen

In den USA können traditionell sowohl Einzelpersonen als auch Unternehmen für kartellrechtswidrige Verhaltensweisen **strafrechtlich** verfolgt werden. Die Strafbarkeit ergibt sich aus Section 1 des im Jahre 1890 erlassenen *Sherman Act*. Die Verfolgung obliegt dem Departement of Justice (DoJ). Die Besonderheit von Section 1 Sherman Act liegt darin, dass die Vorschrift sowohl in strafrechtlichen als auch in zivilrechtlichen Verfahren Anwendung findet.³²⁴ Das gilt sogar dann, wenn ein Wettbewerbsverstoss ausserhalb der USA veranlasst worden ist, sofern die entsprechenden Handlungen vorhersehbare und substantielle Auswirkungen in den USA haben.³²⁵ Bei zivilrechtlichen Klagen können sich die Kläger daneben auch auf die Verletzung der übrigen Kartellrechtsbestimmungen wie beispielsweise des Clayton Act berufen. Der Staat ist berechtigt, Schadenersatz für von ihm selbst erlittene Schäden auf dem Zivilrechtsweg einzuklagen. Die Verfolgung obliegt jedoch nicht dem DoJ, sondern grundsätzlich der Federal Trade Commission (FTC). Darüber hinaus hat die FTC in der Vergangenheit in Ausnahmefällen auch die Verhängung von Sanktionen („monetary equitable remedies“)

³²¹ So etwa *Benedict F. Christ*, Die Submissionsabsprache: Rechtswirklichkeit und Rechtslage (1999), 114 ff. N. 431 ff.; *Jürg-Beat Ackermann*, Submissionskartell als Betrug am Staat?, Aspekte des Eingehungsbetrugs, in: Festschrift für Prof. Dr. Niklaus Schmid, Zürich 2001, 291-314; offen gelassen von *Martin Schubarth*, Submissionsbetrug: Zu einem Urteil des deutschen BGH, in *Baurecht* (1993), H. 2, 56-58.

³²² *Christoph Heitz*, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB (2008), 189.

³²³ 07.3856 Motion *Rolf Schweiger*: Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht.

³²⁴ *Philip E. Areeda/Herbert Hovenkamp*, Antitrust Law § 313 (1995).

³²⁵ U.S. Court of Appeals First Circuit, *United States v. Nippon Paper Indus. Co.*, 109 F. 3d 1, cert. denied, 118 S. Ct. 685 (1998).

zur **Abschöpfung erlangter Kartellrechtsvorteile** („disgorgement“) erwirkt.³²⁶ Im Übrigen wird die Sanktionierung der Unternehmen jedoch den Geschädigten über die Einleitung von **Zivilverfahren** mit der Möglichkeit der Erlangung so genannter „punitive damages“ z.B. in Form von „treble damages“ überlassen.³²⁷ Section 2 Sherman Act untersagt Unternehmen, durch wettbewerbsschädliche Handlungen oder missbräuchliche Verdrängungspraktiken eine Monopolstellung zu erlangen oder zu erhalten. Aufgrund der im Einzelfall diffizilen Subsumtion wird jedoch auf eine strafrechtliche Verfolgung von Verletzungen von Section 2 Sherman Act grundsätzlich verzichtet.³²⁸

Die Verhängung von Sanktionen setzt in jedem Fall die Beteiligung eines Gerichts voraus.³²⁹ Administrative Sanktionen nach europäischem Vorbild, die durch eine Behörde nach Abschluss eines Verwaltungsverfahrens verhängt werden, sind dem amerikanischen Recht unbekannt. Mit dem *Robinson-Patman Act* existiert im amerikanischen Recht zwar eine weitere strafrechtliche Grundlage, welche insbesondere Preisdiskriminierungen und aggressive Niedrigpreisstrategien („predatory pricing“) unter Strafe stellt. Die Bestimmung wurde jedoch bisher von den Gerichten nicht strafrechtlich angewandt.³³⁰ Schliesslich besitzen nahezu sämtliche Bundesstaaten eigene Kartellgesetze, nach denen ebenfalls Geldbussen oder Gefängnisstrafen gegen Einzelpersonen verhängt werden können.³³¹

Nach Section 1 Sherman Act sind alle Verträge, Zusammenschlüsse und konspirativen Absprachen („conspiracy“) illegal, die den freien Wettbewerb zwischen den Bundesstaaten oder den Aussenhandel beeinträchtigen („restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations“). Konspirative Absprachen setzen keine förmliche Vereinbarung voraus; aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen reichen aus. Nach der per se rule wird bei bestimmten Absprachen die wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung vermutet. Dazu zählen insbesondere Fälle **horizontalen Preis-, Gebiets-, Kunden- und Submissionsabsprachen**. Obwohl sich eine solche Beschränkung nicht aus dem Gesetz ergibt, werden in der Praxis im Regelfall ausschliesslich solche harten Kartellabsprachen strafrechtlich verfolgt.³³² Der

³²⁶ *FTC v. College of Physicians-Surgeons of Puerto Rico*, Civ. No. 97-2466 HL (D.P.R. Oct. 2, 1997); *FTC v. Mylan Labs. Inc.*, 62 F. Supp. 2d 25, 36 (D.D.C. 1999); siehe auch Federal Trade Commission, Policy Statement on Monetary Equitable Remedies, 68 Federal Register 45,820, 45,821 (Aug. 4, 2003), <http://edocket.access.gpo.gov/2003/pdf/03-19722.pdf>, zuletzt besucht am 28. Juli 2008.

³²⁷ Vgl. unten, Teil 4.

³²⁸ Siehe *Thomas O. Barnett*, Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model: in Hawk, *International Antitrust Law & Policy* (2007), S.2; Vgl. USDOJ, *Antitrust Primer for Federal Enforcement Personnel*, 2005, 6.

³²⁹ *Michael Owen Wise*, The System of Sanctions and Enforcement Co-operation in US Antitrust Law, in: Dannecker/Jansen, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, 2004, 196.

³³⁰ *Michael Owen Wise*, The System of Sanctions and Enforcement Co-operation in US Antitrust Law, in: Dannecker/Jansen, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, 2004, 200.

³³¹ *Melissa Pientka*, Antitrust Violations, *Am. Crim. L. Rev.* 267, 2004, Fn. 193.

³³² US Department of Justice, *Department of Justice Antitrust Manual*, Chapter 3 C. 5, <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch3.htm>, zuletzt besucht am 29. Juni 2008.

Grund liegt darin, dass die übrigen Kartellabsprachen, bei welchen infolge der „rule of reason“ im Einzelfall komplexe wirtschaftliche Effizienzerwägungen angestellt werden müssen, für eine strafrechtliche Verfolgung ungeeignet erscheinen. Da Vertikalabsprachen nicht der Gruppe der harten Kartellabsprachen zugerechnet werden, sind sie von einer strafrechtlichen Verfolgung nach Section 1 Sherman Act ausgenommen.³³³ Die übrigen Absprachen können jedoch nach Section 1 Sherman Act zivilrechtlich verfolgt werden. Der subjektiv für die Tatbestandsverwirklichung vorausgesetzte Vorsatz wird von den Gerichten bei harten Kartellabsprachen grundsätzlich vermutet.³³⁴ Erforderlich ist damit lediglich der Nachweis, dass der Beschuldigte die Kartellabsprache vorsätzlich getroffen hat. Ob eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs angestrebt war, kann demgegenüber dahinstehen. Bei einer Verurteilung kann eine Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren, eine Geldstrafe von bis zu 1.000.000 USD oder eine Kombination aus Freiheits- und Geldstrafe verhängt werden. Der Anwendungsbereich des Sherman Act ist auch bei ausländischen Kartellsachverhalten eröffnet, wenn diese gemäss der sog. „effects doctrine“ bestimmte Auswirkungen auf dem amerikanischen Markt zeitigen.³³⁵ Die Verjährungsfrist beträgt 5 Jahre nach Begehung der Tat.³³⁶

2. Leniency policy

Das Department of Justice hat im Jahre 1994 eine Bonusregelung für Einzelpersonen („leniency policy for individuals“) ins Leben gerufen. Qualifiziert sich der Antragsteller für die Anwendung der „leniency policy“, so wird von der strafrechtlichen Verfolgung abgesehen.³³⁷ Die Anwendung der Regelung setzt voraus, dass die betreffende Person Informationen über eine Kartellaktivität zur Verfügung stellt, die bisher **noch nicht bekannt** waren. Des Weiteren ist der Antragsteller verpflichtet, vollständige Informationen zu übermitteln und während der gesamten Untersuchung mit der Untersuchungsbehörde zu kooperieren. Schliesslich darf der Antragsteller andere nicht zur Teilnahme an der betreffenden Kartellabsprache gezwungen haben und nicht der Führer oder Initiator der Kartellaktivität gewesen sein. In den Genuss der leniency policy kommt lediglich der erste Antragsteller.

3. Plea bargaining

Personen, welche die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllen, steht immerhin ein so genannter „plea bargain“ offen.³³⁸ Mit einer solchen Verfahrensabsprache können

³³³ Siehe *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, (1977), 58-59.

³³⁴ *United States v. Cargo Serv. Stations, Inc.*, 657 F.2d 676, 682-683.

³³⁵ *Continental Ore v. Union Carbide & Carbon Corp.*, 370 U.S. 690 (1962).

³³⁶ 18 U.S.C. Sec. 3282 (2000).

³³⁷ Siehe U.S. Department of Justice Individual Leniency Policy (1994), <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>, zuletzt besucht am 28. Juni 2008.

³³⁸ Siehe *Scott Hammond*, The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All, Vortrag im Rahmen der OECD Competition Committee Working Party No. 3, Paris

dem Betroffenen **Strafvergünstigungen** gewährt werden, soweit er die Beteiligung an der Tat und die Schuld eingesteht. Auf diese Weise wird insbesondere für verspätete Antragsteller ein Anreiz zur Weitergabe wichtiger Informationen geschaffen. In der Mehrheit der Fälle erfolgt die Verfahrensabsprache bereits vor der förmlichen Anklage. Gerichte sind an der Absprache selbst nicht beteiligt. Ihre Entscheidungsbefugnis beschränkt sich darauf, den vom Staatsanwalt empfohlenen plea bargain anzunehmen oder zurückzuweisen. In der grossen Mehrheit der Fälle wird der bargain angenommen.

4. Nebenstrafen

Die Verletzung von Section 1 Sherman Act stellt aufgrund der angedrohten Strafhöhe ein Verbrechen („felony“) dar. Mit der Verurteilung wegen eines Verbrechens können verschiedene Nebenstrafen einhergehen. Dazu zählen insbesondere der Verlust des Wahlrechts und der Ausschluss von der Wahrnehmung öffentlicher Ämter. Als eigenständige Straftatbestände können im Zusammenhang mit kartellrechtswidrigen Handlungen darüber hinaus Meineid, die Missachtung des Gerichts („Contempt of Court“) sowie die Rechtsbehinderung („Obstruction of Justice“) verfolgt werden.³³⁹

5. Zuständigkeit

Grundsätzlich sind das Department of Justice (DoJ) und die Federal Trade Commission (FTC) für die Anwendung des Bundeskartellrechts zuständig. Zur Strafverfolgung ist jedoch lediglich die **Antitrust Division des DoJ** berechtigt. Auch die einzelnen Bundesstaaten können schliesslich nach dem „Protocol for Increased State Prosecution of Criminal Antitrust Offenses“ Kartellabsprachen direkt nach Bundesrecht verfolgen.³⁴⁰ Ob eine Verfolgung durch die Bundesstaaten geeignet ist, hängt davon ab, ob die Auswirkungen örtlich begrenzt sind und beim zuständigen State Attorney General eine hinreichende Verfolgungsbereitschaft besteht.

6. Tabelle: Verurteilte Einzelpersonen³⁴¹

Jahr	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Verurteilungen	54	47	24	36	30	28	27	28	39
Haftstrafen	28	18	11	19	15	20	18	19	34
Hafttage	6662	5584	4800	10501	9341	7334	13157	5383	31391

October 17. 2006, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.htm>, zuletzt besucht am 17. Juli 2008.

³³⁹ Vgl. zu solchen „Companion Violations“ USDoJ, Antitrust Primer for Federal Enforcement Personnel, 2005, 5.

³⁴⁰ Siehe „Protocol for Increased State Prosecution of Criminal Antitrust Offenses“, <http://149.101.1.32/atr/public/guidelines/0618.htm>, zuletzt besucht am 29. Juni 2008.

³⁴¹ Siehe Workload Statistics FY 1998-2007 abrufbar unter: <http://0225.0145.01.040/atr/public/workstats.htm>, zuletzt besucht am 29. Juni 2008.

III. Europäische Gemeinschaft

1. Verwaltungssanktionen

a. Geltende Rechtslage

Individualsanktionen wurden auf gemeinschaftlicher Ebene durch die Kommission bisher nicht verhängt.

Die Befugnis der Gemeinschaft zur Verhängung kartellrechtlicher Verwaltungsanktionen ergibt sich aus Art. 83 EG. Danach ist der Rat befugt, mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments, die zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 81 und 82 EG niedergelegten Grundsätze zu erlassen. Nach Art. 83 Abs. 2a EG können zur Durchsetzung der in den Artikeln 81 Absatz 1 und 82 EG enthaltenen Verbote insbesondere Geldbussen eingeführt werden. Der Rat hat von dieser Befugnis durch den Erlass der VO 1/2003 Gebrauch gemacht, welche die VO 17/62 ablöste. Nach Art. 23 VO 1/2003 sind ausschliesslich **Unternehmen und Unternehmensvereinigungen** Sanktionsadressaten. Sanktionsmassnahmen können ausnahmsweise gegen natürliche Personen verhängt werden, wenn sie als Unternehmen im Rechtssinne zu qualifizieren sind. Der Europäische Gerichtshof definiert den Begriff des Unternehmens als jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.³⁴² Natürliche Personen können somit Unternehmen im Rechtssinne darstellen, soweit sie ihre wirtschaftliche Tätigkeit allein ausüben und der verfolgte Wettbewerbsverstoss keiner juristischen Person zurechenbar ist.³⁴³ In der Praxis sind aber sämtliche Sanktionsentscheidungen der Kommission auf der Grundlage der VO 17/62 und VO 1/2003 gegen juristische Personen ergangen, insbesondere auch in Fällen, in denen die Verhängung einer Einzelsanktion in Frage gekommen wäre.³⁴⁴

b. Bonusregelung

Im Dezember 2006 hat die Europäische Kommission die Kronzeugenregelung für **Unternehmen** neu gefasst. Gemäss Abschnitt II Randnummer (8) kann einem Unternehmen, das seine Beteiligung an einem mutmasslichen, die Gemeinschaft betreffenden Kartell offenlegt, die Geldbusse, die andernfalls verhängt worden wäre, **erlassen** werden, sofern das Unternehmen als erstes Informationen und Beweismittel

³⁴² EuGH - *Höfner und Elser/Macroton*, C-41/90 - Slg. 1991, I-1979, 2016 Rn. 21. EFTA-GH - *Landsorganisasjonen i Norge und andere/Kommunenenes Sentralforbund und andere*, Slg. 2000, S. 119 Rz. 62.

³⁴³ *Helmuth Schröter* in von der Groeben/Schwarze, Vorbem. Art. 81 bis 85 Rz. 22.

³⁴⁴ Siehe KOMM. v. 21. 10. 1998, Rs. IV/35 691/E-4, ABI. Nr. L 24/1 Rz. 157 ff. „*Fernwärmeröhren*“; EuG *HFB u. a./Kommission* T-9/99 - Slg. 2002, II-1530 Rz. 105; *kritisch Jörg Biermann*, ZWeR 2007, 15 ff und *Wouter P. J. Wils*, Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer? European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels, Fussnote 44.

vorlegt, die es der Kommission ihrer Auffassung nach ermöglichen (a) gezielte Nachprüfungen im Zusammenhang mit dem mutmasslichen Kartell durchzuführen oder (b) im Zusammenhang mit dem mutmasslichen Kartell eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 EG-Vertrag festzustellen. Die weiteren besonderen Bedingungen ergeben sich aus den Randnummern (8) Buchstabe a), (9) und (10) bzw. den Randnummern (8) Buchstabe b), (11) sowie (12). Sofern Unternehmen ihre Beteiligung an einem mutmasslichen, die Gemeinschaft betreffenden Kartell offenlegen, die Voraussetzungen in Abschnitt II jedoch nicht erfüllen, kann eine **Ermässigung** der Geldbusse gewährt werden, die andernfalls verhängt worden wäre. Nach Randnummer (24) der Mitteilung muss das Unternehmen der Kommission Beweismittel für die mutmassliche Zuwiderhandlung vorlegen, die gegenüber den bereits im Besitz der Kommission befindlichen Beweismitteln einen erheblichen Mehrwert darstellen, und die unter Randnummer (12) Buchstaben a) bis c) genannten Bedingungen kumulativ erfüllen.

c. Änderungsmöglichkeiten

Ob der Europäischen Gemeinschaft die Befugnis zur Verhängung von Individualsanktionen verliehen werden könnte, ist umstritten. Probleme ergeben sich aus der Bezugnahme des Art. 83 EG auf die Artikel 81 und 82 EG, deren Verbote sich ausschliesslich an Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen richten. Aus dieser Verweisung folgt nach herrschender Auffassung, dass Verwaltungssanktionen auf der Grundlage des Art. 83 Abs. 1 EG i.V.m. VO 1/2003 nicht gegen Einzelpersonen als solche verhängt werden können.³⁴⁵ Dagegen wird eingewandt, dass Art. 83 Abs. 1 EG nur von den in den Art. 81 und 82 EG niedergelegten „Grundsätzen“ spreche. Der Rat besitze daher ein weites Gesetzgebungsermessen, welches auch die Einführung von Individualsanktionen erlaube.³⁴⁶

2. Strafsanktionen

a. Geltende Rechtslage

Eine materiell beschränkte Harmonisierungskompetenz besteht lediglich nach Art. 31 Abs. 1e EU. Da aber der Erlass von Rechtsakten mit unmittelbarer Wirksamkeit nach Art. 34 Abs. 2 EU ausdrücklich ausgeschlossen ist und grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip beachtet werden muss, besitzen die Mitgliedstaaten eine weitgehende Regelungsautonomie.

Das Gemeinschaftsrecht sieht für Wettbewerbsverstösse weder im EG-Vertrag noch in den dazu erlassenen Durchführungsverordnungen (insbesondere VO 1/2003) die Auferlegung strafrechtlicher Individualsanktionen vor. Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003

³⁴⁵ Kurt Lennart Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, (2007), 4. Aufl., Rz. 12.

³⁴⁶ Wouter P. J. Wils, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require Imprisonment?, The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law (2002), 233.

bestimmt insoweit deklaratorisch, dass die nach Art. 23 Abs. 1 und Abs. 2 VO 1/2003 möglichen Geldbussen **keinen strafrechtlichen Charakter** besitzen.

b. Änderungsmöglichkeiten

Ob die Einführung kartellrechtlicher Strafnormen *de lege ferenda* mit dem bestehenden Gemeinschaftsrecht im Einklang stünde, ist in der Literatur umstritten.³⁴⁷ Diskutiert wird vornehmlich, ob gemäss Art. 5 Abs. 1 EG eine dem **Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung** entsprechende gemeinschaftsrechtliche Kompetenzzuweisung vorhanden ist. Parallel zur Problematik bei den administrativen Individualsanktionen wird im Blick auf Art. 83 EG argumentiert, dass dieser sich lediglich auf Unternehmen beziehe und damit Sanktionen gegen natürliche Personen ausschliesse. Darüber hinaus wird auf Art. 83 Abs. 2a EG verwiesen, nach dem die Beachtung der in Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 82 EG genannten Verbote durch „Geldbussen“ sicherzustellen ist. Daraus wird geschlossen, die Vertragsstaaten hätten sich implizit gegen die Kriminalisierung von Wettbewerbsverstössen entschieden. Die Überzeugungskraft dieses Arguments wird aber mit dem Hinweis in Zweifel gezogen, dass es sich bei den Massnahmen nach Art. 83 Abs. 2 EG nur um besondere Beispiele handle, die nicht abschliessend seien. Die besondere Erwähnung von Geldbussen schliesse Geld- oder Gefängnisstrafen daher nicht von vornherein aus.

Gegen die Annahme, Art. 83 Abs. 1 EG enthalte eine Strafkompetenz, wird sodann geltend gemacht, dass Strafnormen aufgrund ihres einschneidenden Charakters erhöhter demokratischer Legitimität bedürfen und daher auf die Zustimmung des Europäischen Parlamentes angewiesen seien. Da Art. 83 Abs. 1 EG lediglich ein Anhörungsrecht vorsehe, werde diesem Erfordernis nicht hinreichend Rechnung getragen. Sofern ein solches erhöhtes Legitimierungserfordernis überhaupt Anerkennung findet, wird dagegen vorgebracht, dass eine Beteiligung des Europäischen Parlaments gemäss Art. 83 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 EG sichergestellt oder jedenfalls auf die Flexibilitätsklausel des Art. 308 EG ausgewichen werden könnte. Befürworter einer gemeinschaftlichen Strafkompetenz berufen sich schliesslich auf ein **Urteil des EuGH** zu Art. 175 EG, das ausdrücklich bestätigte, dass zur effektiven Erreichung umweltpolitischer Ziele nach Art. 174 EG auch strafrechtliche Massnahmen ergriffen werden können.³⁴⁸ Hier darf der Hinweis nicht fehlen, dass dieses Urteil politisch ausserordentlich umstritten ist.³⁴⁹

³⁴⁷ Ablehnend *Helmuth Schröter* in von der Groeben/Schwarze, Art. 83 Rz. 27; Zweifelnd *Gerhard Dannecker/Jörg Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG (2007), 4. Aufl., VO 1/2003, Art. 23, Rz. 21; bejahend *Wouter P. J. Wils*, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require Imprisonment? The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law (2002), 232 ff.

³⁴⁸ EuGH *Kommission/Rat*, C-176/03, Slg. 2005, I - 7879, Rz. 48.

³⁴⁹ Vgl. anstelle vieler kritischer Stimmen den 42. Report des Select Committee on European Union des House of Lords; <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldcom/227/22704.htm>, zuletzt besucht am 21. Juli 2008.

Ist bereits ungeklärt, ob die Einführung eines gemeinschaftlichen Kartellstrafrechts rechtlich zulässig wäre, so bestehen zusätzliche Zweifel betreffend die praktische Umsetzung. In Betracht käme zum einen der Erlass von Harmonisierungsmassnahmen, welche die Mitgliedstaaten zur entsprechenden Anpassung ihrer nationalen Strafgesetzgebung verpflichten. Zum anderen könnte der Erlass strafrechtlicher Normen auf der Gemeinschaftsebene selbst erwogen werden, die dann durch die Gemeinschaftsorgane zu vollziehen wären.³⁵⁰ Es ist aber festzuhalten, dass es derzeit **politisch keine entsprechenden Vorhaben** gibt. Der Generaldirektor für Wettbewerb in der Europäischen Kommission, *Philip Lowe*, hat an der letztjährigen *Fordham Antitrust Conference* festgestellt, Europa sei für so einen Schritt „culturally not ready“.

3. Sanktionskompetenz der Mitgliedstaaten

Es stellt sich die weitere Frage, ob die Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich befugt sind, nationale Kartellstrafnormen zu erlassen. Im Zentrum steht insoweit der mit der VO 1/2003 dezentralisierte Vollzug des europäischen Kartellrechts. Nach Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 sind die nationalen Wettbewerbsbehörden zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG verpflichtet, einschliesslich Art. 81 Abs. 3. Ausgehend davon böte es sich auf den ersten Blick an, die oben dargestellten Beschränkungen der gemeinschaftlichen Sanktionsgewalt im Blick auf Art. 81 und Art. 82 EG auch auf den mitgliedstaatlichen Kartellrechtsvollzug zu übertragen. Art. 5 VO 1/2003 bestimmt jedoch ausdrücklich, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG neben Geldbussen und Zwangsgeldern auch „sonstige im innerstaatlichen Recht vorgesehene Sanktionen“ verhängen dürfen. Unter „sonstige Sanktionen“ lassen sich zwanglos auch **Geld- und Gefängnisstrafen** subsumieren. Dieses Ergebnis wird durch Art. 12 Abs. 3 2. Spiegelstrich VO 1/2003 bestätigt, welcher die Verwendung von Informationen, die durch Austausch mit anderen Wettbewerbsbehörden erlangt wurden, zur Verhängung von „Haftstrafen“ untersagt.³⁵¹ Auch ein Blick auf den Normzweck stützt diese Sichtweise. Art. 5 VO 1/2003 verpflichtet die nationalen Wettbewerbsbehörden zur effektiven Durchsetzung der in den Artikeln 81 und 82 EG enthaltenen Verbote. Welche Massnahmen dazu ergriffen werden, liegt in der Entscheidungshoheit der Mitgliedstaaten. Die Aufzählung der einzelnen Sanktionsmassnahmen in Art. 5 EG hat demnach lediglich deklaratorische Bedeutung.³⁵² Schliesslich spricht auch der Umstand, dass verschiedene Mitgliedstaaten ohne Widerspruch Strafsanktionen in ihrer Rechtsordnung eingeführt haben, rechtstatsächlich für die **Zulässigkeit** dieses Vorgehens.

³⁵⁰ Siehe *Wouter P. J. Wils*, Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer? European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels, 314 der dafür hält, dass es nach Art. 229 EG möglich sei, dem Europäischen Gerichtshof die Befugnis zur Verhängung von Strafen zu übertragen.

³⁵¹ *Wouter P. J. Wils*, Is Criminalization of EU Competition Law the Answer? European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels, 281 ff.

³⁵² *Kurt Lennart Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG (2007), 4. Aufl., VO 1/2003, Art. 5 Rz. 1.

4. Bewertung

Auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft können nach geltendem Recht weder administrative noch strafrechtliche Sanktionen gegen natürliche Personen verhängt werden. Eine Ausnahme gilt bei den Verwaltungssanktionen für den Fall, dass natürlichen Personen die rechtlichen Voraussetzungen des **Unternehmensmerkmals** im Sinne von Art. 81 EG und Art. 82 EG erfüllen. Diese Möglichkeit hat jedoch in der Praxis der Europäischen Kommission bislang keine Bedeutung erlangt. Die Gemeinschaft besitzt auch keine Befugnis, die Mitgliedstaaten über Harmonisierungsmassnahmen zum Erlass administrativer oder strafrechtlicher Sanktionsnormen zu verpflichten. Die Mitgliedstaaten sind durch das Gemeinschaftsrecht nicht gehindert, kartellstrafrechtliche Vorschriften zu erlassen.

Ein Kompetenzzuwachs der Europäischen Gemeinschaft zur Verhängung administrativer oder strafrechtlicher Individualsanktionen ist für die nähere Zukunft nicht zu erwarten.³⁵³ Dem stehen bisher v.a. **politische Vorbehalte der Mitgliedstaaten**, insbesondere die Angst, hoheitliche Kernbefugnisse zu verlieren, entgegen.³⁵⁴ Eine andere Rechtslage würde sich bei Inkrafttreten des **Reformvertrags von Lissabon** ergeben, welcher der Europäischen Union ausdrücklich supranationale Befugnisse auf dem Gebiet des Strafrechts einräumen würde. Nach Art. 83 AEUV können Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen durch Richtlinien festgelegt werden, wenn sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet erweist, auf dem Harmonisierungsmassnahmen erfolgt sind. Da die Vorschrift lediglich Harmonisierungsmassnahmen durch Richtlinien erlaubt, wird damit die Schaffung strafrechtlicher Befugnisse für Organe der Europäischen Union selbst ausgeschlossen. Ein Rückgriff auf den inhaltlich dem Art. 83 Abs. 1 EG vollständig entsprechenden Art. 103 Abs. 1 VvL wird durch Art. 83 VvL ausgeschlossen, so dass die dazu bestehenden Auslegungszweifel obsolet sind.³⁵⁵

Auch die Einführung administrativer Individualsanktionen ist in näherer Zukunft nicht zu erwarten. Entsprechende Pläne gibt es derzeit nicht.³⁵⁶ Mit der **Dezentralisierung** des Kartellrechtsvollzuges verlagert sich das Thema „Einführung von Individualsanktionen“ verstärkt auf die mitgliedstaatliche Ebene. Würde der Europäischen Kommission die Befugnis zu administrativen, nicht aber strafrechtlichen Individualsanktionen eingeräumt, so ergäbe sich zudem das Problem des „forum shopping“. Soweit der jeweils zuständige Mitgliedstaat strafrechtliche Sanktionen vorsieht, könnte dieselbe

³⁵³ Siehe *Philip Lowe*, Preventing and Sanctioning Anticompetitive Conduct: Effective Use of Administrative and Criminal Sanctions, Leniency: and Private Action in the EU, in: Barry Hawk, *International Antitrust Law & Policy* (2007), 96.

³⁵⁴ *Christoph T. Feddersen*, in: GH VO 1/2003, Art. 23 nach Art. 83 EGV, Rn. 18 mit weiteren Nachweisen; Protokollerklärung der deutschen Delegation zu Art. 2 VO 1/2003, Ratsdokument 15 435/02 ADD 1 v. 10.12.2002.

³⁵⁵ Siehe oben B. III. 2. b.

³⁵⁶ Auskunft der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission vom 19.06.2008.

Wettbewerbsverletzung entweder strafrechtlich oder nur verwaltungsrechtlich verfolgt werden, je nachdem ob die Kommission das Verfahren an sich zieht oder nicht.

IV. Vereinigtes Königreich

1. Allgemeines

Im Vereinigten Königreich hat der Gesetzgeber im Jahre 2002 mit der Verabschiedung des *Enterprise Act* die so genannte „cartel offence“ eingeführt. Im Gegensatz zu der Regelung für wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen nach § 298 deutsches StGB handelt es sich bei der „cartel offence“ um eine allgemeine kartellrechtliche Strafbestimmung. Der Täterkreis der cartel offence ist auf **natürliche Personen** beschränkt. Gegen Unternehmen können lediglich Bussgelder nach dem Competition Act verhängt werden.³⁵⁷ Auch die Behinderung der Untersuchungsbefugnisse der Wettbewerbsbehörden ist nach dem *Enterprise Act* strafbewehrt. Schliesslich können nach dem *Company Directors Disqualification Act* von 1986, ergänzt durch den *Enterprise Act* von 2002, Geschäftsführer („company directors“) von einem Gericht mit einem Berufsverbot belegt werden.

2. Cartel Offence

Die cartel offence ist in Section 188 des *Enterprise Act* geregelt. Danach ist strafbar, wer mit anderen Personen in unlauterer Weise („dishonestly“) Preis-, Mengen-, Gebiets- oder Submissionsabsprachen trifft. Der Straftatbestand ist gemäss Section 189 (1) *Enterprise Act* auf **Horizontalvereinbarungen** beschränkt. Vertikalabsprachen können nicht strafrechtlich geahndet werden. Trotz des insoweit zweifelhaften Wortlauts („agrees“) ist eine besondere Vereinbarung nicht erforderlich. Es genügen abgestimmte Verhaltensweisen („concerted practices“) der betroffenen Personen.³⁵⁸ Eine Kartellabsprache fällt nur dann unter die cartel offence, wenn sie in unlauterer Weise herbeigeführt wurde. Zur Bestimmung der Unlauterkeit wird der sog. „Gosh test“ herangezogen.³⁵⁹ Als objektives Kriterium wird zunächst ermittelt, ob das Handeln des Beschuldigten aus der Sicht vernünftiger („reasonable“) Personen als unlauter erscheint. Ist die Unlauterkeit nach diesem objektivierten Massstab zu bejahen, so ist nachzuweisen, dass der Beschuldigte auch subjektiv erkannt hat, dass sein Verhalten aus der Sicht vernünftiger Personen unlauter war. Mit dem Merkmal der „dishonesty“ werden insbesondere bloss **fahrlässige Verhaltensweisen** aus dem Tatbestand der cartel offence ausgeschlossen. Damit wird eine zu grosse Ausdehnung des

³⁵⁷ Siehe Section 36 des Competition Act, wonach Bussgelder bei Verstössen gegen die im Wesentlichen den Artt. 81 und 82 EG nachgebildeten Verbotstatbestände des 1. und 2. Kapitels des Gesetzes verhängt werden können.

³⁵⁸ *Jeremy Lever/John Pike*, Cartel Agreements, Criminal Conspiracy and the Statutory „Cartel Offence“ - Part 2, E.C.L.R. (2005), 165.

³⁵⁹ (1982) 2 ALL ER 689 (C.A.)

Anwendungsbereichs verhindert.³⁶⁰ Wird der Fall vor dem **Crown Court** verhandelt, so kann nach Section 190 (1) (a) des Enterprise Act neben einer unbegrenzten Geldstrafe eine Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren verhängt werden. Auch eine Kombination aus Geld- und Freiheitsstrafe ist möglich. Bei Zuständigkeit des **Magistrate's Court** ist die Geldstrafe auf GBP 5.000 und die Freiheitsstrafe auf 6 Monate beschränkt. Die Höchstfreiheitsstrafe von 5 Jahren dient nicht zuletzt dazu, den Straftatbestand zu einer sog. „arrestable offence“ im Sinne des Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) aufzuwerten und dadurch den Behörden weiter reichende Untersuchungsbefugnisse einzuräumen. Vereinbarungen, die ausserhalb des Vereinigten Königreichs getroffen wurden, können nach Section 190 (3) des Enterprise Act nur bestraft werden, wenn sie ganz oder teilweise im Staatsgebiet durchgeführt wurden („implemented“). Mit dieser Bestimmung soll eine Doppelbestrafung durch verschiedene nationale Wettbewerbsbehörden vermieden werden. Damit können Personen, die Kartellaktivitäten im Vereinigten Königreich lediglich organisieren, nicht strafrechtlich belangt werden. Es ist beabsichtigt, dass das OFT Bussgeldverfahren gegen Unternehmen nach dem Competition Act erst nach Abschluss strafrechtlicher Verfahren aufnimmt.

Im Jahr 2008 erfolgten die ersten drei Verurteilungen. Die Betroffenen wurden zu Freiheitsstrafen zwischen zweieinhalb und drei Jahren verurteilt und erhielten Berufsverbote zwischen 5 und 7 Jahren.³⁶¹

3. Directors Disqualification Order

Auf Antrag des OFT oder einer anderen spezifizierten Regulierungsbehörde hat das zuständige **Gericht** gemäss Section 9a des *Company Directors Disqualification Act* gegen einen Geschäftsführer („company director“) ein Berufsverbot auszusprechen, sofern zwei Bedingungen erfüllt sind: Zunächst muss das Unternehmen des Geschäftsführers eine Wettbewerbsverletzung begangen haben. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung beschränkt sich im Unterschied zu Section 188 Enterprise Act nicht auf harte Kartelle, sondern umfasst auch Verletzungen der Verbotstatbestände nach Kapitel 1 und 2 des Competition Act sowie von Art. 81 und Art. 82 EG. Als zweite Bedingung muss sich nach Überzeugung des Gerichts der Betroffene durch sein Verhalten zur weiteren Geschäftsführung ungeeignet („unfit“) gemacht haben. Das wird vor allem dann anzunehmen sein, wenn der Geschäftsführer an der Wettbewerbsverletzung selbst beteiligt ist, jedoch auch dann, wenn er über die Wettbewerbsverstösse keine Kenntnis besass, dieses Wissen aber bei Beachtung allgemeiner Sorgfaltsmassstäbe hätte erlangen können.³⁶² Die Maximaldauer für ein

³⁶⁰ Barry J. Rodger, *The Competition Act and The Enterprise Act Reforms: Sanctions and Deterrence in UK Competition Law*, in: Dannecker/Jansen, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, [2004], S. 125 ff.; Mark Furse, *Competition Law of the EC and UK*, 5. Aufl., Oxford 2006, 236.

³⁶¹ Siehe Pressebericht des OFT, <http://www.of.gov.uk/news/press/2008/72-08>, zuletzt besucht am 2. Juli 2008.

³⁶² Philippe Chappate/Sarah Cardel, *United Kingdom*, in: *Cartel Regulation (2008)* 239.

Berufsverbot beträgt 15 Jahre. Gemäss Section 13 Company Directors Disqualification Act stellt die Nichtbeachtung des Berufsverbotes eine Straftat dar. Nach Section 9b Company Directors Disqualification Act ist alternativ auch die eigenständige Abgabe einer Verpflichtungserklärung bezüglich der Nichtausübung der weiteren Geschäftsführungstätigkeit ohne Einbeziehung eines Gerichtes möglich.

4. No Action Letter

Das OFT als nationale Wettbewerbsbehörde und hilfsweise das Serious Fraud Office (SFO) besitzen gemäss Section 190 (4) Enterprise Act die Befugnis, einen sog. „no action letter“ zu erteilen. Mit diesem wird natürlichen Personen, die der Behörde Informationen zur Aufdeckung von Kartellen zur Verfügung stellen, nach Massgabe der darin aufgeführten besonderen Bestimmungen **Immunität** von einer Strafverfolgung zugesichert. Das Absehen von Strafverfolgung betrifft auch die Verhängung eines Berufsverbotes. Zweck der no action letters ist, eine Beeinträchtigung der vom OFT angewendeten Bonusregelung („leniency programme“) zu verhindern. Wären Mitarbeiter der in Kartellabsprachen verwickelten Unternehmen der Gefahr persönlicher Bestrafung ausgesetzt, so würde dies die Bereitschaft der Unternehmen zur Inanspruchnahme der Bonusregelung reduzieren. Mithin dienen die no action letters in erster Linie dazu, die Effektivität der Bonusregelung aufrechtzuerhalten.³⁶³

5. Weitere Straftatbestände

Section 201 Enterprise Act enthält weitere Straftatbestände, die insbesondere die Verletzung der nach Section 193 und 194 Enterprise Act bestehenden Auskunftspflichten, die Beseitigung von Beweismitteln und die Behinderung von Ermittlungshandlungen zum Gegenstand haben. Ähnliche Straftatbestände, welche die dem OFT in diesem Gesetz eingeräumten Untersuchungsbefugnisse betreffen, finden sich in den Sections 42 bis 44 Competition Act. In der Literatur wurde im Zusammenhang mit Kartellabreden auch die Anwendbarkeit der Common-Law-Straftat „conspiracy to defraud“ erwogen.³⁶⁴ Das House of Lords hat jedoch entschieden, dass Preisabsprachen nicht den Tatbestand des „conspiracy to defraud“ erfüllen, solange keine erschwerenden Umstände vorliegen (aggravating features).³⁶⁵ Als erschwerende Umstände kommen „misrepresentation“ und „deception“ in Betracht, wobei diese aber noch nicht in der Preisabsprache selbst zu sehen sind.

³⁶³ *Jeremy Lever/John Pike*, Cartel Agreements, Criminal Conspiracy and the Statutory "Cartel Offence" - Part 2, E.C.L.R. (2005) 167.

³⁶⁴ Vgl. *Jeremy Lever/John Pike*, Cartel Agreements, Criminal Conspiracy and the Statutory "Cartel Offence" - Part 2, E.C.L.R. (2005) 164 ff.

³⁶⁵ Siehe *Norris v Government of the United States of America and others*, [2008] UKHL 16.

6. Zuständigkeit

Für die Verfolgung der cartel offence sind gemäss Section 190 (2) des Enterprise Act das **SFO** sowie das **OFT** zuständig.³⁶⁶ Beim SFO handelt es sich um eine unabhängige öffentliche Anklagebehörde, die organisatorisch dem Justizapparat zugeordnet ist. Im Gegensatz zu den Untersuchungskompetenzen des OFT, die sich aus dem Competition und dem Enterprise Act ergeben, sind die des SFO im Criminal Justice Act (1987) geregelt. Eine Konkretisierung der Zuständigkeitsverteilung ist in einem gemeinsamen Memorandum der beiden Behörden erfolgt.³⁶⁷ Erhält das OFT im Rahmen seiner Ermittlungen Kenntnis von strafbaren Kartellhandlungen, so führt es die Erstuntersuchungen durch und informiert das SFO. Erhärten die Erstuntersuchungen den Anfangsverdacht und sind die besonderen Annahmeveraussetzungen des SFO („acceptance criteria“) erfüllt, so wird der Fall an das SFO abgegeben. Bei den Annahmeveraussetzungen ist primär auf die Schwere und Komplexität der in Rede stehenden Kartellrechtsverletzung abzustellen.³⁶⁸ Weitere Übernahmeindikatoren können die Schadenshöhe, das Vorhandensein internationaler Bezüge, die Notwendigkeit, auf die besonderen Ermittlungsbefugnisse des SFO zurückzugreifen oder ein besonderes öffentliches Interesse sein. Erhält das SFO zuerst Kenntnisse über mögliche kartellrechtswidrige Handlungen, so reicht es diese ebenfalls zur Anfangsermittlung an das OFT weiter. Hat das SFO einen Fall übernommen, so wird unter der Führung des SFO eine Sonderkommission („criminal case team“) aus Mitarbeitern des SFO und des OFT gebildet. Die weiteren Untersuchungen der Sonderkommission werden nach den Vorschriften des Criminal Justice Act (1987) durchgeführt. Auf die vielfach ähnlich ausgestalteten Untersuchungsbefugnisse des Enterprise Act wird nur dann ausgewichen, wenn es für besondere Untersuchungszwecke erforderlich ist. Zu betonen ist jedoch, dass sich eine gefestigte Verfahrenspraxis mangels hinreichendem Fallmaterials noch nicht herausgebildet hat.

V. Deutschland

1. Allgemeines

Einzelpersonen können in Deutschland sowohl nach Ordnungswidrigkeitenrecht als auch nach Strafrecht sanktioniert werden. Die massgeblichen Ordnungswidrigkeitstatbestände finden sich im Gesetz gegen Wettbewerbs-

³⁶⁶ Das gilt für England, Wales und Nordirland. In Schottland liegt die Zuständigkeit bei dem Lord Advocate.

³⁶⁷ Memorandum of understanding between the Office of Fair Trading and the Director of the Serious Fraud Office (2003), http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/enterprise_act/oft547.pdf, zuletzt besucht am 15. Juli 2008.

³⁶⁸ Diese besonderen Annahmeveraussetzungen ergeben sich daraus, dass die Zuständigkeit des SFO nach dem Criminal Justice Act 1987 nur bei schweren oder besonders komplexen Betrugshandlungen (serious or complex fraud) eröffnet ist.

beschränkungen (GWB) i.V.m. mit dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), die relevanten Strafvorschriften im Strafgesetzbuch (StGB).

Nach überwiegender Ansicht ist der Unterschied zwischen Ordnungswidrigkeiten und Straftaten nicht wesensmässiger, sondern nur gradueller Natur.³⁶⁹ Als sog. Bagatellunrecht weisen Ordnungswidrigkeiten nicht den für eine strafrechtliche Pönalisierung erforderlichen sozialemischen Unwertgehalt auf. Das Fehlen dieses sozialemischen Unwerts hat zur Folge, dass Ordnungswidrigkeiten lediglich mit Geldbusse, Straftaten hingegen neben Geld- auch mit Gefängnisstrafe geahndet werden können. Darüber hinaus ist bei einer strafrechtlichen Verurteilung nach den §§ 70 ff. StGB auch die Verhängung eines Berufsverbotes möglich.

2. Ordnungswidrigkeiten

Das Bussgeldverfahren ist in den §§ 81 ff. GWB geregelt. Die bussgeldrechtliche Verfolgung setzt nach § 130 GWB voraus, dass sich die Wettbewerbsbeschränkungen im Geltungsbereich des Gesetzes auswirken. Unerheblich ist es daher, an welchem Ort die Wettbewerbsbeschränkung veranlasst worden ist. § 81 GWB enthält eine Vielzahl voneinander unabhängiger Ordnungswidrigkeitstatbestände. Unterschieden werden schwerwiegende und leichtere Kartellordnungswidrigkeiten. § 81 Abs. 4 S. 1 GWB sieht für die dort genannten schweren Kartellordnungswidrigkeiten eine Geldbusse von bis zu 1.000.000 Euro vor. Die übrigen (leichten) Kartellordnungswidrigkeiten können gemäss § 81 Abs. 4 S. 3 GWB mit einer Geldbusse von bis zu 100.000 Euro sanktioniert werden. Die Sanktionen richten sich sowohl gegen **Einzelpersonen** als auch gegen die beteiligten Unternehmen. Subjektiv muss entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen. Lediglich die Ordnungswidrigkeitstatbestände nach § 81 Abs. 3 GWB setzen Vorsatz voraus. Gemäss § 17 Abs. 2 OWiG kann bei fahrlässigem Handeln im Höchstmass nur die Hälfte des angedrohten Höchstbetrages der Geldbusse verhängt werden. Werden durch eine Handlung sowohl der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit als auch der einer Straftat erfüllt, so tritt gemäss § 21 Abs. 1 OWiG die Ordnungswidrigkeit zurück³⁷⁰. Eine Handlung kann gemäss § 21 Abs. 2 OWiG aber dann als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, wenn eine Strafe nicht verhängt wird.

a. Schwerwiegende Kartellordnungswidrigkeiten

Nach § 81 Abs. 1 GWB handelt ordnungswidrig, wer gegen die Artikel 81 Abs. 1 EG (Nr. 1) oder 82 Satz 1 EG (Nr. 2) verstösst. § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB sanktioniert Verstösse gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB. Seit der 7. GWB-Novelle bezieht sich das Kartellverbot in Übereinstimmung mit Art. 81 Abs. 1 EG sowohl auf horizontale als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Ordnungswidrig ist nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB

³⁶⁹ *Erich Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar (2006), 14. Auflage, Vor § 1 Rz. 5.

³⁷⁰ Nach h. M. wird aber die Straftat verdrängt, wenn der Bussgeldtatbestand die speziellere Norm darstellt. Siehe dazu etwa *Joachim Bohnert*, Karlsruher Kommentar zum OWiG (2006), 3. Aufl., § 21 Rz. 7.

darüber hinaus die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 Abs. 1 S. 1 GWB), weiter die Behinderung und Diskriminierung (§ 20 Abs. 1 bis 4 GWB), die diskriminierende Ablehnung der Aufnahme in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung oder eine Gütezeichengemeinschaft (§ 20 Abs. 6 GWB), der Zwang zu illegalem Wettbewerbsverhalten (§ 21 Abs. 3 GWB), die wirtschaftliche Nachteilszufügung als Vergeltung für eine Anrufung der Kartellbehörde (§ 21 Abs. 4 GWB) und der Vollzug oder die Mitwirkung an einem vom Bundeskartellamt nicht freigegebenen Zusammenschluss (§ 41 Abs. 1 S. 1 GWB). § 81 Abs. 3 Nr. 1, 2 beziehen sich auf Verstösse gegen das Boykottverbot in Form der Aufforderung zu Liefer- oder Bezugssperren nach § 21 Abs. 1 GWB und das Verbot von Druck- oder Lockmitteln nach § 21 Abs. 2 GWB. § 81 Abs. 3 Nr. 3 GWB bebusst denjenigen, der entgegen § 24 Abs. 4 Satz 3 GWB oder § 39 Abs. 3 Satz 5 GWB eine Angabe zur Täuschung der Kartellbehörde in bestimmten, vom Gesetz abschliessend aufgeführten Anmeldeverfahren macht oder benutzt. Zu den schwerwiegenden Kartellordnungswidrigkeiten gehören darüber hinaus Zuwiderhandlungen gegen bestimmte vollziehbare behördliche Verfügungen. Nach § 81 Abs. 2 Nr. 5 GWB wird eine Geldbusse gegen denjenigen verhängt, der einer vollziehbaren Auflage einer Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts (§ 40 Abs. 3 Satz 1 GWB) oder einer Ministererlaubnis (§ 42 Abs. 2 Satz 1 GWB) zuwiderhandelt. § 81 Abs. 1 Nr. 2a GWB erfasst Verstösse gegen vollziehbare Auflagen, insbesondere Verfügungen im Missbrauchs- und Untersagungsverfahren, einstweilige Massnahmen nach §§ 32 a und 60 GWB sowie Verfügungen nach § 32 b GWB, mit welchen Verpflichtungszusagen für verbindlich erklärt werden.

b. Leichte Kartellrechtsverstösse (Ungehorsamstatbestände)

Zu den leichten Kartellrechtsverstössen gehören bestimmte Zuwiderhandlungen gegen gesetzliche Verbote. Gemäss § 81 Abs. 2 Nr. 3 GWB handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 39 Abs. 1 GWB eine Vereinbarung oder einen Zusammenschluss nicht richtig oder nicht vollständig anmeldet und nach § 81 Abs. 2 Nr. 4 GWB, wer entgegen § 39 Abs. 6 GWB eine Anzeige, die nach dem Vollzug eines Zusammenschlusses vorgeschrieben ist, nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet. Schliesslich gehören zu den leichten Kartellrechtsverstössen auch Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Verwaltungsakte der Kartellbehörde. Darunter fällt § 81 Abs. 2 Nr. 2 b, wonach ordnungswidrig handelt, wer einem Auskunftsverlangen des Bundeskartellamtes im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach § 39 Abs. 5 GWB nicht ordnungsgemäss nachkommt. Nach § 81 Abs. 2 Nr. 6 GWB handelt sodann ordnungswidrig, wer entgegen § 59 Abs. 2 GWB eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt, Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig herausgibt, geschäftliche Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zur Einsichtnahme und Prüfung vorlegt oder die Prüfung dieser geschäftlichen Unterlagen sowie das Betreten von Geschäftsräumen und -grundstücken nicht duldet.

c. Täterkreis

Der Grossteil der Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 81 GWB richtet sich infolge der inkorporierten Verweisungsnormen an **Unternehmen** und **Unternehmensvereinigungen**. Es handelt sich um Sonderdelikte. Natürliche Personen sind damit zunächst nur erfasst, wenn sie die Stellung eines Unternehmensinhabers besitzen und dem Unternehmen keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt.³⁷¹ Unter den Voraussetzungen des § 9 OWiG wird der Täterkreis aber auf natürliche Personen erweitert. Die Vorschrift unterscheidet zwischen Fällen gesetzlicher Vertretung (Abs. 1) und gewillkürter Vertretung (Abs. 2). Handelt nach § 9 Abs. 1 OWiG eine Einzelperson als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person bzw. als Mitglied eines solchen Organs (Nr. 1), als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft (Nr. 2) oder als gesetzlicher Vertreter eines anderen (Nr. 3), so wird diesen das täterschaftsbegründende besondere persönliche Merkmal „Unternehmensinhaber“ zugerechnet und damit deren ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit begründet.³⁷² Dasselbe gilt nach § 9 Abs. 2 OWiG für Personen, die vom Inhaber eines Unternehmens (Betriebes) oder einem sonst dazu Befugten beauftragt sind, das Unternehmen (den Betrieb) ganz oder zum Teil zu leiten, oder ausdrücklich beauftragt sind, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Unternehmens (Betriebes) obliegen. § 9 Abs. 3 OWiG stellt schliesslich klar, dass ein unwirksamer Bestellsakt die bussgeldrechtliche Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter oder Beauftragten nicht entfallen lässt. Sind die täterschaftsbegründenden Voraussetzungen des § 9 OWiG bei einer Person nicht erfüllt, so kommt nach § 14 OWiG eine Teilnahme in der Form von Anstiftung und Beihilfe in Betracht, wenn zumindest ein Beteiligter die Qualifikation des § 9 OWiG aufweist.³⁷³ Soweit wie im Falle des § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 4 OWiG kein Sonderdelikt vorliegt, kann jedermann täterschaftlich handeln. Eines Rückgriffes auf § 9 OWiG bedarf es insoweit nicht.

Hinzuweisen ist schliesslich auf § 130 OWiG, wonach mit Geldbusse geahndet werden kann, wer als **Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens** vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen **betriebsbezogene Pflichten**, deren Verletzung mit Strafe oder Geldbusse bedroht ist, zu verhindern. Normadressaten sind primär die Inhaber von Betrieben und Unternehmen. § 9 OWiG ist anwendbar, so dass die für den Inhaber des Betriebes handelnden Personen in die Verantwortung einbezogen werden.³⁷⁴ § 130 OWiG bezieht sich ausschliesslich auf Zuwiderhandlungen

³⁷¹ Gerhard Dannecker/ Jörg Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG (2007), 4. Aufl., Vorb. § 81 Rz. 64; § 81 Rz. 77.

³⁷² Gerhard Dannecker/ Jörg Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG (2007), 4. Aufl. (2007), § 81 Rz. 26.

³⁷³ Gerhard Dannecker/ Jörg Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG (2007), 4. Aufl. (2007), 4. Auflage, § 81 Rz. 77.

³⁷⁴ Erich Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar (2006), 14. Auflage, § 130 Rz. 4.

gegen Pflichten, die den Inhaber des Betriebes oder Unternehmens als solchen treffen. Die h.M. geht davon aus, dass sich die Pflichten, die den Inhaber „als solchen“ treffen, auch aus Allgemeindelikten ergeben können, sofern diese im Zusammenhang mit der Führung des Betriebes bzw. des Unternehmens bestehen. Daher kommen alle Kartellordnungswidrigkeiten als Verletzung einer betriebsbezogenen Pflicht nach § 130 OWiG in Betracht. Zu beachten ist jedoch, dass § 130 OWiG trotz seiner zurechnungssichernden Funktion eine eigenständige Ordnungswidrigkeit darstellt.³⁷⁵

d. Bonusregelung

Im Jahre 2006 wurde durch die Bekanntmachung Nr. 9/2006 eine neue Bonusregelung eingeführt. Sie findet gemäss Randnummer 1 neben Unternehmen und Unternehmensvereinigungen auch auf **natürliche Personen** Anwendung. Einem Kartellbeteiligten kann die **Geldbusse erlassen** werden, wenn (1.) er sich als erster Kartellbeteiligter an das Bundeskartellamt wendet, bevor dieses über ausreichende Beweismittel verfügt, um einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken und (2.) er das Bundeskartellamt durch mündliche und schriftliche Informationen und – soweit verfügbar – Beweismittel in die Lage versetzt, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken, (3.) er nicht alleiniger Anführer des Kartells war oder andere zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen hat und (4.) ununterbrochen und uneingeschränkt mit dem Bundeskartellamt zusammenarbeitet. Erfüllt ein Kartellbeteiligter die vorstehenden Voraussetzungen für einen Erlass nicht, so kann das Bundeskartellamt die Geldbusse um bis zu 50% **reduzieren**, wenn er (1.) dem Bundeskartellamt mündliche oder schriftliche Informationen und – soweit verfügbar – Beweismittel vorlegt, die wesentlich dazu beitragen, die Tat nachzuweisen und (2.) er ununterbrochen und uneingeschränkt mit dem Bundeskartellamt zusammenarbeitet. Im Übrigen bestimmt sich der Umfang der Reduktion insbesondere nach dem Nutzen der Aufklärungsbeiträge und der Reihenfolge der Anträge.

e. Zuständigkeit

Nach § 48 Abs. 1 GWB sind das Bundeskartellamt, das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und die Landeskartellbehörden zuständig. Soweit keine spezielle anderweitige Kompetenz gegeben ist, obliegt die Verhängung von Bussgeldern nach § 81 Abs. 10 i.V.m. § 48 Abs. 2 S. 1 GWB dem **Bundeskartellamt**, wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht. Nach § 41 OWiG ist die Verwaltungsbehörde jedoch verpflichtet, das Bussgeldverfahren an die **Staatsanwaltschaft** abzugeben, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass die verfolgte Ordnungswidrigkeit zugleich einen Straftatbestand erfüllt.

³⁷⁵ Klaus Rogall, *Karlsruher Kommentar zum OWiG* (2006), 3. Aufl., § 130 Rz. 4.

f. Statistik der gegen Einzelpersonen verhängten Bussgelder in Euro³⁷⁶:

Jahr	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Verfahren	3	10	5	6	3	9
Bescheide	18	39	51	30	10	26
Bussen Ges.	300.000	3.300.000	3.400.000	3.200.000	1.100.000	1.800.000
Busse Max.	45.000	500.000	400.000	220.000	250.000	210.000
Busse Min.	5.000	10.000	6.000	10.000	5.000	15.000

3. Straftaten

a. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen

Mit dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen nach § 298 StGB wird lediglich ein begrenzter Teilausschnitt kartellrechtswidrigen Handelns unter Strafe gestellt. Schutzgut der Vorschrift ist der **freie Wettbewerb bei Ausschreibungen**. Als abstraktes Gefährdungsdelikt setzt die Vorschrift im Gegensatz zum Betrugstatbestand nach § 263 StGB weder eine Täuschungshandlung noch einen Vermögensschaden voraus. Der Tatbestand bezieht sich neben Vergabeverfahren der öffentlichen Hand auch auf Ausschreibungen und freihändige Vergaben durch private Unternehmen, soweit ein Teilnahmewettbewerb vorausgegangen ist. Gegenstand der Ausschreibung muss die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen sein. Tathandlung ist die Abgabe eines Angebotes, das auf einer **rechtswidrigen Absprache** beruht. Rechtswidrig ist eine Absprache, wenn sie gegen die Normen des GWB und des EGV (Art. 81 und Art. 82 EG) verstösst.³⁷⁷ Subjektiv ist mindestens bedingter Vorsatz erforderlich. Die Tat kann mit bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe geahndet werden.

b. Submissionsbetrug

Der Bundesgerichtshof hat darüber hinaus die Angebotsabgabe durch Submissionskartelle auch als Betrug gemäss § 263 StGB gewertet.³⁷⁸ Im Unterschied zu § 298 StGB zielt der Betrugstatbestand auf den **Schutz des Vermögens** und nicht des Wettbewerbs als solchen. Daher handelt es sich nicht um eine spezifische Kartellrechtstraftat. Der Betrugstatbestand setzt neben einer Täuschungshandlung und einer dadurch bedingten irrtumsbedingten Vermögensverfügung den Eintritt eines

³⁷⁶ Gemäss Auskunft des Bundeskartellamtes vom 27. Juni 2008. Die Bussgeldbescheide sind noch nicht in voller Höhe rechtskräftig. In wenigen Fällen wurden Bussgeldbescheide auf den Einspruch der Betroffenen aufgehoben.

³⁷⁷ *Olaf Hohman*, in Münchener Kommentar zum StGB (2006), 1. Auflage, § 298 Rz. 76.

³⁷⁸ BGH, Urteil vom 08.01.1992, NJW 1992, 921 ff. („*Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau I*“).

Vermögensschadens voraus. Der BGH bejahte eine konkludente Täuschung, da der Anbietende mit seinem Angebot zu verstehen gebe, dass keine Preisabsprachen mit Wettbewerbern getroffen seien.

Problematisch war jedoch die Feststellung eines **Vermögensschadens**. Nach überkommener Rechtsprechung setzte ein Vermögensschaden voraus, dass der für die angebotene Leistung erhobene Preis nicht dem angemessenen Marktwert entspricht. Dieser Nachweis war häufig nicht zu führen, da viele Angebote trotz wettbewerbswidriger Absprache noch einen marktüblichen Preis aufwiesen.³⁷⁹ In Abkehr von dieser Rechtsprechung stellte der BGH fest, dass der Schaden nicht durch einen Vergleich der vereinbarten Vergütung mit dem geschätzten angemessenen Preis zu ermitteln ist, sondern mit dem Preis, der bei ungestörtem Wettbewerb hätte erzielt werden können (hypothetischer Wettbewerbspreis).³⁸⁰ Bereits die Tatsache, dass eine Preisabsprache getroffen wurde, kann nach der neuen Rechtsprechung als Indiz dafür gewertet werden, dass der hypothetische Marktpreis geringer gewesen wäre.³⁸¹ Auch der Betrug kann mit 5 Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe geahndet werden. In besonders schweren Fällen ist eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu zehn Jahren zu verhängen.

c. Weitere Straftatbestände

Weitere Straftatbestände mit kartellrechtlichen Berührungspunkten sind insbesondere Bestechlichkeit und Bestechung im öffentlichen Verkehr gemäss § 299 StGB, Vorteilsnahme und Bestechlichkeit bzw. Vorteilsgewährung und Bestechung gemäss § 331 StGB, Untreue gemäss § 266 StGB und bei Androhung von Nachteilen, z.B. in Form einer Liefer- oder Bezugssperre, der Nötigungstatbestand nach § 240 StGB. Auch insoweit ist die Kriminalisierung von Kartellrechtsverstössen lediglich ein Rechtsreflex.

VI. Weitere Mitgliedstaaten der Europäischen Union

1. Niederlande

In den Niederlanden waren bis zur Einführung des Wettbewerbsgesetzes von 1998 insbesondere Kartellabsprachen strafrechtlich relevant. Mit dem Wettbewerbsgesetz wurden die strafrechtlichen Bestimmungen beseitigt und durch Administrativsanktionen

³⁷⁹ BGH, Urteil vom 21.11.1961, NJW 1962, 312 ff.

³⁸⁰ BGH, Urteil vom 08.01.1992, NJW S. 923 („*Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau I*“). Dagegen ist eingewandt worden, dass damit blosser Erwerbssichten zur Schadensbegründung herangezogen werden, die sich regelmässig noch nicht zu einer vermögenswerten Expektanz verdichtet hätten. Vgl. dazu *Peter Cramer* in Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB (2006), 27. Auflage, § 263, Rz. 137a. Zu der entsprechenden Diskussion in der Schweiz siehe *Christoph Heitz*, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB (2008).

³⁸¹ Daneben können auch Ausgleichszahlungen an Kartellaussenseiter oder Präferenzen zugunsten von Kartellmitgliedern relevant sein.

ersetzt. Diese waren bisher auf die Sanktionierung von Unternehmen ausgerichtet. Natürliche Personen konnten nur zu Adressaten von Bussgeldbescheiden gemacht werden, wenn sie rechtlich als Unternehmen galten. Das Gesetz stellte ausdrücklich klar, dass ein Manager eines Unternehmens nicht als natürliche Person im Sinne des Gesetzes anzusehen ist.³⁸²

Am 1. Oktober 2007 traten wesentliche Änderungen des Wettbewerbsgesetzes in Kraft. Nunmehr können auch gegen **natürliche Personen Verwaltungsanktionen** verhängt werden. Voraussetzung ist, dass sie Kartellabsprachen angeordnet haben oder für diese de facto verantwortlich sind.³⁸³ Eine solche De-facto-Verantwortlichkeit liegt insbesondere vor, wenn die betreffende Person Kartellrechtsverletzungen nicht verhindert hat, obwohl ihr dies in ihrer beruflichen Funktion möglich und sie sich des Risikos einer Kartellrechtsverletzung bewusst war. Sanktionen können bis zu einer Höhe von 450.000 Euro verhängt werden. Im Einklang mit der Einführung von Individualsanktionen hat der Gesetzgeber auch die nationale Bonusregelung auf Einzelpersonen ausgeweitet. Sie können entweder selbst, in Gemeinschaft mit Personen aus demselben Unternehmen oder zusammen mit ihren Unternehmen die Bonusregelung beantragen.³⁸⁴ Sanktioniert werden können neben horizontalen auch vertikale Kartellabsprachen. Die Frist zur Verfolgung der Kartellverstöße beträgt 5 Jahre.

Die Verhängung von Berufsverböten ist nicht möglich. Auch Gefängnisstrafen können nicht verhängt werden. Die Ministerien für Wirtschaftliche Angelegenheiten und Justiz bereiten jedoch zurzeit einen Gesetzesentwurf zur Einführung von Kriminalstrafen vor.³⁸⁵

2. Dänemark

Nach dem dänischen Wettbewerbsgesetz können gegen natürliche und juristische Personen **strafrechtliche Sanktionen** für die Verletzung der Kartellbestimmungen ausgesprochen werden. Ähnlich wie in den USA sind dazu grundsätzlich nur die Gerichte zuständig. Seit dem 1. Juli 2007 kann die Wettbewerbsbehörde mit Zustimmung des Staatsanwaltes bei Kartellrechtsverletzungen, die im Höchstmass mit Geldstrafen geahndet werden können, auch eine Verwaltungsentscheidung erlassen. Wird diese Verwaltungsentscheidung vom Betroffenen akzeptiert, so findet ein Gerichtsverfahren

³⁸² Vgl. Section 56 (4) a.F. "A manager of a legal entity shall not be regarded as a natural person as referred to in subsection (1).", (unverbindliche englische Übersetzung), http://www.nma-org.nl/Images/14_26063_tcm16-24409.pdf, zuletzt besucht am 8. 8.2008.

³⁸³ *Jolling K. de Pree/Simone J. H. Evams*, Netherlands, in: Cartel Regulation (2008), 141.

³⁸⁴ Vgl. die entsprechenden Leniency Guidelines (unverbindliche englische Übersetzung), http://www.nmanet.nl/Images/Leniency%20Guidelines%2009102007_tcm16-107602.pdf, zuletzt besucht am 30. Juni 2008.

³⁸⁵ *Jolling K. de Pree/Simone J. H. Evams*, Netherlands, in: Cartel Regulation (2008), 144.

nicht statt. Der strafrechtliche Charakter der Sanktion wird dadurch jedoch nicht berührt.³⁸⁶

3. Frankreich

Die massgeblichen Kartellrechtsbestimmungen finden sich im französischen Code de Commerce. In enger Anlehnung an Art. 81 und Art. 82 des EG-Vertrages sind gemäss Art. L. 420-1 und Art. L. 420-2 Code de Commerce Kartelle sowie die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung grundsätzlich untersagt. Das französische Recht kennt sowohl **Verwaltungs- als auch Strafsanktionen** für Einzelpersonen. Gemäss Art. L. 420-6 Code de Commerce können natürliche Personen mit einer Gefängnisstrafe von zwischen 6 Monaten und 4 Jahren und einer Geldstrafe von 75.000 Euro bestraft werden, wenn sie in betrügerischer Absicht an der Planung, Organisation oder Durchführung der in Art. L. 420-1 und Art. L. 420-2 genannten Handlungen persönlich und entscheidend beteiligt waren.³⁸⁷ Zur Erfüllung des Tatbestandes genügt es nicht, dass der Beschuldigte Geschäftsführer eines Unternehmens ist. Die Person muss sich aktiv und persönlich an der Kartellabsprache beteiligt haben. Entscheidend ist die Beteiligung dann, wenn sie für die Wettbewerbsverletzung kausal war. Damit von einer betrügerischen Verhaltensweise gesprochen werden kann, muss der Beschuldigte die Wettbewerbsregeln vorsätzlich verletzt haben.³⁸⁸ Darüber hinaus darf das Gericht gemäss Art. L. 420-6 Code de Commerce anordnen, dass die Entscheidung vollständig oder auszugsweise in von ihm zu bezeichnenden Zeitungen auf Kosten des Verurteilten veröffentlicht wird. Weiter kann ein Unternehmen verpflichtet werden, die gegen Mitarbeiter verhängte Strafe zu zahlen (Art. L. 470-1 Code de Commerce). Wenn der **Conseil de la Concurrence** Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Straftatbestandes hat, so kann er die Sache gemäss Art. L. 462-6 Code de Commerce an den für die Strafverfolgung zuständigen Staatsanwalt ("Procureur de la République") abgeben. Die Übergabe unterbricht die Verfolgungsverjährung. Die Verhängung der Strafe obliegt nach Anklageerhebung dem angerufenen Strafgericht. In der Praxis ist die Strafbestimmung bisher kaum angewandt worden.³⁸⁹

Das französische Recht enthält eine **Bonusregelung**, die im Unterschied zu anderen Ländern im Gesetz selbst verankert ist (Art. L. 464-2 (IV) und Art. R. 464-5 Code de Commerce). Der Conseil de la Concurrence hat zusätzlich eine Mitteilung erlassen, welche die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften konkretisiert. Verfolgungsmunität kann danach nur Unternehmen für Kartellverletzungen nach Art. L. 420-1 Code de Commerce gewährt werden. Allerdings ist der Conseil de la

³⁸⁶ Vgl. *Kirsten Levinsen/ Jens Fejø*, The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union, FIDE 2004 National Reports (2004), 101-104.

³⁸⁷ Vgl. *Laurence Idot*, The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union, FIDE 2004 National Reports (2004), 165-166.

³⁸⁸ Entscheidung des Conseil de la Concurrence 04-D-07 (11. März 2004).

³⁸⁹ *Bredin Prat*, France, in: Cartel Regulation (2008) S. 79; *Laurence Idot*, The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union, FIDE 2004 National Reports (2004), 166.

Concurrence im Rahmen seines Ermessens befugt, von der Einschaltung des Staatsanwaltes zur Strafverfolgung nach Art. L. 420-6 Code de Commerce abzusehen, soweit dies die Effektivität der Bonusregelung beeinträchtigen würde.³⁹⁰ Schliesslich sind gemäss Art. 313-6 Code Pénal auch Submissionsabsprachen mit bis zu 6 Monaten Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe von 22.500 Euro strafbar.

Daneben können gegen **Einzelpersonen** auch **Verwaltungssanktionen** verhängt werden. Diese Befugnis ergibt sich aus Art. L. 464-2 Code de Commerce. Die Wettbewerbsbehörde ist danach berechtigt, bei Wettbewerbsverstössen, die nicht durch ein Unternehmen, sondern durch eine natürliche Person begangen wurden, eine Verwaltungssanktion gegen die letztere bis zu einer Höhe von 3.000.000 Euro zu verhängen. Damit besteht jedoch nur eine subsidiäre Verantwortlichkeit von Einzelpersonen bei Fehlen eines verantwortlichen Unternehmens, so dass von einer eigenständigen verwaltungsrechtlichen Sanktionierbarkeit im strikten Sinn nicht gesprochen werden kann.

4. Österreich

Bis zum Jahre 2002 waren Kartellrechtsverletzungen strafbar. Da die Strafbestimmungen kaum Anwendung fanden, wurden sie mit dem KartG 2002 beseitigt und durch Administrativsanktionen ersetzt. Ähnlich wie in Deutschland werden **Submissionsabsprachen** jedoch weiterhin überwiegend unter den Betrugstatbestand nach § 146 öStGB subsumiert.³⁹¹ Aufgrund der bestehenden Probleme bei der Schadensermittlung hat sich der Gesetzgeber anlässlich der Gesetzesreform entschieden, zusätzlich den Straftatbestand der **wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren** nach § 168b öStGB einzuführen. Dieser setzt ebenso wie die entsprechende Vorschrift § 298 dStGB keinen Schadensnachweis voraus. Mit der darauf folgenden Gesetzesnovellierung durch das KartG 2005 verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, das materielle österreichische Kartellrecht an die in Art. 81 EG enthaltenen Wettbewerbsregeln anzugleichen.³⁹² In Anlehnung an die Bestimmungen des EG-Vertrages richten sich die nach § 29 öKG zu verhängenden Geldbussen vornehmlich gegen Unternehmen. Ähnlich wie nach dem Gemeinschaftsrecht können natürliche Personen nur dann zu direkten Sanktionsadressaten werden, soweit der verfolgte Wettbewerbsverstoss keiner juristischen Person zurechenbar ist. Die nationalen Wettbewerbsbehörden sind die Bundeswettbewerbsbehörde und der

³⁹⁰ Conseil de la Concurrence, Procedural notice of 17 April 2007 relating to the French Leniency Programme, <http://www.conseil-concurrence.fr/doc/leniency17april2007.pdf>, zuletzt besucht am 15. Juli 2008.

³⁹¹ *Peter Lewisch*, Enforcement of antitrust law: the way from criminal individual punishment to semi-penal sanctions in Austria in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States (2006), 297.

³⁹² Vgl. ErläutRV 926 BlgNR 22. GP 1, 4 und 5.

Bundeskartellanwalt. Eine Geldbusse kann jedoch nur nach Antrag durch das Kartellgericht verhängt werden.³⁹³

5. Irland

Die Strafbarkeit von Einzelpersonen ist nach dem Irischen Competition Act 2002 an die Strafbarkeit der jeweiligen Unternehmen geknüpft. Nach Section 8(6) des Competition Act 2002 können leitende Angestellte eines Unternehmens ("director", "manager", "or other similar officer"), die in strafbewehrte **hard core Kartellverstöße** ihres Unternehmens nach Sections 6 und 7 Competition Act eingewilligt haben, ebenfalls strafrechtlich verfolgt werden. Die Geldstrafe darf gemäss Section 8(1)(b)(ii) Competition Act 2002, je nachdem welcher Betrag höher ist, entweder 4.000.000 Euro oder 10 % des von der Einzelperson im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen. Eine Gefängnisstrafe kann bis zu einer Gesamtdauer von 5 Jahren verhängt werden. Gefängnis- und Geldstrafe können auch kombiniert angewendet werden. Gemäss Section 8(7) Competition Act 2002 wird bei leitenden Angestellten, die erheblichen Einfluss auf die Unternehmensführung geben, das Einverständnis in die wettbewerbswidrige Handlung vermutet.³⁹⁴

In Irland kam es 2006 zur **ersten strafrechtlichen Verurteilung** nach dem Competition Act unter Beteiligung einer Jury. Das Strafverfahren betraf die Bildung und Teilnahme an einem Preiskartell betreffend den Vertrieb von Heizöl. Das Verfahren wurde 2007 gegen verschiedene Kartellmitglieder fortgesetzt. Der Dublin Circuit Criminal Court verurteilte unter anderem den Direktor der *Corrib Oil Company Limited* zu einer Strafe von 10.000 Euro. Darüber hinaus trat für einen Zeitraum von 5 Jahren ein automatisches Verbot in Kraft, als Direktor eines Unternehmens in Irland tätig zu sein. Im Zuge des strafrechtlichen Verfahrens gegen das Heizölkartell wurden gegen insgesamt 7 natürliche Personen Geldstrafen verhängt.³⁹⁵

³⁹³ Vgl. zur Rechtslage in Österreich *Claudine Vartian/ Marc Lager*, Austria, in: Cartel Regulation (2008) S. 16; *Peter Lewisch*, Enforcement of antitrust law: The way from criminal individual punishment to semi-penal sanctions in Austria in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States (2006), 290 - 305.

³⁹⁴ Vgl. zur Rechtslage in Irland *Terry Calvani*, Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States (2006), 270 - 288; *Louise Carpendale*, Ireland, in: Cartel Regulation (2008), 101.

³⁹⁵ Annual Report on Competition Policy Developments in Ireland, OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2008)9/10. [http://www.ois.oecd.org/olis/2008doc.nsf/ENGDATCORPLOOK/NT000031FA/\\$FILE/JT03246403.PDF](http://www.ois.oecd.org/olis/2008doc.nsf/ENGDATCORPLOOK/NT000031FA/$FILE/JT03246403.PDF), zuletzt besucht am 28. Juli 2008.

VII. Tabelle kartellrechtliche Individualsanktionen

	Verwaltungssanktionen	Strafsanktionen
Schweiz	Nein	Nur indirekte Sanktionen gemäss Art. 54, 55 KG
USA	Nein	Ja
Europäische Union	Nein	Nein
Dänemark	Nein	Ja
Deutschland	Ja	Submissionsbetrug gemäss § 263 dStGB; Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen gemäss § 298 dStGB
Frankreich	Nein	Ja
Vereinigtes Königreich	Nein	Ja
Niederlande	Ja	Nein
Österreich	Nein	Submissionsbetrug gemäss § 146 öStGB; Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren gemäss § 168b öStGB
Irland	Nein	Ja

C. Theoretische Überlegungen

I. Allgemeines

Anders als bei den Teilen 1 (Institutionelles setting), 2 (Vertikalbeschränkungen) und 4 (Private enforcement) geht es bei der Frage, ob Normen betreffend Individualsanktionen in das KG aufgenommen werden sollten, praktisch um Neuland. Das rechtfertigt es, im Folgenden den Stand der Theorie darzustellen.

Die Ansicht, dass ein wirksamer Wettbewerbsschutz neben der Sanktionierung der Unternehmen auch die Sanktionierung der verantwortlichen Personen voraussetzt, gewinnt in jüngerer Zeit an Boden. Die Befürworter verweisen insbesondere auf die langjährigen **positiven Erfahrungen in den USA**. So wurde festgestellt, dass Unternehmensführer aus Angst, persönlich zur Verantwortung gezogen zu werden, ihre globale Kartellpraxis mit Bedacht nicht auf den US-amerikanischen Markt ausdehnen.³⁹⁶

³⁹⁶ *Scott Hammond*, "Cornerstone of an Effective Leniency Program" Vortrag im Rahmen des ICN Workshop über Bonusprogramme, Sydney 22-23. November 2004, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm>, zuletzt besucht am 2. Juli 2008.

Weiter sei eine grosse Zahl der in den USA operierenden Kartelle als Folge der Furcht einheimischer Unternehmensleiter vor persönlicher Bestrafung bereits internationaler Natur.³⁹⁷ Auch in bestimmten **Mitgliedstaaten der EU** haben Gesetzgeber den nationalen Wettbewerbsbehörden durch die Einführung von Individualsanktionen erweiterte Befugnisse eingeräumt. Im Vereinigten Königreich wurden im Jahre 2002 mit dem Erlass des *Enterprise Act* erstmals qualifizierte Kartellverstösse in Form der cartel offence unter Strafe gestellt. 2008 wurden die ersten drei Manager eines Preiskartells zu mehrjährigen Gefängnisstrafen mit langjährigen Berufsverboten verurteilt.³⁹⁸ In der Schweiz wurden Überlegungen, schwerwiegende Wettbewerbsverstösse mit Individualsanktionen zu ahnden, bei der Teilrevision des KG im Jahre 2003 verworfen.³⁹⁹ Im Zusammenhang mit der aktuellen Evaluation wurde aber erneut der Ruf nach einer entsprechenden Novellierung laut.⁴⁰⁰ Auch die OECD-Studie über Individualsanktionen von 2003 kommt zum Ergebnis, dass Individualsanktionen neben Unternehmenssanktionen zur Erhöhung des Abschreckungseffekts beitragen würden.⁴⁰¹ Angesichts dieser allgemeinen Tendenz soll im Folgenden aus rechtsvergleichender Sicht der Frage nachgegangen werden, ob und wenn ja unter welchen Bedingungen die Übernahme eines solchen Modells für die Schweiz zu empfehlen ist.

Die nachstehenden Ausführungen betreffen schwerpunktmässig die Ahndung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 49a KG. Das ist deswegen gerechtfertigt, weil mit den Art. 50 und 51 KG Verstösse gegen behördliche Anordnungen und Meldepflichten bereits individuell geahndet werden können. Als Arbeitshypothese wird davon ausgegangen, dass die Individualsanktionen Unternehmenssanktionen nicht ersetzen, sondern neben diese treten. Soweit sich aus ihnen nichts Gegenteiliges ergibt, beziehen sich die Ausführungen auf administrative und strafrechtliche Sanktionsmassnahmen sowie auf Geld- und Haftstrafen.

³⁹⁷ Terry Calvani, Enforcement of Cartel Law in Ireland, in: Barry Hawk, International Antitrust Law & Policy (2003), 6.

³⁹⁸ Pressemitteilung des OFT, <http://www.of.gov.uk/news/press/2008/72-08>, zuletzt besucht am 21. Juli 2008.

³⁹⁹ In der Form eines überarbeiteten Art. 54a KG, der Organe von Unternehmen einer direkten Strafdrohung für Verstösse gegen Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 KG aussetzen sollte (Antrag *Fässler*, WAK-Nr., Sitzung vom 2. September 2002, Protokoll, 53 ff.).

⁴⁰⁰ 07.3856 Motion *Schweiger*: Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht, vom Ständerat angenommen.

⁴⁰¹ OECD, Sanctions Against Individuals, DAF/COMP(2004)39, 7.

II. Vorzüge von Individualsanktionen

1. Abschreckungseffekt

Individualsanktionen dienen nach Auffassung ihrer Befürworter der effektiven Prävention kartellrechtswidriger Handlungen, indem sowohl der Täter selbst (Spezialprävention) als auch potentielle andere Täter von Verletzungen (Generalprävention) abgehalten werden sollen. Einer der wesentlichen Vorteile individueller Sanktionen ist damit die Erzielung einer höheren Abschreckungswirkung.

a. Fehlen unternehmensinterner Verfolgung

Wenn die verantwortlichen Mitarbeiter mit individuellen Sanktionsmassnahmen rechnen müssen, so besitzen sie einen höheren Anreiz zu kartellrechtskonformem Verhalten. Zwar können Unternehmenssanktionen auch den im Einzelfall verantwortlichen Mitarbeiter mittelbar über **Regressforderungen** seines Unternehmens treffen.⁴⁰² Die Möglichkeit solchen Vorgehens wirkt jedoch nicht in gleicher Weise abschreckend. Hauptursache ist, dass Regressansprüche von den Unternehmen häufig nicht geltend gemacht werden. Das gilt vor allem dort, wo ein Mitarbeiter auf Weisung bzw. mit Duldung der Unternehmensführung gehandelt hat. Nicht selten gehören aber auch die betroffenen Mitarbeiter zur Unternehmensführung, so dass sie in der Lage sind, mögliche Regressansprüche durch eigenes Handeln zu vereiteln. Von einer Verfolgung wird zudem abgesehen, wenn die Preisgabe wichtiger Geschäftsgeheimnisse oder bisher unentdeckter Wettbewerbsverstösse durch die betroffenen Mitarbeiter zu befürchten ist. Auch der zivilrechtliche Nachweis einer persönlichen Verantwortlichkeit fällt oft schwer, weil im behördlichen Sanktionsverfahren meist nur die mit weniger Verfahrensaufwand verbundene Verantwortlichkeit des Unternehmens festgestellt wurde. Zwar würden sich die Nachweisprobleme in gleicher Form auch bei Individualsanktionen stellen. Wettbewerbsbehörden hätten dort aber weitaus umfangreichere Untersuchungsbefugnisse als die als einfache Zivilpartei auftretenden klagenden Unternehmen. In vielen Fällen werden Unternehmen daher aufgrund geringer Erfolgsaussichten von der Geltendmachung möglicher Regressansprüche **absehen**. Bleiben vorsätzliche Wettbewerbsverletzungen für die Handlungsträger mit hoher Wahrscheinlichkeit sanktionslos, so führt das zu einer Relativierung des in den Wettbewerbsvorschriften enthaltenen Normbefehls.

b. Fehlender Abschreckungseffekt unternehmensinterner Sanktionsmittel

Selbst wenn die Mitarbeiter bei wettbewerbswidrigem Verhalten Regressansprüche ihrer Unternehmen gewärtigen müssen, wird die Abschreckungswirkung in vielen Fällen dennoch gering sein. Eine auch nur annähernd vollständige Überwälzung des Schadens kommt aufgrund der begrenzten finanziellen Mittel der Betroffenen kaum je in Betracht.

⁴⁰² *Daniel Zimmerli*, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht (2007), 211 (Fn. 137).

Bereits zur Vermeidung von Prozesskosten werden Unternehmen daher von der vollständigen Geltendmachung des Schadens absehen. Das **Haftungsrisiko** der Mitarbeiter entspricht also realistischweise nicht der Höhe der drohenden Unternehmenssanktion, sondern lediglich der Höhe der den Mitarbeitern zur Verfügung stehenden privaten Finanzmittel. Entsprechend sind Unternehmen nicht in der Lage, mittels Androhung von Regressansprüchen einen der Höhe ihres eigenen unternehmerischen Haftungsrisikos entsprechenden Abschreckungseffekt gegenüber den Mitarbeitern zu erzielen. Vielfach werden zudem die wettbewerbswidrigen Praktiken und die konkreten Verantwortungsbeiträge einzelner Mitarbeiter erst nach Jahren entdeckt. Zivilrechtlichen Rückforderungsansprüchen können dann **Verjährungseinreden** entgegenstehen, oder es können die betreffenden Handlungen nicht mehr zugeordnet werden.⁴⁰³ Ähnliche Abschreckungsdefizite ergeben sich im Blick auf die Möglichkeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Unternehmer. Nicht selten handelt es sich bei den betroffenen Mitarbeitern um Führungskräfte, die aufgrund ihrer Qualifikation unschwer eine neue Beschäftigung finden. Häufig besitzen die Mitarbeiter auch Informationen über sensible Geschäftsgeheimnisse, weshalb insbesondere Konkurrenzunternehmen ein Interesse an ihrer Einstellung, unter Umständen sogar zu besseren Konditionen, besitzen können.

c. Unmöglichkeit hinreichend abschreckender Unternehmenssanktionen

Weiter können Unternehmenssanktionen oftmals nicht in hinreichend abschreckender Höhe verhängt werden. Ein Abschreckungseffekt setzt voraus, dass die zu gewärtigende Strafe den aus der Wettbewerbsverletzung resultierenden Gewinn übersteigt.⁴⁰⁴ Die erwartete Strafe ist die Strafe, die im Fall der Aufdeckung der Verletzung verhängt wird, multipliziert mit dem Wahrscheinlichkeitsfaktor der Aufdeckung.⁴⁰⁵ Die erwartete Strafe ist daher umso geringer, je geringer die Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung ist. Verlässliche Daten über die Entdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen sind nur im Sinne von Näherungswerten verfügbar. Für Preiskartelle wurde in den USA eine **Entdeckungswahrscheinlichkeit von zwischen 13 und 17 Prozent** ermittelt.⁴⁰⁶ In Europa dürfte die Zahl aufgrund der geringeren Erfahrung der Wettbewerbsbehörden noch niedriger anzusetzen sein. Die relativ geringe Entdeckungswahrscheinlichkeit hat zur Folge, dass die tatsächlich verhängten Sanktionen die Kartellgewinne deutlich

⁴⁰³ Katalin J. Cseres, Maarten P. Schinkel, Floris O.W. Vogelaar, Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 9.

⁴⁰⁴ Wouter P. J. Wils, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require Imprisonment? The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law (2002), 199.

⁴⁰⁵ Beträgt die Strafe 1000 € und die Entdeckungswahrscheinlichkeit 20 Prozent, beläuft sich die erwartete Strafe auf $(1000 \text{ €} \times 1/5) = 200 \text{ €}$. Beläuft sich der erwartete Gewinn aus einer Kartellrechtsverletzung auf 1000 €, müsste die Strafe mindestens 5000 € ($5000 \text{ €} \times 1/5 = 1000 \text{ €}$) betragen, um abschreckend zu wirken. Siehe auch Nonthinka Wehmhörner, Optimal pecuniary sanctions and the US sentencing and EU fining guidelines in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 230.

⁴⁰⁶ P.G. Bryant/E.W. Eckhard, Price Fixing: The Probability of Getting Caught, (1991) Review of Economics and Statistics, 531.

übersteigen müssen.⁴⁰⁷ Vor allem die nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 vorgesehene Sanktionsobergrenze von 10% des im vorausgegangenen Jahr erzielten Unternehmensjahresumsatzes müsste in vielen Fällen deutlich übertroffen werden. Das könnte jedoch dazu führen, dass die Sanktionen eine Höhe erreichen würden, welche für die Unternehmen nicht mehr tragbar wäre, nicht zuletzt deshalb, weil kartellbedingte Unternehmensgewinne nicht zurückgestellt, sondern in Form von Dividenden und Gehaltszahlungen an Dritte ausgeschüttet werden.

Solche übermässigen Sanktionen sind aus verschiedenen Gründen **abzulehnen**. Eine sanktionsbedingte Unternehmensinsolvenz kann zu Arbeitslosigkeit führen. Die Sanktion würde diesfalls von der Allgemeinheit zu tragende Sozialkosten verursachen. Weiter kann das Ausscheiden eines Marktteilnehmers der Bildung eines Monopols oder eines Oligopols Vorschub leisten. Gelingt es dem betroffenen Unternehmen, die Insolvenz zu vermeiden, so wird es zum Ausgleich für den erlittenen Vermögensverlust, soweit möglich, die Preise anheben.⁴⁰⁸ In beiden Fällen entstehen also bedeutende mittelbare Mehrbelastungen für die Allgemeinheit. Schliesslich verbietet auch der Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** übermässige Sanktionen; diese dürfen nicht ausser Relation zu Dauer und Schwere des geahndeten Wettbewerbsverstosses stehen.⁴⁰⁹ Können Unternehmenssanktionen aber nicht in der Höhe angedroht werden, in der sie ihr höchstes Abschreckungspotential entfalten, so bestehen selbst im Falle einer optimalen Unternehmenssanktionierung erhebliche Anreize zu Wettbewerbsverstössen fort.

d. Effektive Abschreckung durch Individualsanktionen

Das eben beschriebene **immanente Abschreckungsdefizit von Unternehmenssanktionen** wird durch Individualsanktionen vermieden. Das gilt vor allem für Gefängnisstrafen. Sowohl der Freiheitsentzug als auch der angesichts der sozialen Stellung der Betroffenen unvermeidliche Reputationsverlust werden als besonders schwerwiegendes Übel empfunden.⁴¹⁰ Der Möglichkeit der Verhängung von Gefängnisstrafen kommt dabei herausragende Bedeutung zu. Im Gegensatz zu Geldstrafen bedeuten sie in jedem Fall eine absolute Rechtsgutseinbusse für die Betroffenen. Geldstrafen können demgegenüber bei umfangreichen Finanzreserven, bei

⁴⁰⁷ Nach *Wouter P. J. Wils*, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require Imprisonment? *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law* (2002), 201, müsste die Sanktion 150% des jährlichen Umsatzes der von der Kartellrechtsverletzung betroffenen Produkte betragen. Neuere Untersuchungen halten sogar noch höhere Sanktionen für notwendig, siehe *J. M. Connor/R. H. Lande*, How High Do Cartels Raise Prices: Implications for Reform of Antitrust Sentencing Guidelines, *American Antitrust Institute Working Paper*, January 2004. Dabei ist insbesondere bedeutsam, dass das Aufdeckungsrisiko in vielen Fällen von den Betroffenen subjektiv als geringer wahrgenommen wird.

⁴⁰⁸ Vgl. dazu *J. Fingleton, M. Girard, S. Williams*, The Fight Against Cartels: Is a "Mixed" Approach to Enforcement The Answer? in: Barry Hawk, *International Antitrust Law & Policy* (2007), 16.

⁴⁰⁹ Vgl. *Manfred Zuleeg*, Criminal Sanctions to Be Imposed on Individuals As Enforcement Instruments in: *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, 459.

⁴¹⁰ *Arthur L. Liman*, The Paper Label Sentences: Critique (1977) 86 *The Yale Journal*, 630-631.

Vermögenslosigkeit oder bei finanzieller Kompensation durch Dritte ihren Sanktionscharakter nur begrenzt entfalten.

In abgeschwächter Form wird das Abschreckungsdefizit der Unternehmenssanktionen jedoch auch bei blossen Geldstrafen beseitigt. Zum einen resultiert auch aus der Verhängung einer Geldsanktion mit Strafcharakter ein Reputationsverlust. Zum anderen können sie bei Nichtbegleichung in Haftstrafen umgewandelt werden, so dass sich der Täter der Sanktion nicht durch möglicherweise selbst herbeigeführte Vermögenslosigkeit entziehen kann.

Schliesslich besitzen selbst **administrative Strafen für den Einzelnen** ein grösseres Abschreckungspotential als blosser Unternehmenssanktionen. Auch in ihnen kommt die Fehlbarkeit des Täterhandelns stärker zum Ausdruck als in einem zivilrechtlichen Schadenersatzurteil. Daraus mag sich eine höhere Motivation zu gesetzestreuem Verhalten ergeben. Wenn sich eine Geldstrafe direkt gegen einen Mitarbeiter richtet, besteht auch eine höhere Wahrscheinlichkeit, dass sie von ihm zu begleichen ist. Während die Bereitschaft der Unternehmen, Regressansprüche prozessual durchzusetzen, wie oben dargelegt, häufig gering ist, werden sie sich relativ selten zur Übernahme individueller Schadenspositionen entschliessen.

2. Erhöhter Aufdeckungsanreiz

Unter der Voraussetzung, dass Kronzeugen- bzw. Bonusregelungen auch auf natürliche Personen Anwendung finden, fördern Individualsanktionen deren Wirksamkeit und damit die Aufdeckung von Kartellabsprachen. Solange Sanktionen lediglich gegen Unternehmen verhängt werden, besitzen individuelle Mitarbeiter nur ein geringes Interesse, wettbewerbswidriges Verhalten ihrer Unternehmen anzuzeigen. Das folgt aus einem **kartellistischen Interessengleichlauf** zwischen Unternehmen und Mitarbeitern. Dieser resultiert daraus, dass die beteiligten Mitarbeiter in vielen Fällen direkt oder indirekt von den kartellbedingten Mehreinnahmen profitieren, ohne dabei ein persönliches Haftungsrisiko einzugehen. Mit der Einführung von Individualsanktionen wird dieser Gleichlauf durchbrochen. Das Interesse der Mitarbeiter an den kartellbedingten Mehreinnahmen des Unternehmens wird in ein Spannungsverhältnis zu ihrem persönlichen Haftungsrisiko gesetzt. Bonusregelungen machen sich dieses Spannungsverhältnis zunutze, indem sie den betroffenen Mitarbeitern die Möglichkeit bieten, sich der wirtschaftlichen Gefährdungslage durch die Anzeige der kartellwidrigen Unternehmenspraktik zu entziehen.⁴¹¹

Das hat auf der anderen Seite zur Folge, dass auch Unternehmen ein grösseres Interesse haben, von den **Bonusregelungen** Gebrauch zu machen. Kommen Mitarbeiter dem Unternehmen mit der Anzeige zuvor, so kann letzteres nicht mehr von der Bonusregelung profitieren. Aus dem Verhalten ihrer Mitarbeiter resultieren damit für

⁴¹¹ *Thomas O. Barnett*, Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model in: Hawk, International Antitrust Law & Policy (2007), 3.

Unternehmen erhebliche finanzielle Risiken. Das führt zu einem so genannten Wettlauf um die Bonusregelung („race for leniency“); die Unternehmen müssen bestrebt sein, ihr wettbewerbswidriges Verhalten vor den Mitarbeitern anzuzeigen. Das kann zu einem Klima des Misstrauens führen, in dem Unternehmen schon bei der diffusen Gefahr, durch Mitarbeiter angezeigt zu werden, versucht sein könnten, diesem durch eine Selbstanzeige zuvorzukommen. Individualsanktionen begünstigen daher nicht nur die Inanspruchnahme von Bonusregelungen durch Individuen, sondern auch durch Unternehmen.⁴¹² Dieser Effekt wird dadurch verstärkt, dass das Risiko der Inanspruchnahme von Bonusregelungen durch Einzelpersonen für Unternehmen kaum abschätzbar ist. Während sie sich bei Drohung von Unternehmenssanktionen auf das Verhalten der anderen Kartellisten konzentrieren können und dadurch eher voraussehen können, ob ein Bruch der Kartellabrede bevorsteht, ist das bei MitarbeiterInnen schon wegen der Anzahl der Involvierten und der oftmals heterogenen Motivlage kaum möglich. Zu bedenken ist dabei, dass nicht nur die eigenen Mitarbeiter, sondern auch die der anderen Kartellisten als potentielle Hinweisgeber in Betracht kommen. Die Multiplikation der beteiligten Interessenträger schafft ein Klima des allgemeinen Misstrauens, das nicht nur die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen erhöht, sondern bereits von dessen Bildung abschreckt.

Die Gefahr, durch Hinweise der Mitarbeiter schwerwiegenden Sanktionen ausgesetzt zu werden, schafft schliesslich für Unternehmen einen Anreiz zur Einführung interner Kontrollmechanismen („compliance programmes“). Dadurch versetzen sie sich nicht nur in die Lage, nicht-autorisierte Wettbewerbspraktiken zu verhindern, sondern auch bisher unentdeckte Wettbewerbspraktiken offenzulegen, um sie den Kartellbehörden vor einer möglichen Anzeige von Mitarbeitern mitteilen zu können. Individualsanktionen besitzen in dieser Hinsicht einen wichtigen **Selbstdisziplinierungseffekt** für die Unternehmen. In einer gewissen Hinsicht wird der Kartellrechtsvollzug „privatisiert“, und mit den Unternehmen werden diejenigen Akteure eingespannt, welche die Beachtung der Wettbewerbsvorschriften am effektivsten gewährleisten können.

3. Gesellschaftlicher Erziehungseffekt

Individualsanktionen, insbesondere strafrechtlicher Natur, sind auch geeignet, ein gesellschaftliches Bewusstsein für die Verwerflichkeit wettbewerbswidriger Handlungen zu schaffen.⁴¹³ Sie erschweren nicht nur missbilligenswertes Verhalten, sondern können

⁴¹² *Scott Hammond*, "Cornerstone of an Effective Leniency Program" Vortrag im Rahmen des ICN Workshop über Kronzeugenprogramme in Sydney vom 22./23. November 2004, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm>, zuletzt besucht am 2. Juli 2008.

⁴¹³ Der Handlungsunwert von Wettbewerbsverletzungen wird häufig mit dem des Diebstahls verglichen, da den Konsumenten ein Vermögenswert in Form der Kartellgewinne weggenommen werde. Dieser Handlungsunwert tritt aber bei unzulässigen Wettbewerbspraktiken weniger deutlich zu Tage als bei einem Diebstahl. Bei einem Diebstahl wird dem Betroffenen etwas weggenommen, über das er bereits Verfügungsmacht besessen hat. Im Gegensatz dazu wird der Betroffene bei Wettbewerbsverletzungen lediglich um hypothetische Vorteile (hypothetisch ohne die Wettbewerbsverletzung erzielbarer niedrigerer Preis) gebracht. Diesen hypothetischen Vorteil kann der

in ihrer normsetzenden Funktion selbst einen entsprechenden Bewusstseinswandel herbeiführen.⁴¹⁴ Das bisherige, ausschliesslich auf Unternehmensverantwortlichkeit angelegte Sanktionssystem führt dazu, dass Kartellrechtsverstösse lediglich als wirtschaftliche Risikoentscheidung betrachtet werden. Würden solche Verfehlungen individuell sanktionierbar, so träte als zusätzliche Motivation der Entscheidungsträger zu gesetzmässigem Verhalten das **moralische Verpflichtungsgefühl** zur Beachtung individueller Handlungsgebote, d.h. die Normtreue selbst.⁴¹⁵

Wettbewerbsrechtliche Vorschriften finden überdies durch die Einführung von Individualsanktionen rascher Eingang in das allgemeine Rechtsbewusstsein der Bevölkerung.⁴¹⁶ Die Gefahr persönlicher Nachteile, insbesondere einer Haftstrafe, würde eine intensivere Befassung grösserer Bevölkerungskreise mit dem Kartellrecht bewirken. Damit werden sich Wettbewerbsverstösse, die massgeblich auf Rechtsunkenntnis beruhen, verringern lassen. Darüber hinaus werden auch Unternehmensangestellte zur Gesetzestreue angehalten.

III. Nachteile von Individualsanktionen

Es gibt keine systematischen empirischen Erkenntnisse dazu, welchen Abschreckungseffekt Individualsanktionen tatsächlich haben.⁴¹⁷ Dass ihnen ein höherer Abschreckungseffekt zukommen soll, beruht überwiegend auf **theoretischen Annahmen**. Ob solche Hypothesen jedoch eine hinreichende Grundlage für eine fundierte Bewertung darstellen, ist fraglich.⁴¹⁸ Darüber hinaus haben Individualsanktionen verschiedene Nachteile. Strafsanktionen in Form von Gefängnisstrafen verursachen erhebliche, von der Allgemeinheit zu tragende Sach- und Personalkosten für den Unterhalt der Vollzugsanstalten.⁴¹⁹ Mit den von kartellrechtlichen Strafen typischerweise betroffenen Tätern werden dem Arbeitsmarkt hochqualifizierte Arbeitskräfte entzogen. Das kann zu einem Wohlfahrtsverlust führen

Betroffene aber meist selbst nicht überblicken mit der Folge, dass dessen Nichteintritt auch nicht als Verlust wahrgenommen wird. Dieser insoweit verschwommenere Handlungsunwert mag der Grund dafür sein, dass in der Bevölkerung kein deutliches Strafbedürfnis artikuliert wird.

⁴¹⁴ *John C. Coffee*, Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models - And What Can Be Done About It, 101 The Yale Law Journal, 1889.

⁴¹⁵ *Andreas P. Reindl*, How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases? in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, S. 116; *Wouter P. J. Wils*, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require Imprisonment? The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law (2002), 216.

⁴¹⁶ *Katalin J. Cseres, Maarten P. Schinkel, Floris O.W. Vogelaar*, Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 9.

⁴¹⁷ OECD, Sanctions Against Individuals, DAF/COMP(2004)39, 1.

⁴¹⁸ Kritisch *Andreas P. Reindl*, How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases? in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 115.

⁴¹⁹ *W. Breit/K.G. Elzinga*, Antitrust Penalties and Attitudes Toward Risk: An Economic Analysis (1973) 86 Harvard Law Review, 695.

(deadweight losses).⁴²⁰ Dieser Nachteil wiegt besonders schwer, weil, wie überall im Strafrecht, immer auch mit der Möglichkeit strafrechtlicher Fehlverurteilung zu rechnen ist. In diesem Fall entstehen der Allgemeinheit ggf. auch durch die notwendigen Entschädigungszahlungen Zusatzkosten. Gefängnisstrafen können weiter zur Folge haben, dass die Wirtschaftsakteure einen **wettbewerblichen Normenabstand** einhalten, d.h. aus Angst vor Sanktionen wirtschaftlich sinnvolle und innovative Kooperationsformen, die sich in einem rechtlichen Graubereich befinden, zum Schaden der Allgemeinheit nicht praktizieren.⁴²¹ Werden solche Kooperationsformen nicht realisiert, so besteht auch für die Rechtsprechung keine Möglichkeit, an der Rechtsentwicklung mitzuwirken. Aufgrund ihrer hohen Eingriffsintensität nehmen bei strafrechtlichen Sanktionen zudem die Anforderungen an das Verfahren zu. Es bestehen sowohl erhöhte Anforderungen an den Tatnachweis als auch strenger formalisierte Verfahrensgänge.⁴²² Daraus kann eine beträchtliche Verfahrensverlangsamung resultieren und unter Umständen die Verhängung der Strafsanktionen ganz vereitelt werden.⁴²³ Vorstellbar ist sodann, dass die Beteiligten grössere Anstrengungen unternehmen, um ihre Kartellaktivitäten zu verbergen.⁴²⁴ Mithin könnte das scheinbar paradoxe Ergebnis eintreten, dass Kartellaktivitäten nach der Einführung von individuellen Strafsanktionen schwieriger aufzudecken sind als vorher. Das Drohen von Individualsanktionen kann auch zu steigenden Unternehmenskosten in Form höherer Gehaltsaufwendungen führen. Unternehmensmitarbeiter werden sich ein entsprechendes Risiko in Form höherer Bezüge entschädigen lassen.⁴²⁵ Auch diese Kosten würden durch die Preiserhöhung auf die Allgemeinheit abgewälzt werden. Ein spezifischer Nachteil von finanziellen Sanktionen besteht schliesslich darin, dass sie durch **Dritte**, insbesondere durch die betroffenen Unternehmen gezahlt werden können. Diese Gefahr gewinnt dadurch an Relevanz, dass damit kein Straftatbestand erfüllt wird.

Probleme würde jedoch die Einführung strafrechtlicher Sanktionen im Hinblick auf die Bonusregelung schaffen.⁴²⁶ Die Zubilligung von Straffreiheit gemäss Art. 49a Abs. 2 KG

⁴²⁰ *Giancarlo Spagnolo*, Criminalization of cartels and their internal organization in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 136.

⁴²¹ *Wouter P. J. Wils*, Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer? European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels, 298.

⁴²² *Andreas P. Reindl*, How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases? in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 121.

⁴²³ *Katalin J. Cseres, Maarten P. Schinkel, Floris O.W. Vogelaar*, Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 11.

⁴²⁴ *Giancarlo Spagnolo*, Criminalization of cartels and their internal organization in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 136.

⁴²⁵ *A. M. Polinsky/S. Shavell*, Should Employees Be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability?, IRLE (1993), 241.

⁴²⁶ Vgl. *Andreas P. Reindl*, How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases? in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 119, 124; Criminal Enforcement of Antitrust Law, Rede des Generaldirektors der Schwedischen

entspreche einer strafprozessualen Verfahrensabsprache (Deal). Verfahrensabsprachen sind jedoch im Schweizer Strafprozessrecht, unter anderem wegen Verstosses gegen das Legalitätsprinzip, grundsätzlich unzulässig.⁴²⁷ Zwar wird das Instrument der strafprozessualen Verfahrensabsprache im Vorentwurf der voraussichtlich im Jahre 2010 in Kraft tretenden StPO (VE StPO) mittelbar anerkannt. Danach sind Absprachen im Rahmen eines abgekürzten Verfahrens nach den Artt. 358-362 VE StPO zulässig. Das abgekürzte Verfahren lässt sich aber mit der bestehenden Bonusregelung nicht gleichsetzen, da für die Verfahrensabsprache ausschliesslich die Staatsanwaltschaft zuständig ist, für den Beschuldigten kein Anspruch auf die Durchführung des abgekürzten Verfahrens besteht und Zivilansprüche im Grundsatz anerkannt werden müssen.

Argumentiert werden könnte allenfalls, dass der Gesetzgeber durch die in Art. 49a Abs. 2 KG angeordnete Möglichkeit eines Sanktionserlasses bereits implizit die Zulässigkeit strafrechtlicher Verfahrensabsprachen in kartellrechtlichen Sachverhalten bestätigt hat. Das liesse sich allerdings nur unter der Prämisse annehmen, dass die durch die Kartellrechtsrevision im Jahre 2003 eingeführten Direktsanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG Strafsanktionen darstellen.⁴²⁸ Eine solche Einordnung ist indes abzulehnen. Der Gesetzgeber hat in systematischer Hinsicht bereits mit der Überschrift "Verwaltungssanktionen" für die im 6. Abschnitt des vierten Kapitels des Gesetzes aufgeführten Direktsanktionen eine eindeutige rechtliche Qualifikation dieser Sanktionen vorgenommen und im Weiteren in Kapitel 5 des Gesetzes den Verwaltungssanktionen explizit "Strafsanktionen" gegenübergestellt.⁴²⁹ Dagegen kann man nicht einwenden, dass die Einordnung als Verwaltungssanktion lediglich auf die seinerzeitige Ansicht des Gesetzgebers zurückgehe, dass juristische Personen nicht deliktstfähig sein könnten und dass mit dem Erlass der Artt. 102 und 102a StGB, mit welchen mittlerweile eine Unternehmensstrafbarkeit eingeführt wurde, diese Differenzierung obsolet geworden sei.⁴³⁰ Die Änderung des StGB vermag die frühere im KG vorgenommene gesetzgeberische Einordnung der Direktsanktionen als Verwaltungssanktion nicht aufzuheben, selbst wenn der Gesetzgeber nach neuerer Rechtslage eine andere Regelung getroffen haben würde. Hätte der Gesetzgeber seinen damals geäusserten Willen tatsächlich aufgeben wollen, so wäre eine Änderung des Kartellgesetzes selbst erforderlich gewesen, um diesem Willen Ausdruck zu verleihen. Für die hier vertretene

Wettbewerbsbehörde Claes Norgren auf der Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy in New York, 14. September, 2006, abrufbar unter: http://www.kkv.se/upload/Filer/Press/Tal-artiklar/tal_cn_060907.pdf, zuletzt besucht am 17. September 2008.

⁴²⁷ *Niklaus Oberholzer*, Grundzüge des Strafprozessrechts (2005), S. 312 Rdnr. 717; *Daniel Zimmerli*, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der Bonusregelung im Kartellrecht (2007), S. 651; Allerdings haben einzelne Kantone (Basel-Landschaft, Tessin und Zug) das Institut der Verfahrensabsprache anerkannt. Vgl. etwa § 137 ff. StPO BL.

⁴²⁸ Für die Beurteilung ist in diesem Zusammenhang auf die durch den schweizerischen Gesetzgeber vorgenommene Einordnung abzustellen. Dass die Sanktion nach den Massstäben des Art. 6 Abs. 1 EMRK strafrechtlichen Charakter besitzt, ist daher unerheblich.

⁴²⁹ Siehe auch Botschaft KG 1995, 608.

⁴³⁰ *Peter Reinert*, in Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar zum KG, Art. 49a, Rn. 3.

Sichtweise spricht überdies, dass die Direktsanktionen der Art. 49a ff. KG die konstituierenden Begriffsmerkmale einer Verwaltungsanktion erfüllen. Sie werden erstinstanzlich stets von einer Verwaltungsbehörde (WEKO) nach verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorschriften (VwVG) verhängt.⁴³¹ Zudem ist jedenfalls auf ein ausdrückliches Verschuldenserfordernis verzichtet worden, was eine für eine Strafbestimmung untypische Normenfassung darstellt. Nach allem bestehen damit erhebliche Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Bonusregelung auf individuelle Strafsanktionen. Nicht beantwortet werden kann indes hier die Frage, ob der Gesetzgeber bereit wäre, die bestehende Bonusregelung auf individuelle Strafsanktionen auszuweiten.

Aufgrund der *de lege lata* fehlenden Anwendbarkeit der Bonusregelung auf Strafsanktionen bestünde für Individualpersonen keine Möglichkeit, einer drohenden individuellen Bestrafung zu entgehen. Entgegen der eigentlichen Zielrichtung könnte damit kein erhöhter Druck auf die Unternehmen dahingehend ausgeübt werden, aussteigewilligen Mitarbeitern ihrerseits durch die Inanspruchnahme der Bonusregelung zuvorzukommen. Der durch die Einführung der individuellen Strafsanktionen bezweckte Effektivitätsgewinn der Bonusregelung könnte damit nicht realisiert werden.

Darüber hinaus würde die Effektivität der Bonusregelung auch im Vergleich zur jetzigen Situation geschmälert. In dem nicht selten anzutreffenden Fall, dass die verantwortlichen Unternehmensführer persönlich in die unzulässigen Wettbewerbsabsprachen verwickelt sind, bestünde für diese eine zusätzliche Hemmschwelle, die Bonusregelung zum Vorteil des Unternehmens in Anspruch zu nehmen. Eine ähnliche Hemmschwelle könnte aus der Motivationslage resultieren, ehemalige verdiente Mitarbeiter vor einer nachträglichen Strafverfolgung zu bewahren.⁴³²

IV. Bewertung

Unter dem Strich überwiegen die Vorteile von Individualsanktionen. Sie besitzen, gleich ob in Form von Verwaltungs- oder Strafsanktionen, einen erheblich höheren Abschreckungseffekt als Unternehmenssanktionen. Sie führen zu einer **effektiveren Inanspruchnahme von Bonusprogrammen** durch die Unternehmen, soweit diese auch natürlichen Personen zugänglich sind. Und sie erhöhen das allgemeine Rechtsbewusstsein und sind damit geeignet, die Rechtstreue zu verbessern.

Was mögliche staatliche Zusatzkosten durch den Vollzug von Gefängnisstrafen anlangt, so ist v.a. im Blick auf die weit zurückreichende US-amerikanische Praxis darauf

⁴³¹ Siehe hierzu Teil III, A., S. 108.

⁴³² So bestimmt Nr. 7 S. 3 der niederländischen Leniency Guidelines (unverbindliche englische Übersetzung), dass auch ehemalige Mitarbeiter als Mitantragsberechtigte in Betracht kommen, abrufbar unter: http://www.nmanet.nl/Images/Leniency%20Guidelines%2009102007_tcm16-107602.pdf, zuletzt besucht am 17. September 2008.

hinzuweisen, dass es sich bei kartellstrafrechtlichen Delikten um **keine Massendelikte** handelt. Es ist daher nicht zu erwarten, dass für den Haftvollzug zusätzliche Sach- und Personalressourcen bereit gestellt werden müssten. Beim überwiegenden Teil der Kosten würde es sich um in jedem Fall anfallende Fixkosten handeln, so dass die Mehrkosten gering wären. Man darf auch nicht ausser Acht lassen, dass durch die abschreckende Wirkung des Strafvollzuges Kartellabsprachen anderer Unternehmen verhindert werden, die ebenfalls Mehrkosten für die Allgemeinheit verursacht hätten. Dem Argument, dass dem **Arbeitsmarkt** durch den Vollzug von Haftstrafen wichtige Arbeitskräfte entzogen werden, steht die Erkenntnis gegenüber, dass die Kartellabsprachen ihrerseits eine enorm marktschädigende Wirkung haben. Der Ausschluss der betreffenden Personen kann unter Wettbewerbsgesichtspunkten daher sogar erwünscht sein. Mit der Inhaftierung wird der Täter zudem noch effektiver als durch ein Berufsverbot daran gehindert, gemeinschädliche Kartellaktivitäten fortzusetzen. Was die Gefahr einer Verfahrensverlangsamung infolge extensiver Verfahrensrechte der Beteiligten anlangt, so ist zunächst klarzustellen, dass Unternehmens- und Individualsanktionen in getrennten Verfahren verfolgt werden können. Verzögerungen im Verfahren zur Verhängung von Individualsanktionen wirken sich daher nicht notwendigerweise auf die Verhängung von Unternehmenssanktionen aus. Überdies stehen den weitreichenden Verfahrensrechten bei strafrechtlichen Individualsanktionen auch weitreichende Untersuchungsbefugnisse der Ermittlungsbehörden gegenüber. In einigen Konstellationen wäre es erst die Aufwertung von Kartellrechtsverstößen zu Straftaten, welche die Nachweisbarkeit sicherstellen würde.⁴³³ Schliesslich ist auch die Befürchtung unbegründet, wirtschaftlich sinnvolle Verhaltensweisen in rechtlichen Grauzonen würden bei der Gefahr von Individualsanktionen vermehrt gemieden. Einem solchen Phänomen liesse sich nämlich dadurch vorbeugen, dass Individualsanktionen auf kartellrechtliche Kernbestände (sog. **Hard Core-Verstösse**) beschränkt werden, wie es auch beispielsweise in den USA praktiziert wird.

Unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten ist zu bedenken, dass Unternehmenssanktionen das **Unternehmen in seiner Gesamtheit** treffen, ohne nach den Verantwortlichkeitsanteilen der Mitarbeiter zu differenzieren. Bei Aktiengesellschaften treffen die Verluste eine Vielzahl unbeteiligter Anteilseigner. Werden die finanziellen Folgen durch Personaleinsparungen ausgeglichen, so sind Mitarbeitergruppen betroffen, die an der Kartellabsprache nicht beteiligt waren. Daraus ergibt sich ein **manifestes Gerechtigkeitsdefizit**, dem durch Individualsanktionen jedenfalls teilweise entgegengewirkt werden kann.⁴³⁴

⁴³³ Eine andere Frage ist, inwieweit Erkenntnisse aus Strafverfahren auch in Zivilverfahren verwertbar sind.

⁴³⁴ So auch *Patrick Massey*, Criminalization and leniency: will the combination favourably affect cartel stability? in: Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 180. Da nach der hier zu Grunde liegenden Arbeitshypothese Individualsanktionen neben Unternehmenssanktionen treten, wird die Problematik nicht vollständig aufgelöst. Ein Gerechtigkeitsgewinn tritt aber insoweit ein, als die Unternehmenssanktionen im Falle der Verhängung

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist nach der hier vertretenen Auffassung das Rechtsinstitut der **Individualsanktion** als taugliches gesetzgeberisches Handlungsinstrument zur effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts anzusehen.

D. Abweichungen

I. Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen

Im Gegensatz zu den meisten untersuchten Jurisdiktionen ist das Institut der Verwaltungssanktion gegen Unternehmen in der Schweiz nicht einmal annähernd ausgeschöpft worden. Eine ausgereifte Bussgeldpraxis besteht **nicht einmal in Ansätzen**. Das hängt auch mit dem Umstand zusammen, dass die Möglichkeit, Direktsanktionen zu verhängen, der WEKO erst mit der Teilrevision 2003 eingeräumt worden ist. Überdies gibt es im materiellen Recht kaum eine konsistente Entscheidungspraxis im Sinne von Leitentscheidungen. Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (und vielleicht dem des Bundesgerichts) im Fall *Swisscom Mobile* wird man hier hoffentlich ein wenig klarer sehen. Einstweilen ist festzuhalten, dass die Einführung neuer Sanktionsformen in anderen Jurisdiktionen zumeist vor dem Hintergrund einer etablierten Verwaltungssanktionspraxis gegen Unternehmen diskutiert wird.

II. Individuelle Verwaltungssanktionen

Administrative Verwaltungssanktionen gegen Individuen gibt es heute in den untersuchten Ländern lediglich in **Deutschland** und in den **Niederlanden**. Praxiserfahrung besteht bislang nur in Deutschland. Aus den statistischen Bussgelderhebungen ergibt sich, dass zwischen den Jahren 2002 bis 2007 im Durchschnitt jährlich 6 Verfahren durchgeführt wurden, die in Bussgeldbescheiden mündeten. Im Unterschied zum Schweizer Recht werden die Gesetzesverletzungen, welche teilweise den in Artikeln 54 und 55 KG geregelten Tatbeständen entsprechen, nicht als Straftaten, sondern als blosse Ordnungswidrigkeit behandelt. Trotzdem kann für eine Verletzungshandlung nach deutschem Recht mit einer Bussgeldhöhe von bis zu 1.000.000 Euro eine deutlich höhere Sanktion verhängt werden. Anders als nach Art. 54 und Art. 55 KG ist neben der vorsätzlichen auch die fahrlässige Begehung sanktionierbar. Das Fehlen verwaltungsrechtlicher Sanktionsvorschriften in den **USA** und im **Vereinigten Königreich** spricht nicht gegen die Effektivität der Verwaltungssanktionen. Von einer Verwaltungsbehörde in eigener Entscheidungskompetenz verhängte Sanktionen sind den Common-Law-Rechtsordnungen traditionell unbekannt, da diese der Festsetzung durch ein Gericht bedürfen.

von Individualsanktionen regelmässig geringer ausfallen würden. Durch die Mitsanktionierung der verantwortlichen Mitarbeiter kann auch ein psychologischer Gerechtigkeitsgewinn erzielt werden.

III. Strafsanktionen

Das schweizerische Kartellrecht hat sich zwar bezüglich natürlicher Personen in **Nebenbereichen** formell für ein strafrechtliches Sanktionierungssystem entschieden. Die zentralen Verstösse wie Kartellabsprachen und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sind aber nicht strafbewehrt. Überdies sehen die Artikel 54 und 55 KG mit der Beschränkung auf Geldbussen auch materiell nur verwaltungstypische Sanktionen vor.

Strafsanktionen für die Verletzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften sind mittlerweile international relativ weit verbreitet. Prominentestes Beispiel sind die **USA**, die schon aufgrund ihrer langen Tradition eine Vorreiterrolle einnehmen. Wie der Rechtsvergleich aufgezeigt hat, bestehen in **Dänemark**, **Frankreich** und dem **Vereinigten Königreich** strafrechtliche Individualsanktionen. Strafbestimmungen für natürliche Personen finden sich darüber hinaus in **Irland** und in **Estland**⁴³⁵. In **Deutschland** und **Österreich** sind lediglich Submissionsabsprachen in Form des Submissionsbetruges und der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen bzw. Vergabeverfahren strafbewehrt. In den **Niederlanden** ist ein Gesetzesentwurf zur strafrechtlichen Sanktionierung von Wettbewerbsverstössen in Vorbereitung. Der aufkommenden Tendenz zur Kriminalisierung des Wettbewerbsrechts steht jedoch eine sehr unterschiedliche Anwendungspraxis gegenüber.

Eine stringente Rechtsanwendung findet sich bisher lediglich in den USA, in denen alleine im Jahre 2007 Haftstrafen gegen 34 Personen ausgesprochen wurden. Mit über 31'000 wurden mehr als doppelt so viele Gefängnistage verhängt wie in jedem der vorausgegangenen Jahre. Von dieser Entwicklung sind insbesondere auch ausländische Personen betroffen. Seit dem Jahre 1999 haben 31 Ausländer Gefängnisstrafen in den USA verbüsst. Unter den Betroffenen befanden sich deutsche, französische, japanische, britische und auch **schweizerische Staatsangehörige**.⁴³⁶

In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union werden die Strafbestimmungen dagegen zurückhaltend angewendet. In **Dänemark** und in **Frankreich** wurden bisher keine nennenswerten Sanktionen gegen Einzelpersonen verhängt. Eine ähnliche Situation besteht hinsichtlich der Bestrafung von Submissionsabsprachen in **Deutschland** und in **Österreich**.⁴³⁷ Immerhin wurden im **Vereinigten Königreich** im Jahre 2008 die ersten drei Strafurteile ausgesprochen.

⁴³⁵ Gemäss den Art. 399-402 des estnischen Strafgesetzbuches können natürliche Personen für Wettbewerbsverstösse neben Geldstrafe mit einer Gefängnisstrafe von bis zu 3 Jahren bestraft werden. Verurteilungen sind bisher jedoch noch nicht erfolgt.

⁴³⁶ *Scott Hammond*, Recent Developments, Trends, and Milestones In The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, Vortrag zum 56. Annual Spring Meeting (26. März 2008), abrufbar unter <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/232716.htm>, zuletzt besucht am 3. Juli 2008.

⁴³⁷ In den Jahren 2002 und 2003 wurden in Deutschland jeweils nur 3 Personen wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäss § 298 StGB zu Gefängnisstrafen verurteilt, wobei die durchschnittliche Haftdauer acht- bzw. neuneinhalb Monate betrug.

Die Diskrepanz zur Situation in den USA ist auf den dort historisch tiefer verwurzelten strafrechtlichen Verfolgungsansatz und auf die im Vergleich zu den Einzelstaaten der EU erheblich grössere Volkswirtschaft zurückzuführen.

Strafrechtlich verfolgt werden beinahe ausnahmslos **harte Kartelle**, da sich bei der Verfolgung anderer Wettbewerbsbeschränkungen infolge der häufig anzustellenden Effizienzerwägungen schwierige Vorsatz- und Beweisprobleme ergeben würden, die für eine Aufarbeitung in einem den Betroffenen schwer belastenden Strafverfahren als ungeeignet erscheinen. Mit ähnlichen Erwägungen beschränkt sich die Strafverfolgung im **Vereinigten Königreich** und in den **USA** auf horizontale Kartellabsprachen, da Vertikalabsprachen je nach Marktsituation positive Wettbewerbswirkungen entfalten können.⁴³⁸ In **Dänemark** und in **Frankreich** sind zwar auch Vertikalabsprachen strafbar, doch sind dem Verfasser keine diesbezüglichen Verurteilungen bekannt. Aufgrund ähnlicher Erwägungen haben die Referenzstaaten mit Ausnahme Dänemarks auch auf die strafrechtliche Sanktionierung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verzichtet.

E. Handlungsempfehlungen

I. Entwicklung einer tragfähigen Unternehmensverwaltungsanktionspraxis

Die wichtigste Handlungsempfehlung im Bereich der Sanktionierung lautet: Bevor die Möglichkeiten des Art. 49a KG ausgelotet sind, ist es schwierig, die schweizerische Situation etwa mit der in den USA, dem Vereinigten Königreich, Deutschland oder der Europäischen Union zu vergleichen und aus solchen Vergleichen sinnvolle Schlüsse abzuleiten. Ein Sanktionssystem muss in seiner Gesamtheit (Verwaltungsrecht, Privatrecht, Strafrecht) gesehen werden. Im Vordergrund muss deshalb die **Verkleinerung** und **Professionalisierung der WEKO** stehen. Eine WEKO, die entsprechend den Empfehlungen im ersten Teil dieser Studie zusammengesetzt wäre, müsste in erster Linie **Leitentscheidungen** erlassen und damit für die Unternehmen Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit schaffen. In zweiter Linie hätte sie eine **tragfähige Bussenpraxis** gegen Unternehmen in Anwendung des Art. 49a KG zu entwickeln. Das gäbe den **Gerichten** die Möglichkeit, entsprechendes Fallrecht zu schaffen.

Die vom Ständerat angenommene Motion *Schweiger*, welche Unternehmen mit einem sehr guten *Compliance Programme* aus der Verantwortung entlassen will und dafür die Einführung von Individualsanktionen nach amerikanischem, britischem und niederländischem Vorbild fordert, kommt auf jeden Fall **zu früh**. Ob es in der Sache gerecht wäre, die Unternehmen freizusprechen und stattdessen die MitarbeiterInnen zu belangen, kann deshalb vorliegend offen bleiben. Überdies stellt die Motion einen

⁴³⁸ Vgl. oben, B. II. 1.

Versuch am untauglichen Objekt dar. Hintergrund des Vorstosses ist offenbar die Busse von fast CHF 300.000.000, welche die Europäische Kommission einem Schweizer Lifthersteller wegen angeblicher Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft auferlegt hat. Völkerrechtlich ist das nicht anfechtbar.⁴³⁹ Darüber, ob die Busse nach dem Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt ist, werden die Gemeinschaftsgerichte zu befinden haben. Wenn ein Schweizer Unternehmen der Auffassung ist, dass die Bussenpraxis der Europäischen Kommission ausufert, so mag es, allenfalls zusammen mit anderen Unternehmen, einen politischen Vorstoss in der Europäischen Union unternehmen mit dem Ziel, das dortige Recht bzw. die Entscheidungspraxis dazu zu modifizieren.⁴⁴⁰ Hingegen darf man das nicht zum Vorwand nehmen, um das Schweizer Kartellrecht, dessen Bussenpraxis sich, wie gesagt, in einem Frühstadium befindet, zu ändern und auf eine irgendwie geartete Hebelwirkung auf das Gemeinschaftskartellrecht zu hoffen.

II. Einführung individueller Verwaltungssanktionen

Die Einführung individueller Verwaltungssanktionen ist eine Option, die erwogen werden kann und muss. Solche Sanktionen müssten aber nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich zu den Bussgeldern für die Unternehmen **hinzukommen**. Mit der Einführung von Individualsanktionen könnte in bestimmten Fällen eine gerechtere Haftungsverteilung zwischen Unternehmen und individuellen Mitarbeitern erzielt werden. In Anlehnung an die bestehende Rechtslage bei den unternehmensbezogenen Direktsanktionen bietet sich die Verhängung von Verwaltungssanktionen entsprechend Artt. 49a ff. KG an. Hiergegen liesse sich allerdings vorbringen, dass es aus Gründen der Sanktionsgerechtigkeit nicht leicht einsichtig ist, den originären Wettbewerbsverstoss lediglich mit einer Verwaltungssanktion zu ahnden, die nach den Artt. 54 ff. KG hieran anknüpfenden Folgedelikte hingegen mit einer Verwaltungsstrafe. Zu lösen wäre dieses Problem letztlich nur dadurch, auch die bisher als Verwaltungsstrafen ausgestalteten Delikte der Artt. 54 ff. KG in Verwaltungssanktionen umzuwandeln. Statt der organschaftlichen Verbandstäterschaft wäre in die Bestimmung das Konzept eines strengen Organisationsverschuldens aufzunehmen, wonach der Haftungsgrund nicht in der eigentlichen Zuwiderhandlung, sondern in der **Ausserachtlassung der notwendigen Vorsorgemassnahmen zur Verhinderung der Zuwiderhandlung** liegt. Nach diesem Modell könnten die betroffenen Unternehmen bei ordnungsgemässer Durchführung unternehmensinterner Compliance Programme den Einwand der rechtskonformen Organisation und damit der Unvermeidbarkeit der eingetretenen Kartellrechtsverletzung erheben. Parallel dazu würde der Schuldvorwurf auf den handelnden Mitarbeiter zurückfallen, dessen Handeln nunmehr selbst durch eine individuelle Verwaltungssanktion ahndungsfähig wäre.

⁴³⁹ Dazu zuletzt *Carl Baudenbacher*, The CIF's Gencor Judgment – Some Remarks on its Global Implications. In: Liber Amicorum en l'honneur de/in honour of Bo Vesterdorf, Carl Baudenbacher et al. (Eds.) Brussels 2007.

⁴⁴⁰ Vgl. dazu *Karl Hofstetter*, Korrekturbedürftige Bussen-Exzesse im europäischen Kartellrecht, NZZ Nr. 123 v. 29. Mai 2008, 29.

Allerdings könnte die Haftung der Unternehmen bei fehlendem Organisationsverschulden nicht vollständig entfallen, sondern würde allenfalls gemindert. Unter der Voraussetzung, dass Kronzeugen- bzw. Bonusregelungen auch auf natürliche Personen Anwendung finden, fördern Individualsanktionen deren Wirksamkeit und damit die Aufdeckung von Kartellabsprachen. Die Gefahr persönlicher Sanktionen führt dazu, dass in die Kartellabsprache involvierte Personen eine höhere Bereitschaft zur Inanspruchnahme der Bonusregelung haben, als es bei der Gefahr sie nur mittelbar treffender Unternehmenssanktion der Fall wäre. Zugleich wird damit auch aus Unternehmensperspektive ein höherer Anreiz gesetzt, von der Bonusregelung Gebrauch zu machen, da durch das Hinzutreten privater Personen als Antragsberechtigte mit einer erhöhten Aufdeckungsgefahr gerechnet werden muss (*race for leniency*). Insoweit wird nicht nur die Aufdeckung von unerlaubten Kartellabsprachen gefördert, sondern bereits das **Treffen von Kartellabsprachen** unattraktiver gemacht.

III. Einführung individueller Strafsanktionen

Strafsanktionen schaffen erhebliches Abschreckungspotential. Sie würden aber die Effektivität der bestehenden **Bonusregelung** gefährden. Da die bestehende Bonusregelung auf individuelle Strafsanktionen keine Anwendung finden würde, hätte dies zur Folge, dass die Unternehmen, insbesondere soweit deren Entscheidungsträger mit einer strafrechtlichen Verfolgung rechnen müssen, die Bonusregelung in geringerem Masse in Anspruch nehmen würden. Damit könnten die Bemühungen zur Aufdeckung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen entscheidend behindert werden. Entschliesst sich der Gesetzgeber, Verfahrensabsprachen im weiteren Umfang auch im Strafrecht zuzulassen, würde dieses Argument jedoch entfallen. In jedem Fall könnten aber Strafsanktionen, welche die Möglichkeit der Verhängung von Haftstrafen einschliessen, nicht durch die WEKO verhängt werden, sondern es müsste eine **Übertragung auf die Strafgerichte** stattfinden. In Erinnerung zu bringen ist insoweit, dass das Erfordernis eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts bereits auf der erstinstanzlichen Ebene erfüllt sein muss, wenn die verhängten Sanktionen dem Kernstrafrecht zuzurechnen sind.⁴⁴¹ Im Falle einer mit Freiheitsstrafe bewehrten Sanktionsnorm kann nicht mehr von einer "minor offence" gesprochen werden, die der erstinstanzlichen Aburteilung durch eine Verwaltungsbehörde zugänglich ist. Unterhalb der Ebene des Kernstrafrechts wäre damit nur die Verhängung freiheitsbeschränkender Individualsanktionen in Form von **Verwaltungsstrafen** entsprechend Artt. 54 ff. KG möglich. Aus Art. 57 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 21 VStrR folgt, dass in Fällen, in denen die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme gegeben sind, abweichend von Art. 57 Abs. 2 S. 2 KG nicht die WEKO, sondern das **Gericht** zuständig ist. Die Ermittlungstätigkeit der WEKO erfüllte somit lediglich die Funktion einer **Voruntersuchung**. Den strengen Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK, wonach sich das Kognitionsrecht des Gerichts sowohl auf Rechts- als auch auf Tatsachenfragen beziehen

⁴⁴¹ EGMR, Urt. v. 23. Juni 1981, No. 6878/75, *Le Compte, Van Leuven und De Meyere v Belgien* Serie A, Nr. 43, § 51; Urt. 21. Februar 1984, No 8544/79, *Öztürk v Germany*, Serie A, Nr. 83, § 56; Urt. v. 24. Februar 1994, No. 46 12547/86, *Bendenoun v France*, Serie A, Nr. 284, § 46.

muss, wird genügt.⁴⁴² Art. 77 Abs. 1 VStrR stellt klar, dass das Gericht nicht an die Untersuchungsergebnisse der Verwaltungsbehörde gebunden ist, sondern von sich aus oder auf Antrag einer Partei eine weitere Sachverhaltsaufklärung betreiben darf.⁴⁴³ Die erstinstanzliche Entscheidungsgewalt des Gerichts hätte zur Folge, dass die fachliche Expertise der WEKO mit Ausnahme der Voruntersuchungen keinen Eingang in die Entscheidungsfindung erhalte. Dies erscheint insbesondere unter dem Aspekt, dass die Strafgerichte für die Bewertung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen ihrerseits kaum auf zivilrechtliche Rechtsprechung zurückgreifen können, problematisch. Diese Bedenken gelten a fortiori für die Einführung von Sanktionen des Kernstrafrechts, da in diesem Fall auch eine Voruntersuchung durch die WEKO nicht mehr in Betracht käme. Um somit die umfassende erstinstanzliche Zuständigkeit der WEKO zu erhalten, wäre nach dem Vorbild der bestehenden Verwaltungsstrafen der Artt. 54 ff. KG auf die Möglichkeit freiheitsbeschränkender Massnahmen zu verzichten. Das Problem der fehlenden Anwendbarkeit der Bonusregelung bliebe jedoch bestehen.

Auch die mangelnde praktische Relevanz von Strafsanktionen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union lässt sich als Argument gegen deren Einführung vorbringen. Letztlich ist auch die volle Entfaltung eines Abschreckungseffekts zweifelhaft, da unsicher ist, ob die befassenen Strafgerichte von den Strafsanktionen tatsächlich vollen Gebrauch machen würden. Werden die entsprechenden Normen jedoch nicht sachgerecht angewendet, so kann sich ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein in der Bevölkerung nicht herausbilden. Schliesslich steht mit **Verwaltungssanktionen** ein Mittel zur Verfügung, welches ebenfalls ein erhebliches Abschreckungspotential besitzt, die meisten der vorgenannten Nachteile jedoch vermeidet. Zwar gibt es zunehmende gesetzgeberische Aktivitäten in Richtung Einführung von Strafsanktionen. Indes ist die Anwendungspraxis mit Ausnahme der USA zurückhaltend. Es ist daher zweifelhaft, ob sich bei den Verfolgungsorganen bereits das zur Normanwendung notwendige Rechtsbewusstsein herausgebildet hat. Die USA sind aus mehreren Gründen ein Sonderfall. Infolge der gemeinsamen historischen Wurzeln des Rechts und der Rechtskultur sollte als massgeblicher Vergleichsstab die Praxis in den **Mitgliedstaaten der Europäischen Union** dienen. Dort hat bisher nur eine Minderheit Wettbewerbsverstösse in Form von Kartellabsprachen unter Strafe gestellt. Und auch in diesen Staaten sind die Strafbestimmungen bislang nur selten angewandt worden. Zwar ist zu erwarten, dass die strafrechtliche Sanktionierung innerhalb der Europäischen Union – insbesondere unter dem Einfluss der USA – in den kommenden Jahren an Dynamik gewinnen wird. Aus rechtsvergleichender Sicht sollte jedoch diese Entwicklung **abgewartet** werden, um den Nutzen individueller Strafsanktionen besser einschätzen zu können. Im Übrigen ist auch hier anzumerken, dass die Entwicklung in anderen Staaten lehrt, dass man sinnvollerweise erst einmal die Möglichkeiten des Art. 49a KG ausschöpfen sollte. Überdies ist an die private Rechtsdurchsetzung zu denken.

⁴⁴² EGMR, Urt. v. 23. Juni 1981, No. 6878/75, *Le Compte, Van Leuven und De Meyere v. Belgien* Serie A, Nr. 43, § 51.

⁴⁴³ *Renate Schwob*, Verwaltungsrecht des Bundes V, SJK 1290, S. 7.

Der Einführung von Strafsanktionen sollte die Entwicklung einer ausgereiften verwaltungsrechtlichen und zivilrechtlichen Anwendungspraxis vorangehen. Damit könnten grundlegende Begrifflichkeiten (auch gerichtlich) geklärt werden. Erst in einem späteren Schritt wäre dann, falls erforderlich, über die Einführung strafrechtlicher Sanktionen nachzudenken.

Etwas anderes könnte bei den **Submissionsabsprachen** in Betracht gezogen werden. Mit Ausnahme der Niederlande sind in allen untersuchten Ländern Submissionsabsprachen unter Strafe gestellt. Da es um eine tatbestandsmässig eng umgrenzte Strafnorm ginge, wäre das vom Gesetzgeber zu betretende Neuland überschaubar. Hinzu kommt, dass durch die Rechtsprechung in einigen Europäischen Staaten bereits konkrete Anwendungserfahrungen bestehen. Aus Klarstellungsgründen sollte hier eine eindeutige gesetzliche Grundlage geschaffen werden.

Bedeutsam ist schliesslich, dass strafwürdige Verhaltensweisen auf Grund des Subsidiaritätsprinzips erst dann auch strafrechtlich sanktioniert werden dürfen, wenn zusätzlich die Strafbedürftigkeit festgestellt worden ist.⁴⁴⁴ Eine Strafbedürftigkeit besteht nur dann, wenn die Androhung von Kriminalstrafe als das einzige wirksame Mittel bzw. die **ultima ratio** zur Unterbindung des sozialschädlichen Verhaltens erscheint.⁴⁴⁵ An der Erforderlichkeit von Strafmassnahmen bestehen aber Zweifel, da mit den verwaltungsrechtlichen Individualsanktionen ein Instrumentarium zur Verfügung steht, das bei geringerer Eingriffsschwere mindestens gleich effektiv, wenn nicht sogar effektiver, vor Wettbewerbsverletzungen abschreckt.

Im Ergebnis ist die Einführung von **Strafsanktionen** für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen daher zum jetzigen Zeitpunkt **nicht ratsam**.

⁴⁴⁴ Zur strafrechtlichen Schutzbedürftigkeit des Wettbewerbs am Beispiel der Submissionsabsprachen *Christoph Heitz*, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB (2008), 194 ff.

⁴⁴⁵ *Henning Radtke*, Münchner Kommentar zum StGB (2003), 1. Auflage, §§ 38 ff., Rz. 2.

Teil 4 Zivilrechtliche Verfahren

A. Ziele des internationalen Vergleichs

B. Geschriebenes Recht

I. Verhältnis zwischen zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren

1. USA
2. Schweiz
3. Deutschland
4. Frankreich
5. Niederlande
6. Vereinigtes Königreich
7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

II. Kollektiver Rechtsschutz

1. USA
2. Schweiz
3. Deutschland
4. Frankreich
5. Niederlande
6. Vereinigtes Königreich
7. Schweden
8. Entwicklungen auf europäischer Ebene

III. Beweisrechtliche Aspekte

1. USA
2. Schweiz
3. Deutschland
4. Frankreich
5. Niederlande
6. Vereinigtes Königreich
7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

IV. Passing-on defense

1. USA
2. Schweiz
3. Deutschland

4. Frankreich
5. Niederlande
6. Vereinigtes Königreich
7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

V. Punitive Damages und Pre-trial Interest

1. USA
2. Schweiz
3. Deutschland
4. Frankreich
5. Niederlande
6. Vereinigtes Königreich
7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

VI. Verjährungsfristen

1. USA
2. Schweiz
3. Deutschland
4. Frankreich
5. Niederlande
6. Vereinigtes Königreich

VII. Kosten

1. USA
2. Schweiz
3. Deutschland
4. Frankreich
5. Niederlande
6. Vereinigtes Königreich
7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

C. Rechtsprechung

- I. USA
- II. Schweiz
- III. Deutschland
- IV. Frankreich

V. Niederlande

VI. Vereinigtes Königreich

VII. Entwicklungen auf europäischer Ebene

D. Abweichungen

E. Handlungsempfehlungen

I. Allgemeines

II. Einzelfragen

Teil 4 Zivilrechtliche Verfahren

A. Ziele des internationalen Vergleichs

Ausgehend von dem Bericht der *Arbeitsgruppe Evaluation KG* steht im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen die Frage der Weiterentwicklung des zivilrechtlichen Verfahrens (private enforcement) auf Basis eines internationalen Vergleichs. Es soll insbesondere geprüft werden, ob das zivilrechtliche Verfahren im Schweizer Wettbewerbsrecht im Vergleich zur internationalen „Best Practice“ Entwicklungsmöglichkeiten aufweist. Dabei wird Wert auf eine **ganzheitliche Betrachtung** der kartellrechtlichen Durchsetzungsmechanismen in den jeweiligen Rechtsordnungen gelegt. Nur so kann die erforderliche Vergleichbarkeit zwischen der Schweiz und den untersuchten Ländern erreicht werden.

Unter B. wird ein juristischer Vergleich des geschriebenen Rechts bezüglich der nachfolgend tabellarisch dargestellten Aspekte des zivilrechtlichen Verfahrens im Kartellrecht durchgeführt. Für deren Auswahl waren die aktuellen Entwicklungen auf europäischer Ebene sowie in den untersuchten Nationalstaaten von besonderer Bedeutung. Ein weiteres Kriterium waren die von der schweizerischen Praxis und Literatur einheitlich benannten Gründe für die aktuell eher untergeordnete Bedeutung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz.⁴⁴⁶ Aspekte des Vergleichs sind das Verhältnis zwischen zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren, das Bestehen kollektiver Rechtsschutzmöglichkeiten, beweisrechtliche Aspekte (insbesondere Beweislast und Beweismass sowie Beweiserleichterungen), Zulässigkeit einer Pre-trial Discovery, Passing on Defense, Punitive Damages und Pre-trial Interest, Verjährung und Kosten. Unter C. wird überblicksartig die praktische Bedeutung des zivilrechtlichen Verfahrens in den untersuchten Ländern dargestellt sowie eine Analyse der Rechtsprechung auf aktuelle Entwicklungen insbesondere im Blick auf die unter B. untersuchten Aspekte vorgenommen. D. enthält eine Zusammenfassung der Punkte, in denen das schweizerische Recht und seine Anwendung gemäss den Ergebnissen des internationalen Vergleichs von den Entwicklungen im Ausland abweichen, sowie eine Analyse ihrer praktischen Relevanz für die Schweiz. Abschliessend werden unter E. die Konsequenzen aus den Abweichungen des Schweizer Systems im internationalen Vergleich analysiert, und es wird eine Einschätzung des Handlungsbedarfs im Schweizer Wettbewerbs- und Zivilprozessrecht vorgenommen. An die Analyse und Einschätzungen anknüpfend werden konkrete Empfehlungen bzw. Handlungsoptionen dargestellt.

⁴⁴⁶ Vgl. *Walter Stoffel*, Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Roger Zäch, Hrsg., Das neue schweizerische Kartellgesetz, Hrsg. Zäch Roger, Zürich 1996, S. 87 ff.; *Jean-Marc Reymond*, in Pierre Tercier/Christian Bovet, Droit de la concurrence, Art. 12-17 LCart Rz. 11; *Roland von Büren*, Zur Zulässigkeit der „passing on defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189, 190.

Der Vergleich beschränkt sich grundsätzlich auf die im Bericht der *Arbeitsgruppe Evaluation KG* untersuchten Staaten (D, F, NL, UK, USA) und auf die neuen Entwicklungen auf der europäischen Ebene. Bei der Untersuchung des Aspekts „kollektiver Rechtsschutz“ wurde aufgrund aktueller Entwicklungen auch **Schweden** einbezogen.

Die Debatte über private enforcement, die zur Zeit überall in Europa stattfindet, ist in wesentlichen Punkten durch die **US-amerikanische Rechtslage** geprägt. In den USA beruhen rund 90 % der Antitrust-Prozesse auf privaten Klagen.⁴⁴⁷ Die dort bestehenden besonderen Rahmenbedingungen v.a. für zivile Schadenersatzklagen bilden regelmässig den Ausgangspunkt der Diskussion.⁴⁴⁸ Amerikanische Autoren weisen darauf hin, dass das Land trotz gewisser Exzesse insgesamt positive Erfahrungen mit diesem Instrument der Wettbewerbspolitik gemacht habe.⁴⁴⁹ In Deutschland hat man hingegen vor solchen Auswüchsen gewarnt.⁴⁵⁰ Die Kommission hat ihre Bestrebungen zur Verbesserung der Rahmenbedingungen des private enforcement mit der Formel umschrieben, man wolle eine „competition culture“, nicht aber eine „litigation culture“ schaffen.⁴⁵¹ Der Verfasser hat das als den Versuch gewertet, zu schwimmen ohne nass zu werden („swimming without getting wet“)⁴⁵² und hat damit v.a. im angelsächsischen Raum Zustimmung gewonnen.⁴⁵³ Vorliegend wird aus der **Vorreiterrolle der USA** der Schluss gezogen,

⁴⁴⁷ Vgl. z.B. *Paul Hughes*, The Enforcement of Private Actions for Breaches of EC Competition Law – The Role of the Shareholder under English Law, *The Competition Law Review* 2006, 73 ff., 90, Fn. 78.

⁴⁴⁸ Vgl. *Carl Baudenbacher*, Judicialization of European Competition Policy, in: *International Antitrust Law & Policy*, 2002 Corporate Law Institute, Fordham University School of Law, 353 ff.

⁴⁴⁹ Vgl. z.B. *Clifford A. Jones*, Private Antitrust in the Global Market, An Essay on „Swimming without getting wet“, in: Mario Monti/Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein/Bo Vesterdorf/Jay Westbrook/Luzius Wildhaber, *Economic Law and Justice in Times of Globalization*, FS Baudenbacher, 2007, 443 ff.; ders., Private Competition Law Enforcement in Europe: A Growth Market, in: Carl Baudenbacher, *Neueste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht*, Elfte St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004, Basel/Bern/Genf 2005, 113 ff.; *Edward P. Henneberry*, Private Enforcement in EC Competition Law: The Green Paper on Damages Actions. The Passing-On Defense and Standing for Indirect Purchasers, Representative Organizations and Other Groups, *Academy of European Law, Conference on Private Enforcement in EC Competition Law*, Brussels, 9 March 2006, http://www.era.int/web/de/resources/5_2341_2394_file_en.3235.pdf, zuletzt besucht am 25. Juli 2008.

⁴⁵⁰ *Wernhard Möschel* Erweiterter Privatrechtsschutz im Kartellrecht?, *WuE* 2006, 115.; *Jürgen Basedow*, Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren, in: Carl Baudenbacher, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 12. St. Galler IKF 2005, 353, 363.

⁴⁵¹ *Emil Paulis*, How can we construe a European Model of Private Enforcement?, The civilian consequences of competition law violations, Copenhagen, 28 September 2007, www.konkurrenceretsforeningen.dk/UserFiles/File/280907%20Emil%20Paulis.pps, zuletzt besucht am 26.07.2008.

⁴⁵² *Carl Baudenbacher*, Green Paper on Private Enforcement – Some Reflections on Damages, *Academy of European Law, Conference on Private Enforcement in EC Competition Law*, Brussels, 9 March 2006, http://www.era.int/web/de/resources/5_2341_2394_file_en.3238.pdf, zuletzt besucht am 25. Juli 2008.

⁴⁵³ Vgl. *Clifford A. Jones*, Private Antitrust in the Global Market, An Essay on “Swimming without getting wet“, in: Mario Monti/Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein/Bo Vesterdorf/Jay Westbrook/Luzius Wildhaber, *Economic Law and Justice in Times of Globalization*, FS Baudenbacher, 2007, 443, 443 ff.; *Paul Hughes*, The Enforcement of Private Actions for Breaches of EC Competition Law

dass das amerikanische Recht bei der Vergleichung als erstes darzustellen ist. Das impliziert aber keine Wertung in der Sache.

B. Geschriebenes Recht

I. Verhältnis zwischen zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren

1. USA

In den USA ist private enforcement in ein Gesamtsystem eingebettet, in dem neben den Privatakteuren v.a. zwei staatliche Akteure für die Durchsetzung des Kartellrechts Sorge tragen.

Einer ist das United States Justice Department (DoJ).⁴⁵⁴ Das DoJ unterliegt als Teil der Exekutive der politischen Kontrolle. Es kann selbst keine Sanktionen verhängen, sondern hat seine Interessen auf **gerichtlichem Weg** zu verfolgen und unterliegt dabei grundsätzlich den allgemeinen prozessualen Regeln. Aufgrund verschiedener Kriterien strengt es bei einer Verletzung eine „civil“ bzw. „criminal enforcement action“ an. Der zweite Akteur ist die Federal Trade Commission (FTC). Sie ist als unabhängige Behörde ausgestaltet und wird durch den Kongress finanziert. Sie kann im Wege einer „civil enforcement action“ gegen wettbewerbswidriges Verhalten vorgehen.⁴⁵⁵

Die nachfolgende Übersicht stellt die Kompetenzen der verschiedenen Akteure zur Durchsetzung des US-amerikanischen Antitrust-Rechts dar (Quelle: Website der Federal Trade Commission⁴⁵⁶):

– The Role of the Shareholder under English Law, *The Competition Law Review* 2006, 73 ff.; vgl. auch Hammonds LLP, Response to OFT informal consultation – Private actions in competition law: effective redress for consumers and business, Pt. 2.2., http://www.oft.gov.uk/shared_ofc/consultations/Private-responses/Hammonds.pdf, zuletzt besucht am 25. Juli 2008.

⁴⁵⁴ Vgl. insgesamt zur Rechtslage in USA: *T Mark McLaughlin/Andrew S Marovitz/Britt M Miller* in Samantha Mobley (contr. Editor), *Private Antitrust Litigation 2008*, U.S.A., 149 ff.

⁴⁵⁵ So Department of Justice, *Antitrust Enforcement and the Consumer*, Ziff. 3, http://www.usdoj.gov/atr/public/div_stats/211491.htm; weiterführende Ausführungen zu den Kompetenzen der FTC im Antitrust-Recht finden sich auf der Website der FTC, <http://www.ftc.gov/ogc/brfovrww.shtm>; zuletzt besucht am 25. 7. 2008.

⁴⁵⁶ Website der FTC, <http://www.ftc.gov/ogc/brfovrww.shtm>; zuletzt besucht am 25. 7. 2008.

SYNOPSIS OF ANTITRUST ENFORCEMENT AUTHORITY

Statute	Federal Trade Commission	Department of Justice	State Enforcement Authorities	Private Parties
Federal Trade Commission Act (15 U.S.C. §41 <i>et seq.</i>)	administrative cease and desist authority [§5(b) FTCA]	prosecution [§§ 1 & 2 Sherman Act]		
<i>Injunctive Relief</i>	judicially ordered injunctive relief [§13(b) FTCA; also § 5(l) FTCA (for violations of cease and orders)]			
<i>Redress</i>	judicially ordered redress [§13(b) FTCA]			
<i>Rulemaking</i>	[§6(g) FTCA]			
<i>Civil Penalties</i>	judicially ordered civil penalties for violating cease and desist orders (\$11,000 per violation) [§5(l) FTCA]			
<i>Criminal Penalties</i>	referral to U.S. Department of Justice [§16(b) FTCA]			

Clayton Act (15 U.S.C. § 12 <i>et seq.</i>)	administrative cease and desist authority [§11(b) Clayton Act]			
<i>Injunctive Relief</i>	judicially ordered injunctive relief [§13(b) FTCA; also §7A(g)(2) Clayton Act (for HSR reporting violations) and §11(l) Clayton Act (for violations of cease and desist orders)]	Judicially ordered injunctive relief [§15 Clayton Act; also §7A(g)(2) Clayton Act (for HSR reporting violations)]	may apply to the courts as <i>parens patriae</i> for injunctive relief [§16 Clayton Act]	may apply to the courts for injunctive relief [§16 Clayton Act]
<i>Damages</i>		may recover for injuries sustained by the United States Government (treble damages) [§4A Clayton Act]	may apply fortreble damages as <i>parens patriae</i> [§4C Clayton Act]	may apply for treble damages [§4 Clayton Act]
<i>Civil Penalties</i>	judicially ordered civil penalties for violating cease and desist orders (\$5,000 per violation) [§11(l) Clayton Act; also §7A(g)(1) Clayton Act (\$11,000 per day for HSR reporting violations)]	judicially ordered civil penalties [§7A(g)(1) Clayton Act (\$11,000 per day for HSR reporting violations)]		

<i>Criminal Fines</i>	officer liability for corporate violation of penal provisions [§14 Clayton Act]		
Sherman Antitrust Act (15 U.S.C. §1 <i>et seq.</i>)			
<i>Injunctive Relief</i>	judicially ordered injunctive relief [§4 Sherman Act]	may apply to the courts as <i>parens patriae</i> for injunctive relief [§16 Clayton Act]	may apply to the courts for injunctive relief [§16 Clayton Act]
<i>Damages</i>	may recover for injuries sustained by the United States Government (treble damages) [§4A Clayton Act]	may apply for treble damages as <i>parens patriae</i> [§4C Clayton Act]	may apply for treble damages [§4 Clayton Act]
<i>Criminal Penalties</i>	combinations [§1 Sherman Act] monopolization [§2 Sherman Act]		
<i>Miscellaneous</i>	forfeiture [§6 Sherman Act]		

Die Gesetzeslage und die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court haben ein rechtliches Umfeld geschaffen, das **weitreichende Anreize** für private Schadenersatzklagen bietet. Schlüsselfaktoren sind die Zulässigkeit von class actions und contingency fee Vereinbarungen, die Zulässigkeit von discovery procedures und die Möglichkeit der Gewährung von treble damages. Entsprechend bedeutsam ist die Rolle der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im US-amerikanischen System. Ein weiterer Grund dafür ist jedoch auch die Stellung des DoJ und der FTC im Rahmen des Antitrust-enforcement, die nicht mit der Position der Europäischen Kommission vergleichbar scheint.⁴⁵⁷

2. Schweiz

Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen können parallel auf dem zivilrechtlichen (Art. 12 ff. KG) und auf dem verwaltungsrechtlichen Weg (Art. 18 ff. KG) verfolgt werden. Das Verwaltungsverfahren soll primär dem Schutz des Wettbewerbs als solchem dienen. Primäre Aufgabe des zivilrechtlichen Verfahrens ist nach herrschender Auffassung der **Individualschutz** vor unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen.⁴⁵⁸ Allerdings darf auch die Funktion des privaten Klägers als Funktionär der Gesamtrechtsordnung nicht übersehen werden.⁴⁵⁹

Die Zivilgerichte und die Wettbewerbskommission entscheiden nach denselben materiell-rechtlichen Bestimmungen in grundsätzlich voneinander unabhängigen Verfahren.⁴⁶⁰ Um divergierende Entscheidungen zu vermeiden und eine möglichst einheitliche Auslegung und Anwendung der materiell-rechtlichen Bestimmungen sicherzustellen, sind die Zivilgerichte bei Unklarheit über die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung verpflichtet, die Frage der Wettbewerbskommission **vorzulegen**, vgl. Art. 15 Abs. 1 KG. Eine rechtliche Bindungswirkung an das Gutachten der Wettbewerbskommission besteht nicht, doch ist von einer erheblichen faktischen Bindung auszugehen.

⁴⁵⁷ Vgl. dazu auch *Walter van Gerven*, Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – *Courage v. Crehan* and the way ahead, in Jürgen Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, The Netherlands 2007, 25 f.

⁴⁵⁸ Anstatt vieler BGE 130 II 149, Erw. 2.4.

⁴⁵⁹ Vgl. zu diesem Konzept *Ludwig Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summun ius summa iniuria*, 1963, 145, 159; *Carl Baudenbacher*, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, 1978, 136. Der Begriff geht zurück auf *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, 130. In der englischsprachigen Literatur wird der Ausdruck „private attorney general“ verwendet. Der Begriff wurde geprägt durch Judge *Jerome Frank* in *Associated Industries of New York State, Inc. v. Ickes*, 134 F. 2d 694, 704 (2d. Cir. 1943), vgl. dazu z.B. *John C. Coffee*, Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is not Working, 42 Maryland L. Rev. 215 (1983); auch *Buxbaum*, Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen, 1972.

⁴⁶⁰ Vgl. dazu *Carl Baudenbacher*, Kartellrechtsreform 2001 - Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga nun die Qualifikation für die Champions League?, FS Franz Jaeger, 353, 360, 363.

Auch ansonsten besteht für bestandskräftige Entscheidungen der WEKO keine Bindungswirkung; faktisch ist jedoch davon auszugehen, dass die Zivilgerichte in aller Regel nicht von der Entscheidung der WEKO abweichen werden.

3. Deutschland

Das Bundeskartellamt ist über alle kartellrechtlichen Rechtsstreite durch die Gerichte zu benachrichtigen, vgl. § 90 Abs. 1 GWB. Es kann dann bei Gericht selbst Erklärungen abgeben, auf Tatsachen und Beweismittel hinweisen, den Terminen beiwohnen, dort Ausführungen machen und Fragen an Parteien, Zeugen und Sachverständige richten.

Bei **Schadenersatzklagen** wegen eines Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen Art. 81 und 82 EG-Vertrag ist das Zivilgericht an die bestandskräftige Feststellung des Verstosses durch die Kartellbehörde, die Europäische Kommission oder die Wettbewerbsbehörde bzw. das als Wettbewerbsbehörde handelnde Gericht eines anderen Mitgliedstaates in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht gebunden. Diese Regelung erleichtert grundsätzlich die private Rechtsdurchsetzung. Gleichzeitig setzen sich u.U. Fehler aus dem verwaltungsrechtlichen Verfahren im zivilrechtlichen Verfahren fort. Die Regelung steht daher in einem gewissen Widerspruch zum Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit.⁴⁶¹

4. Frankreich

In Frankreich haben Zivilgerichte die Möglichkeit, den Conseil de la Concurrence zu einer Stellungnahme aufzufordern.⁴⁶² Das ist für **Tatsachen- und Rechtsfragen** möglich. Die Wettbewerbsbehörde kann dann eine eigenständige Untersuchung einleiten. Diese Entscheidung liegt jedoch in ihrem Ermessen. Sie kann ihre Stellungnahme auch nur auf die ihr vom Zivilgericht zur Verfügung gestellten Beweismittel stützen. Das vorlegende Gericht ist an die Stellungnahme nicht gebunden, wird sie jedoch regelmässig als sehr gewichtig in die Entscheidungsfindung einbeziehen. Darüber hinaus kann das für das Wettbewerbsrecht zuständige Wirtschaftsministerium eine Untersuchung einleiten, die sich auf die Fakten aus den zivilgerichtlichen Verfahren stützt. Eingeleitet werden kann die Untersuchung durch das Ministerium selbst, den Kläger oder einen Dritten. Das Zivilgericht kann eine Übermittlung der Entscheidung des Verwaltungsverfahrens verlangen.

⁴⁶¹ Ausführlich dazu *Eckard Rehbinder* in Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampf, Kartellrecht, Bd. 2, § 33 N. 59 ff.

⁴⁶² Vgl. insgesamt zur Darstellung der Rechtslage in Frankreich: Ashurst Studie, National Report France; *Mélanie Thill-Tayara/Marta Giner Asins* in Samantha Mobley (contr. Editor), Private Antitrust Litigation 2008, 50 ff.

Eine Bindungswirkung an eine rechtskräftige Entscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde besteht nicht. Sie wird jedoch regelmässig von den Gerichten als sehr gewichtiger Beweis für das Vorliegen einer Verletzung herangezogen.⁴⁶³

5. Niederlande

In den Niederlanden besteht keine gesetzliche Bindung an einen bestandskräftigen Entscheid der niederländischen (NMa) oder anderer nationaler Wettbewerbsbehörden.⁴⁶⁴ Sie werden jedoch in der Beweiswürdigung regelmässig als sehr gewichtig angesehen. Dem Beklagten ist es jedoch unbenommen, die Feststellungen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens zu widerlegen.

6. Vereinigtes Königreich

Die ordentlichen Zivilgerichte sind im Vereinigten Königreich an bestandskräftige Entscheidungen des Office of Fair Trading **gebunden**, in denen eine Verletzung nationalen Kartellrechts (Chapter I, Chapter II prohibitions) bzw. eine Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Art. 81 Abs. 1, Art. 82 EG) festgestellt wurde.⁴⁶⁵ Gleiches gilt für ein rechtskräftiges Berufungsurteil des Competition Appeal Tribunal (CAT) über eine Entscheidung des OFT, vgl. dazu Section 58 A Subsection (2) Competition Act 1998 (CA).

7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

Nationalen Gerichten ist es nach geltendem Recht nicht gestattet eine Entscheidung über denselben Sachverhalt zu treffen, der sich in Widerspruch zu einer bereits ergangenen Entscheidung der Kommission setzt, vgl. Art. 16 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Vgl. dazu Ashurst (prepared by *D. Waelbrock/D. Slater/G. Even-Shosan*), Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules (2004), National Report France, 17, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, zuletzt besucht am 28. Juli 2008.

⁴⁶⁴ Vgl. insgesamt zur Rechtslage in den Niederlanden: Ashurst (prepared by *D. Waelbrock/D. Slater/G. Even-Shosan*), Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules (2004), National Report Netherlands, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, zuletzt besucht am 28. Juli 2008; *Eric Pijnacker Hordijk/Simone Evans* in Samantha Mobley (contr. Editor), Private Antitrust Litigation 2008, Netherlands, 97 ff.

⁴⁶⁵ Die in der Studie dargestellte Rechtslage bezieht sich vornehmlich auf die Situation in England u. Wales; vgl. insgesamt zur Rechtslage im Vereinigten Königreich Ashurst Studie, National Report U.K.; *Samantha Mobley/ Francesca Richmond* in Samantha Mobley (contr. Editor), Private Antitrust Litigation 2008, England & Wales, 34 ff.

⁴⁶⁶ Die Regelung kodifiziert die grundlegende Entscheidung des EuGH im Urteil Masterfoods vom 14.12.2000, C-344/98, Slg. 2000, I-11369. Weiterführend dazu *Günther Hirsch* in Carl Baudenbacher, Current Developments in European and International Competition Law - 14th St. Gallen ICF 2007, „Die Rolle der nationalen Richter im Kartellrecht aus der Sicht eines nationalen Richters“, 279 ff; *Sir Francis G.*

Die Kommission schlägt jetzt weiter vor, bestandskräftige Entscheidungen der dem European Competition Network (ECN) angehörenden nationalen Wettbewerbsbehörden zu Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag und rechtskräftige Urteile einer gerichtlichen Rechtsmittelinstanz als **unwiderleglichen Beweis** für den festgestellten Verstoss heranzuziehen. Sie begründet den Vorschlag damit, dass so eine einheitliche Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die einzelstaatlichen Instanzen sichergestellt werde und ein höheres Mass an Rechtssicherheit erlangt werden könne.⁴⁶⁷

II. Kollektiver Rechtsschutz

1. USA

Im amerikanischen Antitrustrecht spielen **class-actions**, v.a. bei Preiskartellen, eine grosse Rolle. Bei einer „class action“ klagen ein oder mehrere Repräsentanten stellvertretend für einen ganzen Personenkreis, der z.B. von dem gleichen oder einem sehr ähnlichen Sachverhalt betroffen ist und somit eine „Klasse“ bildet. Class actions sind bei privaten Streitigkeiten vor den Bundesgerichten als auch vor den meisten State Courts zulässig. Für Streitigkeiten auf bundesrechtlicher Ebene hat ein Kläger die „class-certification requirements“ zu genügen. Auf Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden (vgl. dazu Federal Rule of Civil Procedure 23). Potentielle Kläger, welche die Kriterien einer anerkannten Klasse erfüllen, haben die Möglichkeit zum **opting out**. Darauf muss die Benachrichtigung potentieller Angehöriger einer Klasse mit Fristsetzung hinweisen, vgl. Civ. P. 23(c) (2).

2. Schweiz

Im KG sucht man vergeblich nach Regelungen des kollektiven Rechtsschutzes im zivilrechtlichen Verfahren. Eine Verbandsklagebefugnis für Wirtschafts- und Branchenverbände wurde entgegen ursprünglicher Bestrebungen bei der Novellierung des KG im Jahr 1995 **nicht in das Gesetz aufgenommen**.⁴⁶⁸ Es ist deshalb unklar, ob Wirtschafts- und Branchenverbänden ein selbständiges, von der Klagelegitimation der Verbandsmitglieder unabhängiges Verbandsklagerecht zusteht.⁴⁶⁹

Eine geplante Ausweitung der Aktivlegitimation und damit auch der Klagebefugnis auf Verbraucherverbände hat der Gesetzgeber im Rahmen desselben Gesetzgebungsprozesses verworfen. Eine Aktivlegitimation für Ansprüche nach Art. 12 f.

Jacobs, The Role of national judges in competition law- a European perspective, in: Carl Baudenbacher, Current Developments in European and International Competition Law - 14th St.Gallen ICF 2007, 291 ff.

⁴⁶⁷ Vgl. dazu Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 6 f.

⁴⁶⁸ Vgl. Art. 7 KG-Vorentwurf vom 3.09.1993.

⁴⁶⁹ Vgl. *Jürg Borer*, Zivil- und strafrechtliches Vorgehen, in Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, § 13, N. 13.22, m. w. N.

KG wird für Verbraucherverbände wie für Verbraucher abgelehnt.⁴⁷⁰ Letztere können allenfalls Wiedergutmachungsansprüche nach allgemeinem Zivilrecht, z.B. aus unerlaubter Handlung oder der Verletzung des Persönlichkeitsrechts, geltend machen, vgl. Art. 41 ff. OR bzw. Art. 28 ZGB.

Andere Formen des kollektiven Rechtsschutzes stehen ebenfalls nicht zur Verfügung. Gruppenklagen i.S.v. class-actions nach US-amerikanischem Vorbild sind in der Schweiz nicht zulässig. Ihre Einführung wurde zuletzt im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozesses diskutiert, aber eindeutig abgelehnt.⁴⁷¹

3. Deutschland

Das deutsche Kartellrecht, namentlich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), sieht die Möglichkeit einer **Verbandsklage** in Art. 33 Abs. 2 GWB vor. Anspruchsberechtigt sind rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen. Die Verbandsklage ist auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche begrenzt, und ihre praktische Bedeutung ist gering.⁴⁷² Im Rahmen der 7. Novelle des GWB war ursprünglich geplant, das Klagerecht auf Verbraucherverbände auszuweiten. Die entsprechende Vorschrift wurde im Vermittlungsausschuss jedoch ersatzlos gestrichen.⁴⁷³

Ein ergänzendes Element bildet die subsidiäre Möglichkeit der **Vorteilsabschöpfung** durch Verbände, vgl. § 34 a Abs. 1 GWB. Die in § 33 Abs. 2 GWB genannten Wirtschaftsverbände können unter engen Voraussetzungen auf Herausgabe des wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt, vertreten durch das Bundeskartellamt, klagen, vgl. § 34 a Abs. 4 GWB. Vorrangig sind jedoch die verwaltungsrechtliche und bussgeldrechtliche Vorteilsabschöpfung sowie die gegebenenfalls an ihre Stelle tretende strafrechtliche Anordnung des Verfalls des Vorteils, vgl. Vorteilsabschöpfung nach den §§ 34 Abs 1 und 81 Abs. 5 GWB in Verb. mit § 17 Abs. 4 OWiG bzw. § 29 a OWiG und den §§ 73 und 73 a StGB. Im Regierungsentwurf zur 7. GWB Novelle war auch für die Vorteilsabschöpfung ein Klagerecht für Verbraucherverbände vorgesehen.⁴⁷⁴ Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde es jedoch ersatzlos gestrichen. Damit wurde der Regelung des § 34 a GWB schon vor Inkraftsetzung viel von ihrer möglichen praktischen Bedeutung genommen.

⁴⁷⁰ Vgl. Botschaft KG 1995, 533; *Pierre Tercier* in Roland von Büren/Lucas David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, 334 f.; *Jürg Borer*, Zivil- und strafrechtliches Vorgehen, in Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, § 13, N 13.20; a.A. Stämpfli Handkommentar zum KG, Art. 12, N 12 f. m. Verw. auf *Philippe Spitz*, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes, 119 f.

⁴⁷¹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 7224, 7289.

⁴⁷² Weiterführend *Christian Göertz*, Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Berlin 2007, 114 f.

⁴⁷³ BT-Drucks 15(2005)/5735, 3 (Nr. 8 lit. b, bb).

⁴⁷⁴ S. § 33 Abs. 2 in der Fassung des RegE, BT-Drucks 15/3640, 11.

Class-actions nach US-amerikanischem Vorbild sind nach deutschem Recht nicht zulässig. Eine Implementierung in das deutsche Recht wäre auch nur unter Überwindung hoher rechtlicher und tatsächlicher Hürden möglich. So steht z.B. die Rechtskrafterstreckung auf alle Angehörigen einer identifizierten Klasse ("class") mit der im deutschen Zivilprozessrecht geltenden Dispositionsmaxime im Widerspruch.⁴⁷⁵

4. Frankreich

In Frankreich können gesetzlich anerkannte Verbände⁴⁷⁶ unter gewissen Voraussetzungen sowohl selbständig als auch im Interesse und in Vertretung ihrer einzelnen Mitglieder ein zivilrechtliches Verfahren anstrengen, vgl. Art. L. 422-1 f. Code de la Consommation (CdC). Die zweite Variante bedarf jedoch zwingend einer Mandatierung. Es ist z.B. nicht gestattet, zur Erlangung eines solchen Mandats Anzeigen in der Presse zu schalten. Aufgrund dieser und weiterer strikter Voraussetzungen ist der praktische Anwendungsbereich der Verbandsklage limitiert.

Auf Initiative der Regierung wird erneut an der Einführung einer Gruppenklage gearbeitet, die sich allerdings von der US-amerikanischen class-action durch eine strengere Handhabung unterscheiden soll. Dieser Vorgang erfährt reges Interesse in der Öffentlichkeit und wird lebhaft diskutiert. Die teilweise verhärteten Fronten haben bereits zum Scheitern zweier Gesetzesentwürfe geführt. Der Ausgang des aktuellen Vorhabens ist ebenfalls ungewiss.⁴⁷⁷

5. Niederlande

Im niederländischen Recht sind Verbandsklagen („representative actions“) für alle Anspruchsformen mit Ausnahme von Ersatzansprüchen zulässig, vgl. Art. 3:305a f. der Niederländischen Zivilprozessordnung („Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering“). Es ist jedoch gängige Praxis, Ersatzansprüche über einen **gemeinsamen Vertreter** gesammelt geltend zu machen.

Als Ergänzung wurde 2005 das Gesetz zur kollektiven Abwicklung von Massenschäden („Wet collectieve afwikkeling massaschade“) in Kraft gesetzt. Es enthält ein neues Verfahren zur effizienteren Schadensabwicklung unter Einbeziehung der Verbände. Dieses verlangt zunächst die Durchführung aussergerichtlicher Verhandlungen. Wird eine Einigung erreicht, sieht das Gesetz eine **Verbindlichkeitserklärung des Vergleichs oder Vertrags** durch den Gerichtshof Amsterdam vor. Ist sie erfolgt, hat

⁴⁷⁵ Vgl. dazu Bundeskartellamt (Hrsg.), Private Kartellrechtsdurchsetzung; Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005, 30, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf, zuletzt besucht am 28. Juli 2008.

⁴⁷⁶ Kriterien für die gesetzliche Anerkennung sind u.a. eine Mitgliederzahl von über 10.000 bei national tätigen Organisationen und die öffentliche Arbeit im Interesse der Verbraucher.

⁴⁷⁷ Vgl. dazu *Mélanie Thill-Tayara/Marta Giner Asins* in Samantha Mobley (contr. Editor), Private Antitrust Litigation 2008, 53 f.

der Vertrag für die Geschädigten die Wirkung eines Feststellungsvertrages. Vorher haben die Geschädigten jedoch die Möglichkeit zum „opting out“, d.h. sie können sich durch Abgabe einer Austrittserklärung der ansonsten bestehenden Bindungswirkung entziehen. Die Abwicklung des Vertrages und die Ausbezahlung der Schadenersatzbeträge an die einzelnen anspruchsberechtigten Geschädigten erfolgt anhand der im Vertrag festgelegten Schadenskategorien („damage classes“).⁴⁷⁸

Eigentliche „class-actions“ im US-amerikanischen Stil sind im niederländischen Recht jedoch nicht vorgesehen.

6. Vereinigtes Königreich

Im Vereinigten Königreich sind Gruppenklagen vor den Zivilgerichten als „group actions“ bzw. „multi-party claims“ zulässig. Die Rechtsgrundlage bilden die Civil Procedure Rules (SI 2000 No. 21).

Eine Form des kollektiven Rechtsschutzes im Vereinigten Königreich bildet die **Stellvertreterklage** „representative action“ wegen desselben Interesses („same interest“). Voraussetzung der Vertreterklage ist, dass zahlreiche Personen dasselbe Interesse an dem Verfahren haben. Ist das gegeben, kann eine solche Klage von einer oder mehreren Personen erhoben werden, welche die anderen am Ausgang Interessierten repräsentieren. Eine andere Möglichkeit ist es, dass das mit der Sache befasste Gericht im Laufe des Verfahrens einen oder mehrere Repräsentanten der Gruppe bestimmt, vgl. Rule 19.6 (1) Civil Procedure Rules (CPR). Wichtig ist dabei, dass die Repräsentanten nicht bevollmächtigt sein müssen, sondern auch aus eigenem Entschluss handeln können. Diese Form des kollektiven Rechtsschutzes hat allerdings nur eine geringe praktische Bedeutung, da hohe Anforderungen an die Erfüllung des „same interest“-Tests gestellt werden.

Im Jahr 2000 wurden die CPR um Group-litigation orders (GLO) ergänzt. Unter einer GLO ist der Beschluss eines englischen oder walisischen Gerichts zu verstehen, mehrere (erwartete) Verfahren wegen gemeinsamer oder miteinander in Beziehung stehender Tatsachen- oder Rechtsfragen gemeinsam zu verwalten. Es wird dann ein sog. **management court** bestimmt, der ein entsprechendes Verzeichnis aller verwalteten Klagen führt. Wird eine Klage erhoben, welche Fragen der GLO zum Inhalt hat, so kann diese an den management court überwiesen werden. Erwähnenswert ist dabei der grosse Handlungsspielraum, den dieser bei der Verwaltung der Klagen hat und der sich z.B. in der Möglichkeit äussert, einzelne Klagen als Musterverfahren weiter zu

⁴⁷⁸ Dazu ausführlich *Ewoud Hondius/Andreas Mom*, Die Durchsetzung von Verbraucherrechten in den Niederlanden; http://www.bmelv.de/cln_044/nn_1097004/SharedDocs/downloads/02-Verbraucherschutz/Markt/Verbraucherrechtstage/24-Hondius-Mom,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/24-Hondius-Mom.pdf, zuletzt besucht am 28. Juli 2008.

verhandeln.⁴⁷⁹ Eine solche group litigation bündelt die in Frage stehenden Ansprüche allerdings nur in einem Zwischenabschnitt des Verfahrens. Die abschliessende Entscheidung bleibt dem jeweiligen Individualverfahren vorbehalten. Diese Konzeption hat zur Folge, dass das Verfahren nur bedingt geeignet ist, Bagatell- und Streuschäden justitiabel zu machen.

Eine andere Form der class action existiert in Verfahren vor dem Competition Appeal Tribunal (CAT), vgl. Art. 47B Competition Act (CA). Designierte Verbraucherverbände können mit Zustimmung von mindestens zwei Verbrauchern, die dieselbe Verletzung erlitten haben, Klage vor dem CAT erheben.

7. Schweden

Schweden hat 2003 als erstes Civil-Law-Land eine **Gruppenklage** eingeführt, die sich deutlich an der US-amerikanischen „class-action“ anlehnt, vgl. das Gesetz über Gruppenklagen (Lag om grupprättegång, nachfolgend Log).⁴⁸⁰ Im Wesentlichen gibt es drei verschiedene Formen. Der US-amerikanischen class-action am nächsten ist die private Gruppenklage, die von natürlichen oder juristischen Personen erhoben werden kann, vgl. Art. 4 Log. Als zweite Möglichkeit steht eine Gruppenklage für Verbände, als dritte Option eine öffentliche Gruppenklage durch speziell ermächtigte Behörden zur Verfügung, vgl. Art. 5 Log bzw. Art. 6 Log. Nur der Gruppenkläger ist Partei des Prozesses, die Entscheidung entfaltet aber Rechtswirkungen auch für die Gruppenmitglieder, die nicht förmlich Prozesspartei sind. Anders als bei dem US-amerikanischen Modell wurde jedoch die **opting-in** anstatt der opting-out Lösung gewählt. Der Grund liegt darin, dass, entsprechend dem europäischen Grundverständnis, die Entscheidungshoheit bei den Geschädigten selbst liegen sollte.

8. Entwicklungen auf europäischer Ebene

Die Europäische Kommission schlägt in ihrem Weissbuch über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Weissbuch) zwei sich ergänzende Formen kollektiven Rechtsschutzes vor, die eine Bündelung individueller Schadenersatzforderungen der Opfer von Wettbewerbsverstössen ermöglichen sollen.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Weiterführend dazu z.B. Access to Justice, Final Report by The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls, July 1996; Chapter 17; <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>, zuletzt besucht am 28. Juli 2008.

⁴⁸⁰ Vgl. dazu *Sven Norberg*, Making Private Enforcement Work, in Carl Baudenbacher, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 13. St.Galler Internationales Kartellrechtsforum 2006, 287 ,292 f.; auch *Marianne Åbyhammar*, Group Proceedings and competition damages, Powerpoint presentation at the ERA Conference on Private Enforcement in EC Competition Law Brussels, 9 March 2006, http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_2401_file_en.3242.pdf, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

⁴⁸¹ Vgl. dazu Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 4 f; weiterführend Commission Staff Working Paper accompanying the

Die erste Form ist eine **Verbandsklage**. Sie soll von qualifizierten Einrichtungen (z.B. Verbraucherverbänden, staatlichen Institutionen oder berufsständischen Organisationen) für eine Gruppe bezeichneter oder, in eher begrenzten Fällen, identifizierbarer Einzelpersonen erhoben werden können. Die qualifizierten Einrichtungen sollen von einem Mitgliedstaat entweder vorab offiziell benannt oder ad hoc für einen bestimmten Wettbewerbsverstoss ermächtigt werden, im Namen einiger oder aller ihrer Mitglieder Verbandsklage einzureichen. Als Ergänzung sollen **opting-in Gruppenklagen** dienen, zu denen sich einzelne Opfer ausdrücklich zusammenschließen können, um ihre jeweiligen Schadenersatzansprüche in einer einzigen Klage zusammenzufassen.

III. Beweisrechtliche Aspekte

1. USA

Die Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen unterliegt in den USA grundsätzlich den allgemeinen zivilprozessualen Regelungen, vgl. z.B. für die Zulässigkeit von Beweismitteln die Federal Rules of Evidence. Die Beweislast liegt damit grundsätzlich beim Anspruchssteller.

Bezüglich des Beweismasses ist der Schaden mit einem „reasonable degree of certainty“ zu beweisen.⁴⁸² Die Schadenshöhe kann danach von der Jury geschätzt werden, solange die Schätzung nicht auf Spekulationen oder Vermutungen beruht.

Vor der eigentlichen Verhandlung findet in dem zweigeteilten Verfahren das sog. „pre-trial“ statt. Teil des pre-trial ist die pre-trial discovery. Die pre-trial discovery dient der Sachverhaltsaufklärung durch die Parteien und findet daher unter nahezu alleiniger Verantwortung der Parteien und ihrer anwaltlichen Vertreter statt. Aufklärungsverlangen im Rahmen der pre-trial discovery können insbesondere auch an unbeteiligte Dritte gerichtet werden. Für das gesamte Verfahren ist entscheidend, dass die Beteiligten Mitwirkungspflichten unterliegen, bei deren Nichtbefolgung entsprechende Sanktionen drohen. Die Möglichkeiten und der Umfang der discovery im amerikanischen Recht sind umfangreich. Sie umfassen document requests, written interrogatories und pre-trial oral deposition of witnesses. Die pre-trial discovery kann daher auch mit einem sehr hohen Kosten- und Zeitaufwand verbunden sein.⁴⁸³

White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 13 ff.; rechtsvergleichend dazu *Clifford A. Jones*, Private Antitrust in the Global Market, An Essay on „Swimming without getting wet“, in: Mario Monti/Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein/Bo Vesterdorf/Jay Westbrook/Luzius Wildhaber, Economic Law and Justice in Times of Globalization, FS Carl Baudenbacher, 2007, 443, 452 f..

⁴⁸² Vgl. z.B. *Mostly Media Inc. vs. US West Communications*, 186 F3d 864, 865 (8th Cir. 1999).

⁴⁸³ Vgl. zur pre-trial discovery z.B. *Sachiko Nagata*, Beweisbeibringung, Beweislast und Mitwirkung der Parteien im Zivilprozess. Der deutsche Zivilprozess zwischen adversarialem und inquisitorischem Verfahren, http://www.pkf.hu-berlin.de/index.php?action=view_article&id=68&cat_request=4&sub_cat_request=&menu_select=true&sub_cat_select=true, zuletzt besucht am 25. Juli 2008.

Die *Microsoft*-Entscheidung der Europäischen Kommission fusst in wesentlichen Punkten auf Beweismitteln, welche Konkurrenten von *Microsoft* in den USA im Rahmen einer pre-trial discovery beschafft haben. So wurde beispielsweise die Feststellung des EuG, dass das Betriebssystem Windows und der Windows Media Player zwei voneinander unabhängige Produkte sind, massgeblich auf den E-Mail Verkehr zwischen einer *Microsoft*-Führungskraft und Bill Gates aus dem Jahr 1999 gestützt. Dieses E-mail erlangte der Konkurrent *Real Networks* im Rahmen einer pre-trial discovery.⁴⁸⁴

2. Schweiz

Die zulässigen Beweismittel werden durch die Zivilprozessordnungen der jeweiligen Kantone – perspektivisch durch die schweizerische ZPO – festgelegt. Es besteht ein numerus clausus bezüglich der zulässigen Beweismittel. Regelmässig sind das Parteibefragung, Zeugnis, Augenschein, Gutachten und Urkunden.

Im kartellzivilrechtlichen Verfahren gilt mangels anderweitiger Bestimmung die allgemeine Beweislastregelung, vgl. Art. 8 ZGB. Das Vorliegen einer behaupteten Tatsache ist von der Partei zu beweisen, die Rechte aus ihr ableitet.⁴⁸⁵

Übertragen auf Art. 12 KG hat der Anspruchssteller grundsätzlich alle Umstände für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen sowie seine Behinderung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs. Das umfasst auch den Nachweis, dass der Wettbewerb auf dem relevanten Markt beeinträchtigt oder beseitigt wird. Hinzu kommen die spezifischen Voraussetzungen des jeweiligen Anspruchs (Schadenersatz, Beseitigung oder Unterlassung, etc.).

Eine Beweiserleichterung findet sich z.B. in der **Vermutungsregelung** für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs für Horizontal- und Vertikalabreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG. Diese führt zu einer Umkehr der Beweislast. Es ist also an der beklagten Partei, nachzuweisen, dass trotz der Abrede Wettbewerb herrscht.⁴⁸⁶

Der **Nachweis eines Schadens** ist in der Praxis schwer zu führen, da dem Anspruchssteller nur selten die dafür relevanten Parameter (Umsatz, Marktanteile, Margen, etc.) in ausreichender Form bekannt sind. Eine gewisse Erleichterung bietet die Möglichkeit der richterlichen Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR, die jedoch

⁴⁸⁴ Vgl. dazu EuG, Rs. T-201/04 *Microsoft Corporation ././ Kommission*, (noch nicht in Slg.), Rz. 911, 937; vgl. Carl Baudenbacher, *The CFI's Microsoft judgment – Three seconds that changed the IT world*, ELR 2007, 342 ff.

⁴⁸⁵ Vgl. dazu mit Hinweisen auf gewisse Durchbrechungen *Christian Göertz*, *Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Berlin 2007, 242.

⁴⁸⁶ Weiterführend dazu *Jürg Borer*, *Zivil- und strafrechtliches Vorgehen*, in Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch, *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, § 13, Rz. 13.25 ff.

ihrerseits gewisse Nachweise erfordert.⁴⁸⁷ Gleiches gilt für die Möglichkeit der Erhebung einer Stufenklage.

Unter Umständen kann auch das Akteneinsichtsrecht eines teilnahmeberechtigten Dritten mit Parteistellung im verwaltungsrechtlichen Verfahren zu einer Erleichterung der Beweisführung beitragen, vgl. Art. 43 Abs. 1 KG.⁴⁸⁸

Dieselbe Beweislastverteilung gilt im vorläufigen Rechtsschutz, jedoch ist bezüglich des Beweismasses die Glaubhaftmachung ausreichend.

Eine **pre-trial discovery** nach US-amerikanischem Vorbild ist nach schweizerischem Recht **nicht** möglich. Bezüglich des Zugangs zu Beweismitteln gelten die allgemeinen zivilprozessualen Regeln.

3. Deutschland

Die Beweislast für den kartellrechtlichen Verstoss und den Schadenersatzanspruch, der sich nach allgemeinen deliktsrechtlichen Grundsätzen richtet, liegt grundsätzlich beim Kläger. Für gewisse Fälle sieht das GWB eine Beweiserleichterung bzw. Beweislastumkehr vor.⁴⁸⁹

Bezüglich des Beweismasses ist es gemäss allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen erforderlich, dass das Gericht die Behauptung nach seiner richterlichen Überzeugung für wahr erachtet. Im Rahmen des Schadensnachweises kommt dem Geschädigten die Schadensschätzung nach § 287 ZPO zugute. Dabei kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoss erlangt hat, berücksichtigt werden, vgl. § 33 Abs. 3 GWB. Das soll v.a. in den Fällen Erleichterungen bieten, in welchen der hypothetische Marktpreis als Grundlage der Schadensberechnung nach der Differenzmethode nur schwer ermittelbar ist.⁴⁹⁰ Diese **Beweismasserleichterung** befreit den Kläger jedoch nicht von seiner Darlegungslast. Er hat zumindest die für eine Schätzung erforderlichen Grundlagen beizubringen. Hinzu kommt die Möglichkeit der Schätzung für Fälle entgangenen Gewinns, vgl. § 252 BGB.

Eine Pre-trial discovery nach US-amerikanischem Vorbild ist im deutschen Recht nicht vorgesehen. Es besteht allerdings bei Folgeklagen die Möglichkeit, **Akteneinsicht bei den Kartellbehörden** zu nehmen, vgl. § 406e StPO. Ausserdem kann das Gericht die Vorlage bestimmter Dokumente durch die gegnerische Partei oder Dritte anordnen, vgl. § 142 ZPO. § 142 ZPO regelt ein Anordnungsrecht des Gerichts. Ein Antragsrecht der

⁴⁸⁷ BGE 122 III 219 E. 3a; RPW 2003/2, 475 [Bestattungsinstitut].

⁴⁸⁸ Vgl. dazu *Patrick Krauskopf/Olivier Schaller/Simon Bangerter*, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, § 12 Rz. 12.54 ff.

⁴⁸⁹ *Eckard Rehbinder* in Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampf, Kartellrecht, Bd. 2, § 33 N. 62 ff.

⁴⁹⁰ *Marc Schütt*, Individualrechtsschutz nach der GWB-Novelle. WuW 2004, 1124 ff., 1125.

Parteien ist nicht vorgesehen. Diese können allenfalls die Urkundenvorlegung anregen. Überdies kann u.U. die Vorlage von Urkunden nach allgemeinen zivilprozessualen Regeln verlangt werden, vgl. § 421 ZPO ff.

Hinzuweisen ist ausserdem auf den gewohnheitsrechtlich anerkannten **Auskunftsanspruch**. Dieser soll dazu dienen, dem Anspruchsteller die Auskünfte zu geben, die er zur Geltendmachung seines Anspruchs schuldlos nicht beschaffen kann.⁴⁹¹

4. Frankreich

Die Beweislast liegt generell beim Anspruchsteller. Ist der Nachweis nicht ausreichend, so kann das zuständige Gericht unter gewissen Voraussetzungen den Umstand als wahr unterstellen, womit es zu einer Beweislastumkehr kommt, vgl. Art. 1352 Code Civile. Auch die Nichtvorlage eines Dokuments kann unter gewissen Umständen eine Beweislastumkehr zur Folge haben.

Eine gewisse Erleichterung für die Erlangung der erforderlichen Beweismittel stellt die Regelung in Art. 11 der französischen Zivilprozessordnung („Nouveau Code de Procédure Civile“) dar. Danach kann eine Partei bei Gericht unter gewissen Voraussetzungen beantragen, dass der gegnerischen Partei oder Dritten die **Herausgabe von Dokumenten** auferlegt wird. Darüber hinaus kann das Gericht auf Antrag oder *sua sponte* relativ weitreichende Beweiserhebungen durchführen, vgl. Art. 143 f. der französischen Zivilprozessordnung.

Das erforderliche Beweismass ist in der französischen Zivilprozessordnung nicht ausdrücklich definiert. Entsprechend ist der Spielraum des Richters bei der Beurteilung der Frage, ob die Beweiskraft eines Beweismittels zur Überzeugung des Gerichts („*emporter la conviction du juge*“) ausreicht, relativ gross. Diese Entscheidung wird zudem einzelfallbezogen getroffen.⁴⁹²

Eine **Pre-trial discovery** nach US-amerikanischem Vorbild kennt das französische Prozessrecht **nicht**. Die einzige Möglichkeit, vor Beginn des Verfahrens Beweismittel zu erlangen, findet sich in Art. 145 der Zivilprozessordnung. Danach kann eine Partei unter gewissen Umständen die Feststellung einer Tatsache bzw. die Sicherstellung eines bestimmten Beweismittels verlangen, wenn davon der Ausgang des nachfolgenden Verfahrens abhängt. Ein solches Verfahren ist mit dem sog. selbständigen Beweisverfahren auch in Deutschland bekannt (siehe §§ 485 ff. ZPO).

⁴⁹¹ Ausführlich dazu z.B. *Christian Göertz*, Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Berlin 2007, 113 ff.

⁴⁹² Vgl. dazu Ashurst (prepared by *D. Waelbrock/D. Slater/G. Even-Shosan*), Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules (2004), National Report France, 11 ff, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

5. Niederlande

Es gibt in den Niederlanden keinen *numerus clausus* der zulässigen Beweismittel, vgl. Art. 152-1 der niederländischen Zivilprozessordnung. Regelmässig als Beweismittel angeführt werden Zeugenaussagen, Gutachten und Urkunden. Auch unrechtmässig erlangte Beweise sind theoretisch zulässig.⁴⁹³

Die Beweislast liegt nach Art. 150 der niederländischen Zivilprozessordnung beim Anspruchssteller.

Eine Regelung über das Beweismass findet sich in Art. 149-1 der niederländischen Zivilprozessordnung. Danach sind die Kenntnisse über Tatsachen oder Rechte, die das Gericht während des Verfahrens erlangt, für die Entscheidung des Gerichts grundsätzlich verbindlich, wenn sie nicht substantiiert bestritten wurden.

Eine Discovery bzw. **Pre-trial discovery** nach US-amerikanischem Rechtsverständnis existiert im niederländischen Recht **nicht**.

Das Gericht kann allerdings Einsicht in die Geschäftsbücher und die Vorlage relevanter Unterlagen verlangen. Eine Vorlagepflicht der Parteien besteht nicht. Wenn weitere Anhaltspunkte für einen Missbrauch vorliegen, kann das Gericht die Nichtvorlage im Rahmen seiner Entscheidung entsprechend würdigen. Ausserdem kann es unter gewissen Voraussetzungen eine Vorlage von Dokumenten Dritter verlangen, vgl. Art. 843a der niederländischen Zivilprozessordnung. Unterlagen nationaler Wettbewerbsbehörden oder der Europäischen Kommission können als Beweis herangezogen werden. Niederländische Gerichte können Beweise, die sie ihrer Entscheidungsfindung zugrunde legen, nur heranziehen, wenn sie diese den Parteien offen legen. Ein Schutz von Geschäftsgeheimnissen besteht nach der niederländischen Zivilprozessordnung deshalb nicht.

Auf Verlangen einer Partei können „pre-trial hearings“ der Gegenpartei oder von Zeugen angeordnet werden. Ziel ist es v.a. zu klären, ob genügend Beweismittel für die Erhebung einer Klage vorhanden sind. Zu diesem Zweck hat der Antragssteller dem Gericht die Rechtsnatur und Höhe des Anspruchs, die Tatsachen, die er beweisen möchte, die Identität der Zeugen und die Identität der potentiellen Beklagten darzulegen. Eine Pflicht zur Klageerhebung nach Durchführung des Verfahrens besteht nicht.

⁴⁹³ Hoge Raad 16.10.1987, NJ 1988, 850 – *Driessen Assurantien/Van Gelder*.

6. Vereinigtes Königreich

Für die Verletzung, die Kausalität und den Schaden liegt die Beweislast beim Anspruchssteller. Das von den Gerichten geforderte Beweismass für Ersatzansprüche wegen kartellrechtlicher Verstösse liegt unter den Anforderungen, die in strafrechtlichen Verfahren gestellt werden. Es überschreitet aber den bei Schadenersatzklagen nach allgemeinem Zivilrecht von den Gerichten geforderten Überzeugungsgrad.⁴⁹⁴

Neben der im Verfahren vor den Zivilgerichten stattfindenden „standard disclosure“ kann eine „pre-action disclosure“ gegen einen potentiellen Beklagten unter gewissen Voraussetzungen, z.B. zur Kostenminimierung oder als Beitrag zur Streitbeilegung, angeordnet werden. Eine **Ausforschung** tolerieren die Gerichte jedoch **nicht**.⁴⁹⁵ Ausnahmsweise kann eine „pre-action disclosure“ auch gegen Dritte angeordnet werden.⁴⁹⁶

7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene ist zunächst auf die Beweislastregelung des Art. 2 VO 1/2003 zu verweisen. Grob gesagt trägt danach derjenige die Beweislast, der sich auf eine Zuwiderhandlung nach Art. 81 Abs. 1 oder Art. 82 beruft.⁴⁹⁷

Im Weissbuch finden sich klare Äusserungen und Vorschläge der Europäischen Kommission zu den hier behandelten beweisrechtlichen Aspekten.⁴⁹⁸ So fordert die

⁴⁹⁴ Nähere Ausführungen finden sich in Ashurst (prepared by *D. Waelbrock, D. Slater/G. Even-Shosan*), Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules (2004), National Report U.K., 12, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, zuletzt besucht am 28. Juli 2008; vgl. auch *John Temple Lang*, Practical Experience of National Common Law Courts in Competition Cases, in Carl Baudenbacher, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 11. St.Galler IKF 2004, 137, 153.

⁴⁹⁵ Ashurst (prepared by *D. Waelbrock/D. Slater/G. Even-Shosan*), Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules (2004), National Report U.K., 17, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

⁴⁹⁶ Court of Appeal, *Total E&P Soudan SA v Edmonds* [2007].

⁴⁹⁷ Weiterführend dazu der Online-Beitrag auf der Grundlage der Dissertation von *Dirk Wiemer*, Keine Klagen? Private Enforcement im Kartellverfahren, Diss Wien 2007; <http://209.85.135.104/search?q=cache:PeiF-qSaEsgJ:www.jusline.ch/index.php%3Fcpid%3Df92f99b766343e040d46fcd6b03d3ee8%26lawid%3D36%26paid%3D2%26PHPSESSID%3De24bd0614d7f8c5a7da00ada8a76ebae+harmonisierung+beweislast+art.+2+vo+1/2003&hl=de&ct=clnk&cd=1&gl=ch>, zuletzt besucht am 22. Juli 2008.

⁴⁹⁸ Vgl. zu den Vorschlägen der Kommission im Rechtsvergleich mit den USA (auf der Basis des Grünbuchs) *Clifford A. Jones*, Private Antitrust in the Global Market, An Essay on "Swimming without getting wet", in: Mario Monti/Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein/Bo Vesterdorf/Jay Westbrook/Luzius Wildhaber, Economic Law and Justice in Times of Globalization, FS Baudenbacher, 2007, 443, 450; auch *Sven Norberg* Making Private Enforcement Work, in Baudenbacher, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 13. St. Galler IKF 2006, 287, 293.

Kommission, der **strukturellen Informationsasymmetrie** zwischen Kläger, Beklagten und Dritten entgegenzuwirken und den Zugang zu einschlägigem Beweismaterial zu verbessern.⁴⁹⁹ Andererseits seien jedoch negative Auswirkungen von übermässig weiten und belastenden Offenlegungspflichten zu vermeiden. Die Kommission schlägt daher vor, dass für Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts ein EU-weites Mindestniveau der Offenlegung von Beweismitteln zwischen den Streitparteien festgelegt wird. Der Zugang zu Beweismitteln solle auf der Grundlage eines Tatsachenvortrags („fact pleading“) und unter strenger gerichtlicher Prüfung der Plausibilität des Vortrags und der Verhältnismässigkeit des Offenlegungsbegehrens gewährt werden.⁵⁰⁰

IV. Passing-on defense

1. USA

Die Passing-on defense ist in den USA unzulässig. Die **offensive Geltendmachung** wurde vom U.S. Supreme Court in der Entscheidung *Illinois Brick Co. v. Illinois*⁵⁰¹ erstmals abgelehnt. Entscheidend für das Höchstgericht war, dass die Kartellmitglieder ansonsten kumulierten Schadenersatzansprüchen der direkten Abnehmer („direct purchaser“) und indirekten Abnehmer („indirect purchaser“) ausgesetzt sein könnten. Das Klagerecht solle auf den direkten Abnehmer beschränkt sein, da dieser zur Durchsetzung der Ansprüche geeigneter sei.

Die **defensive Verwendung** der Passing-on defense wurde in der Sache *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*⁵⁰² vom U.S. Supreme Court ebenfalls für unzulässig erklärt. Eine Berücksichtigung des Einwandes würde die Rechtsdurchsetzung erheblich verkomplizieren. Das Ausmass der Weiterwälzung des Schadens durch den Kläger sei im Einzelfall kaum festzustellen. Grund sei die regelmässige Abhängigkeit der Preisgestaltung von unterschiedlichen Faktoren. Die Erhöhung des Preises könne z.B. auch durch die Realisierung von Preisspielräumen im Wettbewerb begründet sein. Schliesslich könne die Zulassung der Passing-on defense die Effektivität der privaten Kartellrechtsdurchsetzung nachhaltig verringern, da bei einer Weiterwälzung des Schadens bis hin zum Endverbraucher eine Klageerhebung aufgrund des geringen Schadens ausbleiben könne und der Schädiger dann zu Unrecht bereichert bliebe.

⁴⁹⁹ Sonstige beweisrechtliche Aspekte, z.B. der VO 1/2003, werden im Hinblick auf den Fokus der vorliegenden Studie nicht behandelt.

⁵⁰⁰ Weiterführend dazu Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 6 f.; Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 23 ff.

⁵⁰¹ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed. 2d 707 (1977).

⁵⁰² *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481, 88 S.Ct. 2224, 20, L.Ed. 2d 1231.

2. Schweiz

Das Verteidigungsmittel der Passing-on-defense ist gesetzlich nicht geregelt, und seine Zulässigkeit ist nicht endgültig geklärt. Eine neuere Meinung in der Literatur steht ihr positiv gegenüber.⁵⁰³

3. Deutschland

Die Rechtslage bezüglich der Zulässigkeit der Einwendung der Passing-on defense wurde im Rahmen der 7. GWB-Novelle insoweit klar gestellt, dass es sich bei der Weitergabe nicht um eine Frage der Schadensentstehung handelt, vgl. § 33 Abs. 3 S. 2 GWB. Die Weiterwälzung des Schadens kann damit nur im Rahmen des Instruments der **Vorteilsausgleichung** geprüft werden, für die der Schädiger/Verletzer die Beweislast trifft. Ob und in welchem Umfang die Vorteilsanrechnung bei einer Weiterwälzung des Schadens möglich ist, ist nicht vollumfänglich geklärt. Die Tendenz geht jedoch zu einer sehr restriktiven Handhabung. Ausserdem gilt es zu beachten, dass eine mehrfache Ersatzpflicht der Kartellmitglieder nach der bestehenden Rechtslage in Deutschland ausscheidet, §§ 249-252 BGB.⁵⁰⁴

4. Frankreich

Eine ausdrückliche Regelung der Passing-on defense gibt es im französischen Recht nicht. In der Rechtsprechung ist ihre Zulässigkeit nicht endgültig geklärt.

5. Niederlande

In den Niederlanden ist die Rechtslage bezüglich der Passing-on defense **unklar**. Eine ausdrückliche Regelung besteht nicht; auch gibt es dazu noch keine Rechtsprechung.

6. Vereinigtes Königreich

Die Frage nach der Zulässigkeit der Passing-on defense ist im Vereinigten Königreich ebenfalls **offen**.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Roland von Büren, Zur Zulässigkeit der „passing on defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189, 195, m.w.N.

⁵⁰⁴ Bundeskartellamt (Hrsg.), Private Kartellrechtsdurchsetzung; Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005, 10 ff. (12) http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf, zuletzt besucht am 23. Juli 2008; Volker Emmerich in Ulrich Immenga /Ernst-Joachim Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 2 GWB, 4. Auflage, § 33 Rn. 52 ff.; Rainer Bechtold, Kartellgesetz: GWB, § 33 Rz. 26 ff.

⁵⁰⁵ Vgl. dazu z.B. Roland von Büren, Zur Zulässigkeit der „passing on defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189, 204 f.

7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

Im Blick auf das vom EuGH bestätigte **Kompensationsprinzips** und die Annahme des EuGH, dass jeder Geschädigte Anspruch auf Entschädigung hat, der einen hinreichenden ursächlichen Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung nachweisen kann, äussert sich die Kommission zur Zulässigkeit der Passing-on defense positiv⁵⁰⁶ und bejaht die defensive Verwendung des Einwandes der Schadensabwälzung. Die Beweisanforderung für diesen Einwand solle jedoch nicht niedriger sein als das dem Kläger hinsichtlich des Schadens obliegende Beweismass. Die Kommission spricht sich auch für die Zulassung der offensiven Verwendung der Passing-on defense aus. Indirekte Abnehmer sollten sich auf die widerlegliche Vermutung berufen können, dass der rechtswidrige Preisaufschlag in vollem Umfang auf sie abgewälzt wurde.

Ergänzend legt die Kommission dar, dass im Falle von gemeinsamen, parallelen oder aufeinanderfolgenden Klagen von Abnehmern, die auf verschiedenen Vertriebsstufen tätig sind, die einzelstaatlichen Gerichte aufgefordert sind, alle ihnen nach einzelstaatlichem, gemeinschaftlichem und internationalem Recht zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel auszuschöpfen, um eine zu niedrige oder zu hohe Entschädigung für den aufgrund eines Wettbewerbsverstosses erlittenen Schaden zu vermeiden.⁵⁰⁷

V. Punitive Damages und Pre-trial Interest

1. USA

In den USA können private Kläger nach Section 4(a) *Clayton Act* das **Dreifache** des erlittenen Schadens geltend machen (treble damages). Sinn und Zweck des dreifachen Schadenersatzes ist es, den entstandenen Schaden auszugleichen und gleichzeitig Unternehmen von Verstössen gegen das Kartellrecht abzuschrecken. Aufgrund des Strafcharakters der treble damages sind darüber hinausgehende punitive damages ausgeschlossen.

Pre-trial interest wird in den USA **nicht** gewährt. Unter relativ engen Voraussetzungen⁵⁰⁸ kann das zuständige Gericht der klägerischen Partei pre-judgement interest zusprechen, vgl. Sec. 4 Clayton Act. Der Zeitraum, in dem die Verzinsung vor Urteilsfällung gewährt werden kann, umfasst maximal die Spanne zwischen Klageerhebung und Urteil.

⁵⁰⁶ Weiterführend dazu Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 9.

⁵⁰⁷ Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 9 f.

⁵⁰⁸ Vgl. Sec. 4 Clayton Act: „just in the circumstances“ mit abschliessendem Fallkatalog.

2. Schweiz

Die Anspruchsvoraussetzungen für Schadenersatz beurteilen sich nach allgemeinem Deliktsrecht, vgl. Art. 41 OR, wobei ein Verstoss gegen das KG die Widerrechtlichkeit impliziert.⁵⁰⁹ Ein Verschuldensnachweis ist erforderlich. Die Gewährung von **Schadenersatz mit pönalem Charakter** (double/treble damages), wie im US-amerikanischen Recht, ist nach schweizerischem Recht nicht möglich.⁵¹⁰

Im schweizerischen Recht wird ein sog. Schadenszins für monetäre Ersatzansprüche **ab Schadenseinstellung** gewährt.⁵¹¹ Der anwendbare Zinssatz beträgt grundsätzlich 5%.⁵¹²

3. Deutschland

Die Gewährung von **Schadenersatz mit pönalem Charakter** ist im deutschen Zivilrecht **nicht** möglich. Sie widerspricht, wie in der Schweiz, dem nationalen Verständnis des Schadensrechts, das ihm lediglich eine kompensatorische Funktion zubilligt. Die Rechtsprechung hat, allerdings bevor die durch die Europäische Kommission initiierte aktuelle Diskussion in Fahrt gekommen ist, verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Gewährung von mehrfachem Schadenersatz angemeldet.⁵¹³

Monetäre Schäden wegen kartellrechtlicher Verstösse sind **ab Eintritt des Schadens** zu verzinsen, vgl. § 3 Abs. 3 S. 4 f. GWB. Die Höhe des Zinssatzes richtet sich nach allgemeinem Zivilrecht und beträgt 5%, ohne Beteiligung von Verbrauchern 8% über dem Basiszinssatz, vgl. § 33 Abs. 3 S. 5 i.V.m. § 288 BGB analog. Der Basiszinssatz selbst ergibt sich aus § 247 BGB. Er beträgt zur Zeit (26. Juli 2008) 3,19 %.

4. Frankreich

Es gibt keine spezifische Regelung des zivilrechtlichen Verfahrens in kartellrechtlichen Streitigkeiten. Ersatzansprüche für wettbewerbsrechtliche Verstösse werden nach dem **allgemeinen Deliktsrecht** behandelt, vgl. insbesondere Art. 1382 des Zivilgesetzbuches („Code Civil“). Die häufigste Erscheinungsform ist die finanzielle Kompensation. Dafür muss der Anspruchsteller direkt und bestimmt verletzt sein („préjudice direct et certain“). Für die Begründung des deliktsrechtlichen Anspruchs ist ein Verschuldensnachweis erforderlich. Sind diese Kriterien erfüllt, so ist jeder erlittene

⁵⁰⁹ RPW 2003/2, 474 E. 9.

⁵¹⁰ Weiterführend dazu *Roland von Büren*, Zur Zulässigkeit der „passing on defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189, 194.

⁵¹¹ Vgl. z.B. *Hubert Stöckli*, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, 248 m. Verw. auf Brehm, N 99 zu Art. 41 OR; *Theo Guhl/Hans Merz/Alfred Koller*, 73; *Hans Merz*, OR, 178; *Karl Oftinger/ Emil W. Stark*, § 6 Nr. 22; *Weber*, N 93 zu Art. 73 OR; vgl. auch *Christian Göertz*, Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Berlin 2007, 217.

⁵¹² Art. 73 Abs. 1 OR; vgl. BGE 122 III 53 E. 4b.

⁵¹³ BGH, Urteil vom 04.06.1992, NJW 1992, 3096 (3103 f.).

Schaden ersetzbar. Die Gewährung von Schadenersatz mit pönalem Charakter ist in Frankreich unbekannt.

Ab welchem Zeitpunkt in Frankreich monetäre Schäden zu ersetzen sind, wird lebhaft debattiert.⁵¹⁴ Nach den Grundprinzipien, die im Code Civil niedergelegt sind, beginnt die Verzinsung von monetären Schäden für deliktsrechtliche Ansprüche **mit dem Tag der richterlichen Entscheidung**, soweit das Gericht nichts anderes entscheidet, vgl. Art. 1153-1 Code Civil.

5. Niederlande

Ob dem Geschädigten eines kartellrechtlichen Verstosses Ersatzansprüche zustehen, wird nach **allgemeinem Deliktsrecht** beurteilt, vgl. Art. 6:162 des niederländischen Zivilgesetzbuches. Spezifische kartellrechtliche Anspruchsgrundlagen für zivilrechtliche Ansprüche existieren in den Niederlanden nicht. Für Schadenersatzansprüche hat der Kläger u.a. eine wettbewerbsrechtliche Verletzung, die Zurechenbarkeit der Verletzung an den Beklagten, den Schaden, die Kausalität zwischen Verletzung und Schaden sowie das Verschulden nachzuweisen. Die Gewährung von punitive damages ist nach niederländischem Recht nicht zulässig.

In den Niederlanden werden Schadensforderungen wegen kartellrechtlicher Verstöße **ab ihrem Entstehungszeitpunkt** verzinst, vgl. Art. 6:83 und 6:119 des niederländischen Zivilgesetzbuches. Der Zinssatz richtet sich nach königlichem Dekret, vgl. Art. 6:120 des niederländischen Zivilgesetzbuches.

6. Vereinigtes Königreich

Fragen der Gewährung von Schadenersatz mit pönalem Charakter sind ungeklärt. Entscheidungen dazu sind weder aus Verfahren vor den Zivilgerichten noch vor dem Competition Appeal Tribunal bekannt. Ausserhalb des Kartellrechts werden unter gewissen Voraussetzungen sog. interest damages, die **nicht nur kompensatorische Funktion** haben, gewährt. Ob dies auch künftig in kartellrechtlichen Verfahren der Fall sein wird, bleibt abzuwarten.

Die Zivilgerichte haben die Möglichkeit, nach ihrem Ermessen auf einem Teil oder auf dem gesamten Schadenersatz, der dem Kläger zugesprochen wird, **pre-trial interest** zu gewähren. Der Zinssatz für die Gewährung der Zinsen ab Schadensentstehung

⁵¹⁴ Ashurst (prepared by *D. Waelbrock/D. Slater/G. Even-Shosan*), Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules (2004), National Report France, 24, zu finden unter: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

richtet sich grundsätzlich nach dem marktüblichen Darlehenszins. Er wird vom zuständigen Gericht festgesetzt.⁵¹⁵

7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

Die Kommission schlägt im Weissbuch vor, den *acquis communautaire* zum Umfang von Schadenersatzansprüchen in einem gemeinschaftlichen Rechtsinstrument zu kodifizieren.⁵¹⁶ Die Gewährung von Schadenersatz mit punitivem Charakter ist davon jedoch nur eingeschränkt umfasst.⁵¹⁷ Nach dem *Manfredi*-Urteil⁵¹⁸ des EuGH gehöre zum *acquis*, dass die Mitgliedstaaten *multiple damages* bei Verstößen gegen Gemeinschaftsrecht gewähren können, wenn dies in vergleichbaren Fällen nach der nationalen Rechtsordnung möglich ist.⁵¹⁹ Im Grünbuch hatte die Kommission die Gewährung von **double damages** unter gewissen Voraussetzungen noch als mögliche Option auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene benannt.⁵²⁰ Breiter umfasst ist die Gewährung von *pre-trial interest*. Die Gewährung von Zinsen ab Schadensentstehung bis zur Auszahlung des zugesprochenen Schadenersatzes wird von der Kommission gestützt auf die Ausführungen des EuGH in *Manfredi*⁵²¹ und in *Marshall*⁵²² zum *acquis* gezählt.⁵²³

VI. Verjährungsfristen

1. USA

Die Verjährungsfrist beträgt nach US-amerikanischem Recht für Schadenersatzansprüche 4 Jahre, vgl. Section 4(b) Clayton Act. Der Verjährungsbeginn knüpft an die Handlung an, welche die unternehmerische Tätigkeit des Klägers verletzt. Eine Hemmung der Verjährung tritt während eines staatlichen zivil- oder strafrechtlichen Verfahrens ein, das kartellrechtlich relevante Handlungen zum Inhalt

⁵¹⁵ Ashurst (prepared by *D. Waelbrock/Slater/G. Even-Shosan*), Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules (2004), National Report U.K., 30, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, zuletzt am 22. Juli 2008.

⁵¹⁶ Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 8.

⁵¹⁷ Anders stellt sich die Situation jedoch dar, wenn nach nationalem Recht *exemplary* bzw. *punitive damages* gewährt werden, vgl. die Feststellungen zum „*acquis*“ im Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 57 f.

⁵¹⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-295/04 – C-298/04, Slg. I-6619, Rz. 93.

⁵¹⁹ Vgl. dazu Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 57 f.

⁵²⁰ Vgl. dazu Grünbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 8; weiterführend *Emil Paulis*, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law, in: Jürgen Basedow (Hrsg.): Private Enforcement of EC Competition Law, The Netherlands 2007, 12 f.

⁵²¹ Vgl. EuGH, Rs. C-295/04 – C-298/04, Slg. I-6619, Rz. 95, 97.

⁵²² Vgl. EuGH, Rs. C-271/91, Slg. I-4367, Rz. 31.

⁵²³ Vgl. dazu Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 56 ff.

hat, vgl. Sec. 5 (i) Clayton Act. In diesem Fall müssen die Kläger, nach Abschluss des staatlichen Verfahrens oder innerhalb der ursprünglichen 4-Jahres Frist, Klage erheben. Es gilt jeweils die längere Frist. Eine Hemmung tritt ebenfalls bei anderen, vergleichbaren Gründen ein, wie z.B. im Falle arglistigen Schweigens („fraudulent concealment“).

2. Schweiz

Auf die Ersatzansprüche finden die Verjährungsfristen des allgemeinen Deliktsrechts Anwendung, vgl. Art. 60 OR. Die Verjährung unterliegt einer relativen Frist von einem Jahr nach Kenntnis des Schadens und des Ersatzpflichtigen sowie einer absoluten Frist von 10 Jahren, beginnend mit der schädigenden Handlung.

3. Deutschland

Die Verjährung in Deutschland richtet sich nach den allgemeinen Verjährungsregeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Gemäss § 199 BGB sind das 3 Jahre nach Anspruchsentstehung und Kenntnis.⁵²⁴ Sobald eine nationale Kartellbehörde oder die Kommission ein Verfahren einleitet, wird die Verjährung der privaten Ansprüche **gehemmt**, § 33 Abs. 5 GWB. Mit einer solchen Regelung wird sichergestellt, dass individuell Geschädigte im Fall eines behördlichen Vorgehens gegen einen kartellrechtlichen Verstoss das Ende dieses Verfahrens abwarten können, ohne befürchten zu müssen, dass in der Zwischenzeit die eigenen Ansprüche schon verjährt sind.

4. Frankreich

Die Verjährungsfristen betragen grundsätzlich 10 Jahre für Schadenersatzansprüche, nachdem die schädigende Handlung in Erscheinung getreten ist. Wenn der Betroffene davon erst später Kenntnis erlangen konnte, beginnt die Verjährungsfrist erst dann, vgl. Art. 2270-1 des Code Civil und Art. L. 110-4 Code de Commerce.⁵²⁵

5. Niederlande

In den Niederlanden beträgt die relative Verjährungsfrist 5 Jahre ab Kenntniserlangung des Verletzten von Schaden und Schädiger. Die ergänzende absolute Frist beträgt 20 Jahre ab Eintritt der Verletzung, vgl. Art. 3:310 des Zivilgesetzbuches.

⁵²⁴ Vgl. auch § 199 (3) BGB.

⁵²⁵ Ashurst (prepared by *D. Waelbrock/D. Slater/G. Even-Shosan*), Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules (2004), National Report France, 24 f., <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, zuletzt besucht am 23. Juli 2008; vgl. auch *Laurence Idot*, Private Enforcement of Competition Law – Recommendations flowing from the French Experience, in Jürgen Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, The Netherlands 2007, 94.

6. Vereinigtes Königreich

Im Vereinigten Königreich beträgt die Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche wegen kartellrechtlicher Verstöße 6 Jahre. Die Verjährungsfrist beginnt mit der Kenntnis oder dem Kennenmüssen des Anspruchs.

Vor dem CAT beträgt die Verjährungsfrist zwei Jahre. Sie beginnt entweder mit dem Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung der OFT bzw. der Europäischen Kommission oder dem Tag der Anspruchsentstehung.

VII. Kosten

1. USA

Im Allgemeinen werden im US-amerikanischen Recht die Gerichtskosten und die sonstigen Kosten der gerichtlichen Rechtsverfolgung von der unterliegenden Partei getragen.

Für Anwaltskosten gilt der Grundsatz, dass jede Partei ihre eigenen Anwaltskosten übernimmt. Davon abweichend hat der Kläger im Antitrustrecht im Falle seines Obsiegens auch Anspruch auf Ersatz der Anwaltskosten, vgl. Section 4 (a) Clayton Act. Der Beklagte trägt seine Anwaltskosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens selbst. Diese Regelung soll einen Anreiz zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung schaffen.

Über die Vereinbarung von contingency fees kann der Kläger das Anwaltskostenrisiko weiter minimieren. Sind solche vereinbart, so erhält der Anwalt einen bestimmten Anteil der Vergleichssumme bzw. des gerichtlich zuerkannten Schadenersatzes. Unterliegt der Mandant, so hat sein Anwalt dagegen keinen Anspruch auf Kostenerstattung. Daher ist der Abschluss eines Vergleichs für den Anwalt bei unklaren Erfolgsaussichten attraktiv.

2. Schweiz

Die Gerichtskosten sind grundsätzlich in den kantonalen Zivilprozessordnungen geregelt. Darüber hinaus richten sie sich nach den kantonalen Tarifen für die Bemessung der Gerichtskosten. In aller Regel haben der Kläger oder auch beide Parteien einen Gerichtskostenvorschuss zu entrichten. Abhängig vom Grad des Unterliegens besteht eine Ersatzpflicht.

Die Rechtsanwaltsgebühren bestimmen sich ebenfalls nach kantonalen Tarifen. Vom kantonalen Tarif hängt es ab, ob Zwangstarife bestehen oder abweichende Vereinbarungen zulässig sind. **Contingency fee** Abreden, nach denen der Anwalt einen bestimmten Anteil der erzielten Vergleichssumme bzw. des gerichtlich

zuerkannten Schadenersatzbetrages erhält und im Falle eines Unterliegens leer ausgeht, sind in der Schweiz **nicht** zulässig. Ein Klient kann ein trotzdem geleistetes Honorar, soweit es über das tarifmässig Zulässige hinausgeht, nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.⁵²⁶ Eine Contingency fee Abrede entspricht wohl dem römischrechtlichen *pactum de quota litis*. Die Vereinbarung einer **Erfolgsprämie** („*pactum de palmario*“), welche zusätzlich zum Honorar geschuldet ist, ist jedoch **gestattet**, vgl. Art. 19 Abs. 3 der Richtlinien des Schweizerischen Anwaltsverbands für die Berufs- und Standesregeln.

3. Deutschland

Die **streitwertabhängigen Gerichtskosten** werden grundsätzlich von der unterliegenden Partei getragen und sind für die erste Instanz im Voraus zu entrichten. Um das Kostenrisiko, eines der Haupthemmnisse für die Durchsetzung des Kartellzivilrechts, zu senken, wurde § 89a GWB in das GWB aufgenommen. Es handelt sich dabei um eine Ermessensnorm. Das Gericht kann auf Antrag den für die Gerichts- und Anwaltskosten massgeblichen Streitwert an die Wirtschaftslage einer Partei anpassen. Diese muss dafür glaubhaft machen, dass die Belastung mit den Prozesskosten ihre Lage erheblich gefährden würde. Unterliegt sie, so hat die antragstellende Partei nur die nach dem ermässigten Streitwert berechneten Gerichtskosten zu entrichten.

Die **Anwaltskosten** werden im Ergebnis von der unterliegenden Partei getragen. Primärer Schuldner ist jedoch der Auftraggeber. Es besteht allerdings ein Erstattungsanspruch gegen die unterlegene Partei, vgl. § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Rechtsanwaltsvergütung richtet sich nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) und umfasst Gebühren und Auslagen. Die Höhe der Vergütung hängt vom Gegenstandswert ab und wird nach dem Vergütungsverzeichnis ermittelt, vgl. § 2 RVG. Der bereits angesprochene § 89a GWB hat auch Auswirkungen auf die rechtsanwaltlichen Gebühren. Danach sind die eigenen und die Anwaltskosten der gegnerischen Partei analog zu den Gerichtskosten nach dem ermässigten Streitwert zu berechnen. Bei einem Obsiegen steht jedoch dem eigenen Rechtsanwalt ein Anspruch gegen die andere Partei in voller, nicht reduzierter Höhe zu. In gewisser Weise handelt es sich also um eine Art Erfolgshonorierung des Anwalts.

Erfolgshonorare nach US-amerikanischem Vorbild („contingency fees“) waren RechtsanwältInnen seit 1994 durch die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) untersagt. Vorher waren Erfolgshonorare im Regelfall als standeswidrig angesehen worden. In einem Spruch vom 12.12.2006 (1 BvR 2576/04) hat das **Bundesverfassungsgericht** aber entschieden, dass die Vereinbarung eines Erfolgshonorars jedenfalls dann möglich sein muss, wenn besondere Umstände in der Person des Mandanten vorliegen, die

⁵²⁶ BGE 41 II 486.

diesen ohne solche Regelung davon abhalten, seine Rechte zu verfolgen.⁵²⁷ Das BVerfG hat dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 30. Juni 2008 eine Neuregelung zu treffen. Der Bundestag hat daraufhin ein Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren beschlossen, das am 1. Juli 2008 in Kraft getreten ist.⁵²⁸ Danach können künftig Rechtsanwalt und Mandant eine erfolgsabhängige Vergütung (wohl *pactum de quota litis* oder *pactum de palmario*) im Einzelfall vereinbaren, wenn der Rechtsuchende ohne diese Möglichkeit davon absehen würde, den Rechtsweg zu beschreiten. Ein Erfolgshonorar ist künftig nicht nur dann zulässig, wenn seine wirtschaftlichen Verhältnisse dem Rechtsuchenden gar keine Alternative lassen. Es kommt nicht allein auf die wirtschaftlichen Verhältnisse, sondern auch auf das Kostenrisiko und seine Bewertung an.⁵²⁹

4. Frankreich

Nach französischem Zivilprozessrecht trägt grundsätzlich die unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens, Art. 695 der französischen Zivilprozessordnung. Die Kosten sind regelmässig erst nach Abschluss des Verfahrens zu entrichten. Anders verhält es sich beispielsweise bei der Ernennung eines Gutachters. In diesem Fall werden Vorauszahlungen geschuldet.

Gemäss Art. 700 der französischen Zivilprozessordnung („Nouveau Code de procédure civile“) hat der zuständige Richter die Möglichkeit, der unterliegenden Partei ganz oder teilweise die Anwaltskosten des Obsiegenden aufzuerlegen. Bei dieser Entscheidung wird neben Billigkeitserwägungen die wirtschaftliche Situation der Parteien berücksichtigt.

Erfolgshonorare, die sich nur nach dem Ausgang eines Verfahrens richten, sind nach französischem Recht **nicht** gestattet. Nach der französischen Rechtsanwaltsordnung ist es jedoch möglich, ergänzend eine Erfolgshonorarvereinbarung (wohl „Pactum de quota litis“) ⁵³⁰ zu treffen. Für ihre Wirksamkeit muss diese schriftlich und im Voraus getroffen werden.⁵³¹

⁵²⁷ http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20061212_1bvr257604.html, zuletzt besucht am 25. Juli 2008.

⁵²⁸ Vgl. § 49 b Abs. 2 BRAO, § 4 a RVG; <http://www.bundesrecht.juris.de/rvg/4a.html>, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

⁵²⁹ Quelle: Pressemitteilung des BMJ vom 25.04.2008, zu finden unter: http://www.bmj.de/enid/5a4df29a1465c5f32f5434a1ca3e0708,b5303c636f6e5f6964092d0935313334093a095f7472636964092d0934383038/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html, zuletzt besucht am 23. Juli 2008.

⁵³⁰ Vgl. dazu OECD Roundtables 2007: Competitive Restrictions on Legal Professions, 179, zu finden unter: http://www.oecd.org/document/38/0,3343,en_2649_34753_2474918_1_1_1_1,00.html, zuletzt besucht am 25. 7. 2008.

⁵³¹ Vgl. dazu *Mélanie Thill-Tayara/Marta Giner Asins* in Samantha Mobley (contr. Editor), *Private Antitrust Litigation* 2008, 51.

5. Niederlande

Die Gerichtskosten werden auf Grundlage einer Gebührenordnung ermittelt („Wet Tarieven in Burgerlijke zaken“) und sind abhängig von der Höhe des streitgegenständlichen Anspruchs. Nach Abschluss des Verfahrens werden grundsätzlich der unterliegenden Partei die Verfahrenskosten auferlegt. Die tatsächlichen Anwaltskosten sind jedoch häufig nicht vollständig umfasst, da bei der Berechnung mit einem Pauschalensystem gearbeitet wird. Das Gericht kann jedoch auch die Kostentragung begrenzen oder auf die Parteien verteilen. Gewisse Gerichtskosten sind in den Niederlanden vorab zu entrichten.

Contingency fees sind nach der niederländischen Rechtsanwaltsordnung **verboten**. Diese Regelung geriet als mögliches „price-fixing“ in den Fokus der NMa; eine verbindliche Entscheidung, contingency fees zu gestatten, wurde jedoch nicht getroffen. Heute gestattet die niederländische Bar Association ihren Mitgliedern die Berechnung nach Stundensätzen mit Erfolgshonoraren („success fee“) zu verbinden, solange dies keiner „no-cure, no-pay“-Vereinbarung entspricht.⁵³²

6. Vereinigtes Königreich

Die Kosten des Verfahrens trägt im Vereinigten Königreich grundsätzlich die unterliegende Partei. Contingency fees nach U.S.-amerikanischem Vorbild gibt es nicht. Sog. **conditional fee agreements** sind allerdings gestattet. Eine solche Vereinbarung liegt vor, wenn bei Begründetheit des Anspruchs neben einer sog. *basic fee* eine sog. *success fee* geschuldet wird.

7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

Um das Kostenrisiko als Hemmschwelle für kartellzivilrechtliche Klagen abzusenken, schlägt die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten im Weissbuch vor, die Verfahrensregeln so zu gestalten, dass Vergleiche als Mittel der Kostensenkung begünstigt werden. Zweitens wäre es förderlich, die Höhe der Gerichtskosten auf einem angemessenen Niveau festzusetzen, das im Falle von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Wettbewerbsverstößen nicht unverhältnismässig sein sollte. Schliesslich wird der Vorschlag unterbreitet, den nationalen Gerichten in bestimmten begründeten Fällen die Möglichkeit zu eröffnen, möglichst früh im Verfahren Kostenentscheidungen zu erlassen, damit die klagende Partei, selbst wenn sie im Prozess unterliegt, nicht sämtliche Kosten der Gegenpartei tragen muss.⁵³³

⁵³² Vgl. dazu Erik Pijnacker Hordijk/Simone Evans in Samantha Mobley (contr. Editor), Private Antitrust Litigation 2008, 98.

⁵³³ So die Europäische Kommission im Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 11.

C. Rechtsprechung

I. USA

In den USA spielt die private Kartellrechtsdurchsetzung seit langem eine gleich bleibend bedeutende Rolle. Klagen, die auf horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen basieren, machen weiterhin einen grossen Anteil aus. Jedoch haben auch Klagen aufgrund von vertikalen Wettbewerbsverstössen an Bedeutung dazugewonnen.

Für das zivilrechtliche Verfahren werden aus der jüngeren Rechtsprechung die Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*⁵³⁴ zur **Darlegungslast für Kartellvereinbarungen** und die Entscheidung in *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PKS Inc.*, mit welcher der Supreme Court die fast 100 Jahre alte „per se-rule“-Rechtsprechung zu vertikalen Preisvereinbarungen nach dem Urteil *Dr Miles Medical Co v. John D Park*⁵³⁵ revidierte, eine bedeutende Rolle spielen.

II. Schweiz

Die praktische Bedeutung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz ist gering. Es wurden bisher nur wenige Fälle verhandelt, die überwiegend den Erlass vorsorglicher Massnahmen zum Inhalt hatten.⁵³⁶ Diese Einschätzung wird durch die Statistiken der WEKO belegt, die seit Beginn des Jahres 2004 7 Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 KG ausweisen gegenüber 22 entschiedenen Untersuchungen und 101 abgeschlossenen Vorabklärungen.⁵³⁷

Zu erwähnen ist die Entscheidung des Handelsgerichts Aargau vom 13. Februar 2003, in der erstmalig kartellzivilrechtliche Ansprüche eines Klägers bejaht wurden.⁵³⁸

III. Deutschland

In Deutschland ist die private Kartellrechtsdurchsetzung relativ weit verbreitet. Nach Angaben des Bundeskartellamtes im letzten veröffentlichten Geschäftsbericht

⁵³⁴ 127 S Cr 1955 (2007).

⁵³⁵ Vgl. 551 U.S. ___(2007), <http://supreme.justia.com/us/551/06-480/>, zuletzt besucht am 13. Juli 2008; 220 US 372 (1911); dazu eingehend unten in Teil 2.

⁵³⁶ Superprovisorische Verfügung vom 19. Oktober 2004 des Handelsgerichts des Kantons Aargau im vorsorglichen Massnahmeverfahren *Fussball-Club Aarau 1902 u.a. gegen Swiss Football League*, RPW 2004/4, 1203 ff; vgl. z.B. auch Ordonnance de mesures provisionnelles dans la cause divisant *Switzernet Sàrl contre TDC Switzerland AG* du 12 février 2004, RPW 2004/4, 1213 ff. bzw. RPW 2005/1, 200 ff.; Ordonnance de mesures provisionnelles de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois dans la cause divisant *A. Cornamusaz d'avec Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "l'Etivaz"*, RPW 2007/3, 495 ff.

⁵³⁷ Vgl. dazu RPW 2005/1, 81; RPW 2006/1, 8; RPW 2007/1, 11 f.; RPW 2008/1, 13 f.

⁵³⁸ Vgl. dazu Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 13. Februar 2003 in der Streitsache des *Allgemeinen Bestattungsinstituts gegen den Kanton Aargau*, RPW 2003/2, 45; weitere Fallbeispiele finden sich z.B. in *Bernet/Borer/Kostka*, Private Antitrust Litigation-Switzerland, 144.

2005/2006 wurden im Berichtszeitraum deutlich über 500 Kartellzivilsachen registriert, in denen auf Vorschriften des GWB bzw. Art. 81, 82 EG Bezug genommen wurde. Inhaltlicher Schwerpunkt der Verfahren sind Vertikalvereinbarungen und Fälle von Missbrauch bzw. Diskriminierung abhängiger Unternehmen eines marktbeherrschenden oder marktstarken Unternehmens. Hardcore-Kartelle waren hingegen nur selten Gegenstand.

Als Musterfall für die Möglichkeiten und Grenzen privater Kartellschadenersatzklagen gilt die Klage der belgischen Gesellschaft *Cartel Damages Claims* (CDC) vor dem Landgericht Düsseldorf gegen die Unternehmen, die an dem vom Bundeskartellamt aufgedeckten und mit Bussgeldern belegten Zementkartell beteiligt waren (Az.:VI-U 14/07). Es handelt sich also um ein *Follow On*-Verfahren. CDC liess sich die **Ansprüche** von rund 30 kleinen und mittelgrossen Zementkunden aus Deutschland **abtreten** und klagte gegen die Kartellisten auf Schadenersatz in Höhe von insgesamt 144 Mio. Euro. Im Mai 2008 hat das OLG Düsseldorf die Klage für zulässig erklärt.⁵³⁹ Eine Revision wurde nicht zugelassen; d.h. wenn keine Nichtzulassungsbeschwerde erhoben wird, wird das LG Düsseldorf mit der materiellen Prüfung des Falles beginnen. Sollte dieses Beispiel Schule machen, so könnten künftig auch im Bereich der Zivilklagen gegen Mitglieder von Hardcore-Kartellen steigende Fallzahlen zu verzeichnen sein.

IV. Frankreich

Während auf politischer Ebene die Einführung einer Gruppenklage auch nach dem Scheitern von zwei Entwürfen weiterhin aktuell ist, gibt es in der Rechtsprechung gemessen an der Zahl der Fälle nur eine **moderate Entwicklung** der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Nachdem in der Vergangenheit hauptsächlich vertikale Vertragsbeziehungen in Frage standen, nahm in den 1990er Jahren und auch zu Beginn dieses Jahrzehnts die Bedeutung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung bei anderen Sachverhalten zu, wie z.B. Schadenersatzklagen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. V. a. in den letzten Jahren wurden jedoch wieder weniger Verfahren verzeichnet, was allerdings auch an einer höheren Quote der aussergerichtlichen Streitbeilegung liegen kann.

Aus der jüngeren Praxis ist die Entscheidung in der Sache *Arkopharma v. Hoffmann La Roche* hervorzuheben, in der das Gericht die Zulässigkeit der Einwendung der Passing-on defense sehr weit ausgelegt hat.⁵⁴⁰ Es wäre jedoch voreilig, daraus allgemeine Schlussfolgerungen über die Zulässigkeit der Passing-on defense in Frankreich zu ziehen.

⁵³⁹ Vgl. z.B. die Pressemeldung in FAZ vom 15.5.2008, 13.

⁵⁴⁰ Tribunal de Commerce de Nanterre, Urteil vom 11. Mai 2006 in der Rechtssache 2004F02643. Das Urteil findet sich auf der Website der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission; <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>, zuletzt besucht am 18. Juli 2008.

V. Niederlande

In den Niederlanden hat das Instrument der privaten Kartellrechtsdurchsetzung eine gefestigte Stellung inne. Der Schwerpunkt der Fälle lag vor Inkraftsetzung des Kartellgesetzes 1998 auf dem Gebiet des einstweiligen Rechtsschutzes und auf Vertragsstreitigkeiten, in denen der Einwand der Nichtigkeit nach Art. 81 f. EG geltend gemacht wurde. Inzwischen hat jedoch auch die Zahl der **Schadenersatzklagen** ("follow-ons") zugenommen.

In den letzten Jahren hat sich eine „Arbitration“-Kultur für wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten entwickelt. Prominentes Beispiel ist die **aussergerichtliche Streitbeilegung** in den Anschlussklagen im niederländischen Baukartell-Fall. Für über 1000 Ansprüche wurde ein gemeinsamer Vergleich geschlossen. Für den Abschluss hatte auch die niederländische Wettbewerbsbehörde (NMa) einen Anreiz geschaffen, in dem sie den am Settlement beteiligten Kartellmitgliedern eine Bussgeldreduzierung gewährte. Der Einigung haben sich jedoch nicht alle Betroffenen angeschlossen, so dass auch weiterhin auf dem Gerichtsweg Ersatzansprüche geltend gemacht werden.

VI. Vereinigtes Königreich

Im Vereinigten Königreich nimmt die Bedeutung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im Gesamtsystem der Durchsetzungsmechanismen zu. Begünstigt wurde diese Entwicklung durch gezielte **Veränderungen des prozessrechtlichen Regelwerks**. Hervorzuheben ist insofern die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche unter gewissen Voraussetzungen in einer Art beschleunigtem Verfahren vor dem Competition Appeal Tribunal (CAT) anstatt vor den Zivilgerichten geltend zu machen, vgl. Art. 47 A Competition Act (CA). Voraussetzung dafür ist jedenfalls eine vorgängige, bestandskräftige Entscheidung durch das Office of Fair Trading, das CAT oder die Europäische Kommission. Weitere Verbesserungen werden auf dem Gebiet des private enforcement aufgrund der Bestrebungen auf europäischer und nationaler Ebene erwartet.⁵⁴¹

Von den aktuellen Entscheidungen ist insbesondere das Verfahren *Inntrepreneur v. Crehan* hervorzuheben, in dem erstmalig einem Kläger Schadenersatz zugesprochen wurde. Dass diese Entscheidung des Court of Appeal durch das House of Lords wegen einer Rechtsfrage aufgehoben wurde, schmälert die Bedeutung des Urteils nur wenig. Ausserdem war bis vor kurzem die erste Schadenersatzklage in Form einer „representative action“ vor dem CAT anhängig. Die Verbraucherorganisation „Which?“ hat diese als Follow On zu der Entscheidung des OFT gegen *JJB Sports* aus dem Jahre 2003 erhoben. Das ist auch deswegen interessant, weil u.a. ein „interest damage“

⁵⁴¹ OFT Discussion Paper, April 2007, „Private Actions in competition law: effective redress for consumers and business“, <http://www.of.gov.uk/news/press/2007/63-07>, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

geltend gemacht wurde. Inzwischen haben sich die Parteien aussergerichtlich geeinigt⁵⁴², weshalb eine gerichtliche Stellungnahme zu grundlegenden Fragen weiter auf sich warten lässt.

Generell wird im Vereinigten Königreich eine Zunahme der **aussergerichtlichen Streitbeilegung** in Kartellzivilverfahren verzeichnet. Obwohl immer mehr private Schadenersatzklagen vor dem CAT und den Zivilgerichten anhängig gemacht werden, ist eine entsprechende Zunahme von Entscheidungen nicht festzustellen. Der Grund liegt in der aussergerichtlichen Einigung mittels Mediation oder Arbitration.

VII. Entwicklungen auf europäischer Ebene

In der Gemeinschaftsrechtsprechung steht das viel diskutierte Urteil des EuGH in Sachen *Courage/Crehan* im Zentrum des Interesses. Dieses hat massgeblich zu den aktuellen Entwicklungen im Bereich des private enforcement beigetragen. Der EuGH entschied dort, dass **grundsätzlich jedermann** bei Verletzungen von Art. 81 EG Anspruch auf **Schadenersatz** habe. Die Ausführungen sind dabei so allgemein gehalten, dass sie über die konkrete Fallkonstellation Bedeutung erlangen. So stellte der EuGH fest:

„Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag [a.F.] und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 [a.F.] ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“⁵⁴³

Zieht man ergänzend die Schlussanträge von Generalanwalt *Mischo* in *Courage/Crehan* heran, so sind die durch Art. 81 EG geschützten Individuen v.a. Dritte, d.h. Verbraucher und Wettbewerber, die durch das Kartell geschädigt wurden.⁵⁴⁴

In *Courage/Crehan* hat der EuGH weiter die Bedeutung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung für den Schutz der Institution Wettbewerb in der Gemeinschaft betont. So führte er diesbezüglich aus:

„Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierte[n]“

⁵⁴² Vgl. dazu die Meldung der Verbraucherorganisation Which, http://www.which.co.uk/reports_and_campaigns/consumer_rights/campaigns/Football%20shirts/Campaign%20background/campaigns_footballshirts_background_559_109055.jsp, zuletzt besucht am 23. Juli 2008.

⁵⁴³ Urteil des EuGH vom 20.09.2001, C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rz. 26; vgl. aber schon GA *Walter van Gerven*, Schlussanträge vom 27. Oktober 1993 in der Rs. C-128/92 *H.J.Banks & Co. Ltd. gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Rz. 36-54

⁵⁴⁴ GA Jean Mischo, Schlussanträge vom 22. März 2001 in der Rs. C-453/99, Rz. 38.

– Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.“⁵⁴⁵

Diese Feststellung hat der EuGH in der Entscheidung *Vincenzo Manfredi u.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.* bestätigt.⁵⁴⁶ Der private Kläger wird damit in der Tat zum Funktionär der Gesamtrechtsordnung.⁵⁴⁷

Hinzuweisen ist überdies auf den Erwägungsgrund Nr. 7 der Verordnung 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln. Er lautet:

„Die einzelstaatlichen Gerichte erfüllen eine wesentliche Aufgabe bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln. In Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen schützen sie die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden subjektiven Rechte, indem sie unter anderem dem durch die Zuwiderhandlung Geschädigten Schadenersatz zuerkennen. Sie ergänzen in dieser Hinsicht die Aufgaben der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden. Ihnen sollte daher gestattet werden, die Artikel 81 und 82 des Vertrags in vollem Umfang anzuwenden.“

Nachdem sich die Rechtsprechungsgewalt der nationalen Gerichte aufgrund der Verordnung 1/2003 auf Art. 81, 82 EG in ihrer Gesamtheit erstreckt, verbessert das Urteil *Courage/Crehan* die Voraussetzungen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung vor den nationalen Gerichten spürbar. Dennoch hängt die weitere Bedeutung des Urteils für das Gemeinschaftsrecht auch davon ab, inwieweit der EuGH künftig mit privaten Schadensersatzklagen Dritter befasst sein wird.⁵⁴⁸

Ein Novum in der Geschichte des zivilrechtlichen Verfahrens ist die erst kürzlich zu beobachtende Erhebung einer **Schadenersatzklage** durch die Europäische Kommission beim Handelsgericht Brüssel. Die Klage gegen 4 Mitglieder des **Liftkartells** ist ein follow-on zu dem Verfahren, das die Kommission 2007 mit der Verhängung eines erheblichen Bussgeldes abgeschlossen hat. Die Kommission macht geltend, die Konzerne *ThyssenKrupp*, *Otis*, *Kone* und *Schindler* hätten für den Einbau von Aufzügen

⁵⁴⁵ Vgl. dazu Urteil des EuGH vom 20.09.2001, C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rz. 27.

⁵⁴⁶ Urteil des EuGH vom 13.07.2006, C-295/04 bis C-298/04, ABI. C 224 vom 16.9.2006, S. 3–4, Rz.

91.

⁵⁴⁷ Vgl. oben, B. I. 2.

⁵⁴⁸ Weiterführend dazu *Walter van Gerven*, Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – *Courage v. Crehan* and the way ahead, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, The Netherlands 2007, 19, 24 ff.

und Rolltreppen in ihren Gebäuden und in denen der EU-Organe in Brüssel und Luxemburg Kartellpreise kassiert.⁵⁴⁹

D. Abweichungen

Wie die Rechtsvergleichung zeigt, weichen das Schweizer Recht zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung und seine Anwendung nicht in allen, aber in wesentlichen Punkten von der Situation in den untersuchten Nationalstaaten und den Vorschlägen zur Weiterentwicklung des private enforcement auf Gemeinschaftsebene ab. Daneben zeigt der Vergleich auch, dass die Entwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung nicht nur in der Schweiz, sondern auch andernorts noch weitgehend **in den Anfängen** steckt.

Eher gering fällt die Abweichung bei der Untersuchung des Verhältnisses der **zivilrechtlichen zu den verwaltungsrechtlichen Verfahren** aus. Hier figuriert die Schweiz zwischen den Staaten, deren Rechtsordnung keine Vorlagepflicht an die nationalen Wettbewerbsbehörden und keine Bindungswirkung der Entscheidungen dieser Behörden vorsieht und den Staaten, wie z.B. Deutschland, deren Rechtsordnung eine Vorlagepflicht und Bindungswirkung bestandkräftiger Entscheidungen vorschreibt. Auf Gemeinschaftsebene ist anhand der Vorschläge der Kommission eine eindeutige Tendenz zu einer **engen Bindung** des zivilrechtlichen an das verwaltungsrechtliche Verfahren zu konstatieren.

Anders stellt sich die Situation beim **kollektiven Rechtsschutz** dar. Dort sind die Möglichkeiten in der Schweiz im Vergleich zu der Situation in den untersuchten Ländern sehr eingeschränkt. In den untersuchten Ländern ist ein gesetzlich statuiertes **Verbandsklagerecht** Standard, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung und in unterschiedlichem Umfang. Die Rechtslage in Schweden, dem Vereinigten Königreich, den USA, aber auch in den Niederlanden, geht noch darüber hinaus. Auch Frankreich beabsichtigt eine Erweiterung der Möglichkeiten des kollektiven Rechtsschutzes und möchte mittelfristig das Instrument der Gruppenklage in der nationalen Rechtsordnung verankern. Die Umsetzung der Vorschläge der Europäischen Kommission würde zudem einen Standard für alle Mitgliedstaaten setzen, der weit über dem der Schweiz liegt. Der Vergleich zeigt, dass die Bedeutung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in den Ländern mit umfangreichen kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten deutlich **höher ist als in der Schweiz** ist. Das hängt auch, aber nicht nur, mit anderen Faktoren zusammen.

Die Untersuchung der **beweisrechtlichen Aspekte** hat gezeigt, dass nicht nur in der Schweiz Bedarf besteht, die Informationsasymmetrie zwischen privaten Klägern und Beklagten zu verringern. Grosse Unterschiede bestehen v.a. zu der Situation in den

⁵⁴⁹ Vgl. dazu z.B. die Pressemeldung der Europäischen Kommission; <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/209&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

untersuchten Common-Law-Staaten, deren Rechtssystem ein „discovery“-Verfahren vorsieht. Auch zu den Niederlanden und Deutschland, das v.a. im Rahmen der 7. GWB Novelle Verbesserungen vorgenommen hat, gibt es Unterschiede, die jedoch nicht so gross sind wie im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes. Folgt man der Analyse der Kommission, so besteht in der Europäischen Union ein genereller **Bedarf an einer Verbesserung** der beweisrechtlichen Situation des Klägers bei der privaten Rechtsdurchsetzung. Gleiches gilt für die Schweiz. Auch hier stellen die allgemeinen zivilprozessualen Beweislastregeln in der Praxis ein erhebliches Verfahrenshindernis dar.

Eine grosse Übereinstimmung zwischen den untersuchten Ländern und der Schweiz besteht bezüglich der Frage der Zulässigkeit der **Passing-on defense**. So besteht mit Ausnahme weniger Länder eine generelle Rechtsunsicherheit über die Zulässigkeit der Passing-on defense. In den USA ist die Rechtslage allerdings eindeutig. Hier ist die Passing-on defense generell nicht gestattet. In Deutschland ist zumindest klargestellt, dass eine Weiterwälzung nur im Rahmen der Vorteilsanrechnung geprüft werden kann. Ob und in welchem Umfang dies möglich ist, ist noch nicht endgültig geklärt. Die Tendenz geht jedoch zu einer sehr restriktiven Handhabung. Der Vorschlag der Kommission sieht die Passing-on defense unter gewissen Voraussetzungen als zulässig an.

Weitgehende Übereinstimmung zwischen den untersuchten Ländern und der Schweiz gibt es in der Frage der Gewährung von **Schadenersatz mit pönalem Charakter**. Die Gewährung von Schadenersatz mit pönalem Charakter ist mit Ausnahme der Common-Law-Staaten in den Rechtsordnungen der untersuchten Länder nicht vorgesehen. Das Schweizer Recht erlaubt wegen des Ordre Public Vorbehalts in Art. 17 IPRG auch dann keine Gewährung von punitive damages, wenn ausländisches Wettbewerbsrecht in einem Verfahren vor Schweizer Zivilgerichten Anwendung findet, das solche Ersatzansprüche vorsieht.⁵⁵⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts widerspricht ein solches pönales Schadenersatzelement den allgemeinen Grundsätzen des schweizerischen Schadens- und Ersatzbemessungsrechts und ist sogar als Verstoss gegen den Ordre Public anzusehen.⁵⁵¹

Gleiches gilt für die Pflicht zur Zahlung von **Pre-trial interest**. Gerade wenn eine Rechtsordnung keine Gewährung von pönalen Schadenersatzansprüchen vorsieht, ist die Frage nach der Gewährung von Pre-trial interests von besonderer Bedeutung. Die Verpflichtung zur Verzinsung von monetären Ersatzansprüchen ab Schadensentstehung stellt eine deutliche Stärkung des zivilrechtlichen Verfahrens im Kartellrecht dar. Insbesondere bei Follow-on Klagen kann die frühe Verzinsung des Schadens erhebliche,

⁵⁵⁰ *Roland von Büren*, Zur Zulässigkeit der „passing on defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189, 194; *Martin Bernet/Jürg Borer/Juhani Kostka* in Samantha Mobley (contr. Editor), Private Antitrust Litigation 2008, 147; weiterführend dazu *Felix Dasser*, Punitive damages: Vom "fremden Fötzel" zum "Miteidgenoss"?, SJZ 96 (2000), 101 ff., 108.

⁵⁵¹ Vgl. dazu in einer urheberrechtlichen Streitigkeit BGE 122 III 463, 467.

zusätzliche monetäre Verpflichtungen wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens nach sich ziehen, weshalb diesem Instrument ein hohes Abschreckungspotential zukommt.⁵⁵² Insofern ist es begrüssenswert, dass diesbezüglich zwischen der Schweiz und nahezu allen anderen untersuchten Ländern ein grosser Gleichklang herrscht und die Verzinsung von Schadenersatzansprüchen ab Schadenseinstellung Teil der **geltenden Rechtslage** ist.

Anders präsentiert sich die Situation bei den **Verjährungsfristen**. Hier besteht ein grosser Unterschied bei der relativen Verjährungsfrist, die, im Unterschied zu den Vergleichsländern, im schweizerischen Recht sehr kurz ausgestaltet ist. Dieser Unterschied wird dadurch akzentuiert, dass die Verjährungsregeln in der Schweiz für den Fall eines behördlichen Vorgehens keine Hemmung⁵⁵³ oder Unterbrechung⁵⁵⁴ der Verjährungsfristen vorsehen, wie das in Deutschland der Fall ist, vgl. Art. 33 Abs. 5 GWB, bzw. von der Europäischen Kommission vorgeschlagen wird. Dieser Unterschied hat v.a. für Follow-on Klagen grosse praktische Relevanz, da einem Geschädigten u.U. so die Möglichkeit abgeschnitten wird, die behördliche Entscheidung abzuwarten, bevor er Klage erhebt.

Die **Prozesskosten** werden in den untersuchten Ländern von der unterliegenden Partei getragen. Gleiches gilt für die Schweiz. Zutreffend stellt die Kommission in ihrem Weissbuch jedoch fest, dass die mit einer zivilrechtlichen Klage auf dem Gebiet des Kartellrechts verbundenen Kosten sowie die Vorschriften für die Kostentragung massgeblich dazu beitragen können, von einer Klage abzusehen. Sie schlägt deshalb verschiedene Massnahmen vor, welche verhindern sollen, dass die Erhebung begründeter Klagen an der Scheu vor dem hohen Kostenrisiko in kartellrechtlichen Verfahren scheitert. Aus denselben Gründen wurde in Deutschland eine Regelung in das GWB aufgenommen, nach der das zuständige Gericht den Streitwert unter gewissen Voraussetzungen senken kann. Die Vereinbarung von **Contingency fees** ist in einem Grossteil der untersuchten Länder wie auch der Schweiz nicht gestattet.

E. Handlungsempfehlungen

I. Allgemeines

Die nachfolgende Analyse der Konsequenzen und der Einschätzung des daraus resultierenden Handlungsbedarfs fusst auf verschiedenen Aspekten. Der erste, besonders wichtige Aspekt ist die Funktion, die dem zivilrechtlichen Verfahren im

⁵⁵² *Sven Norberg* in Carl Baudenbacher, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 13. St. Galler IKF 2006, "Making Private Enforcement Work", 283, 290; *Carl Baudenbacher*, Discussion: The Role of National Judges in Competition Law, in: *Carl Baudenbacher*, Current Developments in European and International Competition Law: 14th St. Gallen International Competition Law Forum ICF 2007, Basel 2008, 307 f.

⁵⁵³ Vgl. Art. 33 Abs. 5 GWB

⁵⁵⁴ Vgl. Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 10.

Gesamtsystem der kartellrechtlichen Durchsetzungsmechanismen zukommt bzw. künftig zukommen soll. Auf diese Weise wird eine Vergleichbarkeit erreicht, die als Grundlage für die vorzunehmende Analyse und Einschätzung dienen kann. Dass bei der Rechtsvergleichung die Funktion eines Rechtsinstituts im Zentrum stehen muss, bedarf keiner Erläuterung. Ein zweiter Aspekt ist die Dringlichkeit des Reformbedarfs. Sie ist v.a. dann zu bejahen, wenn es sich bei den Abweichungen um echte Barrieren für ein Funktionieren des bereits bestehenden Systems handelt, die als solche auch bereits bei einer isolierten Betrachtung des schweizerischen Systems identifiziert wurden.⁵⁵⁵ Weiter sind – gerade vorliegend, wo es v.a. um amerikanisches Gedankengut geht – die Vereinbarkeit mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und die Frage der Transplantierbarkeit zu beachten.⁵⁵⁶

Zu einer Neuordnung des Verhältnisses zwischen dem **zivilrechtlichen und dem verwaltungsrechtlichen Verfahren** besteht aktuell keine zwingende Veranlassung. Die aktuellen Entwicklungen, die in diesem Bereich v.a. auf eine Ausweitung der Bindungswirkung von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden gerichtet sind, finden ihren Grund v.a. in der Dezentralisierung der Kartellrechtsanwendung in der Gemeinschaft und im EWR. Die Europäische Kommission hat infolge fehlender Ressourcen Kompetenzen abgegeben und möchte ihren Einfluss auf die neuen Akteure absichern, um eine einheitliche Rechtsverfolgung innerhalb der Gemeinschaft sicherzustellen.⁵⁵⁷ Diese Situation ist für die Schweiz angesichts ihres Abseitsstehens von EU und EWR nicht unmittelbar relevant. Die WEKO muss alle Fälle bearbeiten, die vor sie gelangen. Damit ist nicht gesagt, dass eine Orientierung der helvetischen Wettbewerbspolitik in der Sache an den Vorgaben der Kommission nicht wünschenswert ist. Um die Vereinheitlichung der zivilgerichtlichen und verwaltungsrechtlichen Praxis ausschliesslich auf nationaler Ebene zu gewährleisten, kann es einstweilen bei der Regelung des Art. 15 KG bleiben. Im Blick auf die richterliche Unabhängigkeit ist die Regelung allerdings nicht ganz unbedenklich.⁵⁵⁸ Es wird daher vorgeschlagen, die Vorschrift unter diesem Gesichtspunkt v.a. bei einer Bedeutungszunahme des zivilrechtlichen Verfahrens mittelfristig erneut zu evaluieren.

Im übrigen ist auch hier zu betonen, dass im Gesamtsystem der Rechtsdurchsetzung das Schwergewicht auf der **Anwendung des KG durch die WEKO** liegen muss. Im Bereich des private enforcement wird es i.W. darauf ankommen, die Rechtsentwicklung

⁵⁵⁵ Vgl. dazu z.B. *Christoph Lang*, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000, 46 ff.

⁵⁵⁶ Vgl. dazu die wegweisende Debatte zwischen *Alan Watson*, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 1974, und *Otto Kahn-Freund*, On Uses and Misuses of Comparative Law, 37 Mod. L. Rev. 1 (1974); auch oben Teil 2.

⁵⁵⁷ Vgl. dazu *Sven Norberg* in Carl Baudenbacher, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 13. St.Galler IKF 2006, „Making Private Enforcement Work“, 283, 286 f.

⁵⁵⁸ Vgl. zu dieser Problematik auf europäischer Ebene das Interview im Standard mit Prof. Dr. *Joachim Bornkamm*, Vorsitzender Richter am BGH und Präsident der Association of European Competition Law Judges, <http://derstandard.at/?url=/?id=3351588>, zuletzt besucht am 23. Juli 2008.

in der EU zu beobachten. Besonderes Augenmerk sollte sodann, aufgrund der Ähnlichkeit des Deliktsrechts, auf das deutsche Recht gelegt werden.

II. Einzelfragen

Die fehlenden Möglichkeiten **kollektiven Rechtsschutzes** im zivilrechtlichen Verfahren haben zur Folge, dass eine Durchsetzung privater Interessen häufig scheitert. So besteht z.B. zwischen Abnehmern oder Lieferanten und ihrem an einem Kartell beteiligten oder marktbeherrschenden Vertragspartner oft eine wirtschaftliche Abhängigkeit, die sie aus Furcht vor Repressalien von einer Klageerhebung absehen lässt. Auch scheuen sie von einer Klageerhebung wegen des oft immensen Aufwandes und des bestehenden Kostenrisikos zurück. Darüber hinaus besteht besonders in Bereichen, in denen die Wettbewerbsbehörde nicht primär tätig ist, ein Vollzugsdefizit, das durch die Verbände ausgeglichen werden könnte. Umso wichtiger sind deshalb Vorkehrungen, die eine Rechtsdurchsetzung durch die massgeblichen privaten Verbände fördern, wie dies die Rechtsordnungen der untersuchten Länder auf verschiedene Arten und in unterschiedlichem Umfang vorsehen.

Ursprünglich war bei der Reform des KG 1995 analog zu der Regelung in Art. 10 UWG die Einführung eines selbständigen Verbandsklagerechts für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche für Branchen- und Wirtschaftsverbände in Art. 7 VE KG 1995 vorgesehen. Dieses wurde jedoch im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens gestrichen. Eine ausdrückliche Statuierung wäre jedoch schon mangels gesicherter Rechtsprechungspraxis notwendig, um die bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Auch Verbände neigen aus guten Gründen dazu, die Interessen ihrer Mitglieder nur dann umfänglich wahrzunehmen, wenn dafür eine gesicherte Rechtsgrundlage besteht.

Demzufolge wird vorgeschlagen – vorbehaltlich der weiteren Entwicklung der gesetzgeberischen Initiative zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts⁵⁵⁹ – Art. 12 KG um ein **Verbandsklagerecht für Wirtschafts- und Branchenverbände**, das sich an Art. 10 Abs. 2 a UWG orientiert, zu ergänzen.⁵⁶⁰ Dabei wird nicht übersehen, dass Verbände von ihrer Klagebefugnis im UWG kaum Gebrauch machen. Der Gesetzgeber müsste diesmal darauf achten, dass ausreichende Anreize für Klagen bestehen. Es wird auch nicht verkannt, dass der Gesetzgeber umso weniger Anlass hat, kollektive Rechtsschutzmechanismen zu schaffen, je wirkungsvoller die Bekämpfung von schädlichen Wettbewerbsbeschränkungen durch die WEKO ist. Insoweit ist noch einmal auf die Notwendigkeit hinzuweisen, dass die WEKO (und das neue Bundesverwaltungsgericht) eine breite und konsistente **Leitentscheidungspraxis** entwickeln.

⁵⁵⁹ Vgl. dazu Art. 87 E-ZPO, BBl. 2006 7413 (7432); Botschaft ZPO, BBl. 7221 (7288).

⁵⁶⁰ Vgl. weiterführend zur Verbandsklage nach Art. 10 Abs. 2 UWG die Ausführungen von *Carl Baudenbacher/Klaus Banke* in Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/St. Gallen 2001, Art. 10 Rz. 13 ff.

Eine Beschränkung der Verbandsklage auf eine Störungsabwehr sollte es ebenfalls nicht geben, da sie z.B. einen Ausgleich von **Streu- und Bagatellschäden** faktisch vollkommen verhindert.⁵⁶¹ Das würde auch der Entwicklung in den EU-Ländern und auf Gemeinschaftsebene Rechnung tragen. Jedoch wäre eine entsprechende Regelung kaum ohne tiefgreifende Einschnitte in die bestehende Rechtsordnung möglich. Im Zusammenhang mit dem Erlass der Bundeszivilprozessordnung hat der Gesetzgeber die Frage der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen mittels einer selbständigen Verbandsklage oder einer Gruppenklage diskutiert und abgelehnt.⁵⁶² Insbesondere die Einführung einer Gruppenklage für Schadenersatzansprüche mit opting-in Lösung, wie sie auf Gemeinschaftsebene aktuell diskutiert wird, müsste daher besonders gut begründet werden. Immerhin ist die europäische Rechtsentwicklung im Blick auf den systematischen Nachvollzug in der Schweiz an sich schon ein starkes Argument. Eine Gruppenklage stellt eine sinnvolle Ergänzung der kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten dar. Da sie v.a. als effektives Mittel zur Durchsetzung von Streu- und Bagatellschäden dient, ist ihre Bedeutung für Endverbraucher höher einzustufen als für Wettbewerbsteilnehmer.

Das zu den fehlenden Möglichkeiten kollektiven Rechtsschutzes Gesagte gilt auch für die bisher nicht in das KG aufgenommene **Konsumentenverbandsklage**. Die bisherige Ablehnung kann kaum mit guten Gründen beibehalten werden.⁵⁶³ Für eine Ausweitung des unmittelbaren Schutzbereiches des KG auf Verbraucher bestehen gute Gründe. Die Einführung einer Verbandsklage für Störungen sollte zeitnah realisiert werden. Die Einführung von Ersatzklagen sollte an die Hand genommen werden. Dabei sollten auch ergänzende Massnahmen, die z.B. auf Gemeinschaftsebene (opting-in Gruppenklage) aktuell sind, diskutiert werden.⁵⁶⁴

Sowohl der Vergleich als auch die einhellige Meinung in der schweizerischen kartellrechtlichen Literatur⁵⁶⁵ zeigen, dass ein Bedürfnis für weitere **Erleichterungen in der Beweisführung** in kartellzivilrechtlichen Verfahren besteht.⁵⁶⁶ Die Europäische Kommission hat zu Recht festgestellt, dass „Wettbewerbsfälle in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung und –bewertung aussergewöhnlich aufwändig sind“.⁵⁶⁷ Deshalb ein Pre-trial discovery-Verfahren in die schweizerische Rechtsordnung implementieren

⁵⁶¹ Vgl. dazu *Carl Baudenbacher/Klaus Banke*, in Carl Baudenbacher, *Lauterkeitsrecht*, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/St. Gallen 2001, Art. 10 UWG, Rz. 17.

⁵⁶² Vgl. Botschaft ZPO, BBl. 7221, 7289 f.

⁵⁶³ *Carl Baudenbacher/Klaus Banke* in Carl Baudenbacher, *Lauterkeitsrecht*, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/St. Gallen 2001, Art. 10 Rz. 28.

⁵⁶⁴ Vgl. z.B. die Darstellung der Diskussion über den kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz, in Botschaft zur schweizerischen ZPO, 69 f.

⁵⁶⁵ Christoph Lang, *Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, Bern 2000, 46 ff.

⁵⁶⁶ Vgl. dazu auch Art. 152 Abs. 2 E-ZPO.

⁵⁶⁷ Weissbuch der Europäischen Kommission, *Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts*, 2008, 5.

zu wollen, wäre jedoch unrealistisch. Ein solches Projekt wäre rechtlich mit grossen Hindernissen verbunden und aufgrund der Risiken des Missbrauchs nur sehr eingeschränkt wünschenswert. Als valabel scheint dagegen der Vorschlag der Kommission, eine **Offenlegungspflicht von Beweismitteln** zwischen den Parteien zu statuieren. Der Ansatz, dass das zuständige Gericht auf der Grundlage eines Tatsachenvortrags nach strenger Plausibilitätskontrolle und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dem Offenlegungsbegehren entspricht, erscheint als geeignetes Mittel zur Erleichterung der Beweisführung.⁵⁶⁸ Darüber hinaus sollten den Gerichten Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden, die den Beweisverpflichteten von der Vernichtung oder Verweigerung von Beweisen abhalten. Auch wäre an eine Beweislastumkehr bei dem Nachweis unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen zu denken, falls der Wettbewerbsverstoss durch die Wettbewerbsbehörde bestandskräftig festgestellt worden ist. Hier wäre das Verhältnis zu den Vermutungen des Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu diskutieren. Es spricht einiges für die Annahme, dass der Kläger befreit wäre, die Vermutungsbasis der genannten Bestimmungen darzulegen und ggf. zu beweisen; er müsste wohl nur das Vorliegen einer bestandskräftigen Verfügung darlegen und ggf. beweisen. Ergänzt werden sollten diese Massnahmen durch einen angemessenen Schutz von Unternehmenserklärungen im Rahmen von Selbstanzeigen („corporate leniency statements“).⁵⁶⁹

Was die Zulässigkeit der **Passing-on defense** angeht, so hat der Vergleich gezeigt, dass diesbezüglich in den meisten Ländern eine gesetzliche Regelung fehlt. Da es auch an einer gefestigten Rechtsprechung mangelt, herrscht grosse Rechtsunsicherheit über diese Frage. Um diese zu beseitigen, sollte eine Regelung über die Zulässigkeit der defensiven Verwendung der Passing-on defense in das KG umgehend aufgenommen werden. Ähnlich wie in **Deutschland** sollte sie klarstellen, dass der Einwand der Weiterwälzung des Schadens im Rahmen der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen ist. Das hätte zur Folge, dass die Darlegungs- und Beweislast beim Schädiger liegt. Ein völliger Ausschluss der Passing-on defense könnte theoretisch eine Mehrfachentschädigung zur Folge haben, was nicht mit dem im schweizerischen Schadensrecht geltenden Kompensationsprinzip vereinbar wäre. Bei der Formulierung einer entsprechenden Regelung sollte jedoch – auch im Bereich des zivilrechtlichen Verfahrens – die grosse Bedeutung der kartellrechtlichen Vorschriften für die Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung einfließen. Entsprechend müsste die Möglichkeit, den Einwand zu erheben, restriktiv ausgestaltet sein.⁵⁷⁰ Im Einzelfall muss

⁵⁶⁸ Ausführlich dazu Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 5 f.; Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules, 23 ff.

⁵⁶⁹ Vgl. zu dieser Problematik z.B. *Ulf Böge*, Baustellen im nationalen und europäischen Wettbewerbsbereich, in: Mario Monti/Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein/Bo Vesterdorf/Jay Westbrook/Luzius Wildhaber, *Economic Law and Justice in Times of Globalization*, FS Carl Baudenbacher, 2007, 283, 293 f..

⁵⁷⁰ Vgl. dazu *Jürgen Basedow* in Carl Baudenbacher, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - St. Galler IKF 2005*, Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren, 353, 366; für das deutsche Recht vgl. Bundeskartellamt (Hrsg.), *Private Kartellrechtsdurchsetzung*;

eine Vorteilsanrechnung jedoch möglich sein, um der Kompensationsfunktion des Schadensrechts zu genügen. In Deutschland wird als Beispiel regelmässig der Fall genannt, dass der unmittelbare Vertragspartner den Schaden tatsächlich voll abwälzen konnte, damit kein Umsatzrückgang verbunden war und dies für den Geschädigten weder ein Risiko darstellte noch mit unzumutbarem Aufwand verbunden war. Ausserdem wäre die Regelung so zu ergänzen, dass das theoretische Risiko der mehrfachen Verpflichtung des Schädigers vermieden wird.

Die **Verjährungsregeln** sehen für den Fall eines behördlichen Vorgehens keine Hemmung⁵⁷¹ oder den Beginn einer neuen Verjährungsfrist nach Bestandskraft der Entscheidung⁵⁷² vor, wie dies in Deutschland der Fall ist oder im Weissbuch vorgeschlagen wird. Das kann sich für die Erhebung von Folgeklagen auf Schadenersatz negativ auswirken, da u.U. ein Abwarten der behördlichen Entscheidung vor Klageerhebung unmöglich gemacht wird. Demzufolge ist das KG um eine entsprechende Regelung zu ergänzen. Sinnvoll erscheint ausgehend von der **Europäischen Kommission** vorgeschlagenen Lösung die Anordnung des Neubeginns der Verjährung. Die Kommission argumentiert zu Recht, dass es bei Anordnung der Hemmung nicht immer ganz einfach sei, den noch verbleibenden Verjährungszeitraum zu berechnen. Nicht immer sei öffentlich bekannt, wann ein Verwaltungsverfahren beginnt. Ausserdem könne die Vorbereitungszeit für eine Schadenersatzklage zu kurz geraten, wenn die Hemmung zu einem relativ späten Zeitpunkt innerhalb des Laufs der Verjährungsfrist einsetzen würde. Die Dauer der neu beginnenden Verjährungsfrist wäre bei der vorgeschlagenen kleinen Lösung entsprechend der kurzen Verjährungsfrist des Art. 60 OR ein Jahr nach Bestandskraft der Entscheidung.

Alternativ könnten im Rahmen einer grossen Lösung die Verjährungsfristen für das zivilrechtliche Verfahren eigenständig geregelt werden, die relative Verjährungsfrist auf drei Jahre erhöht und der Neubeginn der Verjährung ebenfalls in dieser Vorschrift angeordnet werden.

Bezüglich der **Prozesskosten** zeigt v.a. die Initiative der Europäischen Kommission (und mit Einschränkung auch die aktuelle Entwicklung in Deutschland), dass **Reformbedarf** für die entsprechende Regelung in der Schweiz besteht. Die klassische loser-pays rule kann aufgrund der hohen Streitwerte in kartellrechtlichen Verfahren schon für sich allein abschreckend wirken. Marktstarke Unternehmen haben die Möglichkeit, die Justiz zur Behinderung eines kleineren Klägers zu missbrauchen („sham

Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005, 12, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

⁵⁷¹ Vgl. Art. 33 Abs. 5 GWB

⁵⁷² Vgl. Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 10.

litigation“). Verstärkt werden solche Effekte noch durch die grundsätzlich bestehende Kostenvorschusspflicht.

Eine gewisse Erleichterung könnte – Inkraftsetzung der neuen ZPO und eine entsprechende Anwendung durch die Rechtsprechung vorausgesetzt – die in Art. 105 E-ZPO vorgesehene Kostenregelung bringen. Sie sieht unter gewissen Voraussetzungen eine Festsetzung der Kosten **nach billigem Ermessen** vor. Von besonderer Bedeutung ist der Auffangtatbestand, der momentan in Art. 105 Abs. 1 lit. f E-ZPO geregelt ist. Wie die Botschaft dazu feststellt, könnten darüber z.B. Fälle erfasst werden, in denen ein sehr ungleiches wirtschaftliches Kräfteverhältnis zwischen den Parteien besteht.⁵⁷³ Auch die Fälle einer unbegründeten Klageerhebung, wären dann von der neuen Vorschrift umfasst. Damit wird im Übrigen keineswegs gesetzgeberisches Neuland betreten. Nach Art. 706a OR hat der Richter bei einer erfolglosen **aktienrechtlichen Anfechtungsklage** die Möglichkeit, die Kosten nach seinem Ermessen auf die Gesellschaft und den Kläger zu verteilen.

Für einen umfänglichen Abbau des Prozesskostenhindernisses wäre eine eigenständige Spezialregelung notwendig, die den Besonderheiten des Kartellrechts und des kartellrechtlichen Zivilverfahrens Rechnung zu tragen hätte.⁵⁷⁴ Das heisst z.B., dass zusätzlich zu einer klarstellenden Regelung der Geltung der von Art. 105 E-ZPO umfassten Erleichterungen im zivilrechtlichen Verfahren die Möglichkeit zur Vorabentscheidung des Gerichts über die Kosten vorzusehen wäre.

Die anhand der eingangs genannten Gesichtspunkte durchgeführte Analyse hat gezeigt, dass unmittelbarer Handlungsbedarf im Bereich der Erweiterung des **kollektiven Rechtsschutzes**, der Einführung weiterer **Beweiserleichterungen**, der Regeln über die **Verjährung** und die **Kosten** besteht. Ebenso ist eine Regelung über die Zulässigkeit der **Passing-on defense** zu schaffen, die sich an der deutschen Rechtslage orientieren sollte. Mittelfristig sollten ggf. Anpassungen im Verhältnis zwischen zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren vorgenommen werden.

⁵⁷³ Vgl. z.B. die Darstellung der Diskussion in der Botschaft zur schweizerischen ZPO, 78.

⁵⁷⁴ Solche Regelungen sind auch nach der Reform z.B. im PatG und FusG anzutreffen, vgl. Art. 71 PatG bzw. Art. 105 Abs. 3 FusG.