

## Besprechung / Comptes rendus

### Schweizerisches Kartellrecht

ROGER ZÄCH

Stämpfli juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Bern 1999, 410 Seiten,  
CHF 88.–, DEM 114.–, ISBN 3-7272-0915-1

Seit im Jahre 1996 das neue schweizerische Kartellgesetz (KG) aus der Taufe gehoben wurde, sind bereits zwei Kommentarwerke zu diesem Gesetz veröffentlicht worden. ROGER ZÄCH liefert mit seinem hochwillkommenen Lehrbuch für Studierende und allgemein an der Materie interessierte Leser zusätzlich die bis anhin fehlende, grundsätzliche Einführung in das neue schweizerische Kartellrecht. Da der Autor bekanntlich Vizepräsident der Wettbewerbskommission (Weko) ist, werden seine Ansichten zu mehreren umstrittenen Fragen natürlich auch für den Rechtsanwender und den im Kartellrecht spezialisierten Praktiker von einigem Interesse sein.

Als Lehrbuch beschränkt sich das besprochene Werk auf die Behandlung wichtiger Probleme. Den Gerichten wird es deshalb in konkreten Detailfragen wohl nur beschränkt Auskunft geben können. Auch führt der Autor in seinen Fussnoten manchmal allzu einseitig stets dieselben Autoren auf und man findet z.B. in kartelltheoretischen Ausführungen eher Hinweise auf die (durchaus ausgewiesene) schweizerische Sekundärliteratur als auf die ausländische Primärliteratur (z.B. auch aus dem angelsächsischen Raum). Dies dient sicherlich dem vereinfachten Auffinden von Fundstellen; trotzdem wären z.B. ergänzende Hinweise im Literaturverzeichnis nützlich gewesen. Hingegen bietet der grosse Reichtum an Beispielen aus der Fallpraxis der schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte dem Leser fortwährend Anschauungsmaterial und lockert die Lektüre entsprechend gewinnbringend auf. Das Lehrbuch ist in der für den Autor charakteristischen, einfachen und leserfreundlichen Sprache abgefasst.

ZÄCH beginnt mit einem einführenden Kapitel zu den grundlegenden Begriffen, bzw. Problemen des Kartellrechts, dem er mehrere Kapitel über die wettbewerbspolitischen Leitbilder, über die verfassungsrechtlichen Grundlagen des KG und über die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts bis zur Gegenwart folgen lässt, welche relativ kurz, aber ausreichend gehalten sind. Bezüglich der wettbewerbspolitischen Leitbilder dürfte für den Kenner der Materie interessant sein, dass ZÄCH sich doch sehr kritisch gegenüber den Lehren der «Chicago-Schule» äussert, indem er ihre Anwendbarkeit für einen kleinen Binnenmarkt wie die Schweiz in Frage stellt (Rz. 92). Sehr aufschlussreich und im Ansatz nützlich für das Verständnis und die Auslegung schweizerischer Kartellrechtsnormen ist auch der vertiefte Exkurs in das Kartellrecht der USA und der EU, welcher den Grundlagenteil des Lehrbuchs abschliesst und abrundet. Es erstaunt jedoch, dass der Autor als ausgewiesener Kenner des europäischen Rechts weder hier noch anderswo im Lehrbuch (ausser sehr kurz in den Ausführungen zum Recht der Zusammenschlusskontrolle unter Rz. 404) eingehend erläutert, wo, warum und in welchem Mass die EU-Kartellrechtspraxis für die Auslegung Schweizer Rechts herangezogen werden kann.

Der zweite Teil des Lehrbuchs bzw. die eigentliche Behandlung der materiellen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen des KG folgt im Grossen und Ganzen der Systematik des Gesetzes. Als sehr positiv zu werten ist dabei, dass ZÄCH stets vor allem aus dem Gesetz heraus argumentiert; seine Ausführungen bleiben neutral oder widersprechen sogar manchmal der Sichtweise der Weko. Gerade weil der Autor aber eine einflussreiche Stellung in bezug auf die zukünftige Rechtsentwicklung im schweizerischen Kartellrecht innehat, werden für den spezialisierten Leser wohl vor allem diejenigen Aussagen ZÄCHS von Interesse sein, die zu praxisrelevanten und in der Literatur umstrittenen Fragen Stellung nehmen.

So kritisiert der Autor schon im ersten Kapitel zu den allgemeinen Bestimmungen des KG mit Recht den umstrittenen bundesgerichtlichen Entscheid, nach dem ein Wettbewerbsverbot im Zusammenhang mit einem Unternehmensverkauf unrichtigerweise bereits vom Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 1 KG) und nicht erst vom Anwendungsbereich des KG (Art. 4 Abs. 1 KG) ausgeschlossen worden ist (Rz. 214; siehe BGE 124 III 495 ff. = sic! 2/1999, 177 ff.; vgl. dazu F. HOFFET, Zum Verständnis des Begriffs der Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG – Bemerkungen zum Entscheid «Engra T» des Bundesgerichts vom 13. November 1998, sic! 1999, 346 f.). Bei den knapp gehaltenen Ausführungen zum Verhältnis des KG zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 KG) fällt zum einen – vor allem angesichts der vielfach geforderten Deregulierungsfunktion des KG – der restriktive Tenor bei der Auslegung von Art. 3 Abs. 1 KG (Vorbehalt von wettbewerbsausschliessenden Vorschriften) auf. Zum anderen entbehren ZÄCHS Ausführungen zum Vorbehaltsartikel zugunsten von Immaterialgüterrechten (Art. 3 Abs. 2 KG) bezüglich der lizenzvertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen leider dogmatischer Tiefe. Statt auf die vergleichsweise reiche und aktuelle, beileibe nicht nur ausländische Literatur zu verweisen, stellt ZÄCH auf eine einzige, ebenso fragwürdige wie veraltete Lehrmeinung ab (Rz. 252 ff.). Um so pikanter ist hingegen seine überzeugende, explizit kartellrechtliche Argumentation gegen Parallelimportverbote aufgrund von Immaterialgüterrechten (Rz. 243 ff.).

Im zweiten Kapitel zu den materiellrechtlichen Bestimmungen ist besonders die Ausführlichkeit zum noch unklaren Erheblichkeitstatbestand in Art. 5 Abs. 1 KG (Rz. 281ff.) erfreulich. In der Konsequenz fordert ZÄCH von der Weko die Ausarbeitung und Festlegung quantitativer Erheblichkeitskriterien in Form einer Verordnung oder Bekanntmachung nach dem Vorbild des Rechts der EU, bleibt aber bezüglich der qualitativen Erheblichkeitskriterien aufgrund fehlender Praxis eine Lösung schuldig. Des Weiteren fällt ZÄCHS entschiedenes Eintreten für eine Einordnung von Umweltschutzanliegen unter die Effizienz-Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden auf (Art. 5 Abs. 2 KG; Rz. 293); ein Ansatz, der in der Literatur nicht unbestritten ist.

Seine Ausführungen zu Art. 7 KG (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen), besonders zur Frage der Bestimmung des relevanten Marktes, sind klar und umfassend (eine Ausnahme findet sich vielleicht bei der Behandlung der Nachfragemacht, wo z.B. die auch in der Schweizer Literatur diskutierte «Spiegeltheorie» mit keinem Wort Erwähnung findet). Von Interesse ist ZÄCHS Eintreten für eine auf Art. 7 KG gestützte Kontrolle von (systematischen, kleinen) Unternehmenskäufen auch unterhalb der Schwellenwerte der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; Rz. 358; entsprechend der sogenannten «Continental Can»-Doktrin nach dem gleichnamigen Urteil des EuGH, Slg. 1973, 246).

In der Behandlung der Unternehmenszusammenschlüsse ist sicherlich ZÄCHS Bejahung einer Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen sowohl nach Art. 5 bzw. 7 KG als auch nach den Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle hervorzuheben (Rz. 429 ff.). Ebenso erwähnenswert ist seine (zumindest dogmatisch überzeugende) Auslegung des verfahrenstechnisch wichtigen Art. 10 Abs. 2 lit. a KG. Der Autor plädiert dafür, dass im Gegensatz zur Auslegung der Marktbeherrschung in Art. 4 Abs. 2, Art. 7 und Art. 10 Abs. 1 KG derselbe Begriff in Art. 10 Abs. 2 KG anders auszulegen ist, weil in letztgenannter Norm ein qualifizierender Grad an Markteinfluss zu erblicken ist (Rz. 453 ff.).

Wichtigster Punkt im dritten Kapitel zum zivilrechtlichen Verfahren ist das ausführliche Plädoyer ZÄCHS für die Unzulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Verhalten ex tunc (mit entsprechender Rechtswirkung ipso iure) und für die Nichtigkeit ex tunc von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen, wobei ZÄCH zur Frage der Nichtigkeit (welche er gesondert zum Problem der Unzulässigkeit behandelt) auch vermittelnde Lehrmeinungen aufführt, die z.B. auf die jeweilig unterschiedliche Verletzungsintensität abstellen oder unterschiedliche Vertragsklauseln differenziert behandeln wollen (Rz. 500 ff. bzw. 505 ff.). Im Interesse des Rechtsschutzes Dritter argumentiert ZÄCH des Weiteren für die Wirksamkeit von Folgeverträgen (Rz. 514 ff.) und für eine Vertragsanpassung bei Verträgen mit marktbeherrschenden Unternehmen (Rz. 520 ff.). In seinem Exkurs zur Anwendung des Kartellrechts durch Schiedsgerichte will ZÄCH sowohl die Rechtswahl der Parteien, deren Ermächtigung zu einem Billigkeitsentscheid als auch deren Entscheidungsfreiheit über eine Vorlagepflicht an die Weko nur so weit zulassen, als dies nicht dem öffentlichen Interesse der Anwendung der Marktgesetzgebung am Auswirkungsort entgegensteht.

Im vierten Kapitel zum verwaltungsrechtlichen Verfahren bleibt ZÄCH leider eine Orientierungshilfe zur heiklen Kompetenzabgrenzung und internen Aufgabenteilung zwischen der Weko und ihrem Sekretariat schuldig (z.B. in Rz. 619 ff.). Obwohl ZÄCH z.B. keine Aussagen zum Inhalt der Meldung der

an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen macht, gewährt er jedoch wertvolle Einblicke in Bereiche der Verwaltungspraxis von Weko und Sekretariat, welche nicht speziell in der VKU, sondern nur allgemein im Verwaltungsverfahren des Bundes geregelt sind, so z.B. zum Akteneinsichtsrecht (Rz. 675). Im Ganzen erläutert ZÄCH flüssig und leicht verständlich die gesetzlichen Vorgaben des verwaltungsrechtlichen Verfahrens und liefert dazu hilfreiche schematische Aufstellungen u.a. zu den verschiedenen Verfahrensschritten und Weiterzugsmöglichkeiten (Rz. 661, 663, 696 f. und 699f.).

Das Lehrbuch schliesst mit jeweils einem kurzen Kapitel zu den Verwaltungs- und Strafsanktionen und den im Kartellrecht geltenden internationalen Abkommen.

Es steht ausser Frage, dass für Schweizer Kartellrechtler die Lektüre des besprochenen Werks (zumindest bezüglich einiger strittiger Fragen) ein Muss ist. Diese Publikation erfüllt aber vor allem auch alle Voraussetzungen für ein gutes Lehrbuch: Sie ist leicht verständlich und gut zu lesen, liefert einen umfassenden Einblick in die behandelte Materie und regt zur vertieften Auseinandersetzung mit kartellrechtlichen Fragen an.

*lic. iur. Franz-Xaver Stirnimann, Zürich*