

## Besprechung / Compte rendu

### Schweizerisches Kartellrecht, Revision und Praxis

ROGER ZÄCH

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2002, XIII + 154 Seiten, CHF 64.–,  
ISBN 3-7255-4457-3

In guter alter Tradition organisiert die Weiterbildungsstufe HSG in Zusammenarbeit mit dem Europa Institut Zürich alljährlich eine Kartellrechtsveranstaltung auf hohem fachlichem Niveau. Ebenso traditionell ist die anschliessende Publikation der verschiedenen Referate in einem Sammelwerk. Das vorzustellende Werk basiert auf der im Jahre 2001 abgehaltenen Veranstaltung mit dem Thema «Kartellgesetzrevision und neuere Praxis des schweizerischen Kartellrechtes». Im Buch sind alle sechs Referentenbeiträge wiedergegeben.

Der erste Beitrag, verfasst von Dr. rer. pol. ERIC SCHEIDEGGER, handelt vom Stand der Revision des Kartellgesetzes. Nebst den Kernpunkten der Revision (direkte Sanktionen, Bonusregelung) wird auch die Verfassungsmässigkeit des neuen Sanktionsregimes kurz erläutert. Untermauert wird diese treffende Darstellung durch rechtsvergleichende Hinweise.

Im Beitrag von Dr. iur. PATRIK KRAUSKOPF, Rechtsanwalt, wird die Praxis in den Jahren 2000/2001 der schweizerischen Wettbewerbsbehörden, der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sowie des Bundesgerichts zu Art. 5 und 7 KG in übersichtlicher Form dargestellt. Die Entscheide werden jeweils noch kurz dokumentiert, womit dem Leser noch zusätzliche wertvolle Informationen, beispielsweise über ähnliche oder vergleichbare Fälle, vermittelt werden.

Die Möglichkeit zur einvernehmlichen Erledigung von Wettbewerbsstreitigkeiten ist im schweizerischen Kartellrecht fest verankert und mittlerweile von grosser praktischer Bedeutung. Vor diesem Hintergrund zeigt Prof. Dr. iur. ROLAND VON BÜREN mit seinem Beitrag über die einvernehmliche Erledigung von Wettbewerbsstreitigkeiten die verschiedenen Anwendungsfälle dieses Instrumentes auf. Der Autor legt dar, dass es gemäss Praxis des Sekretariates der Wettbewerbskommission bereits im informellen Verfahren, also ohne Eröffnung einer Vorabklärung oder einer Untersuchung, zu einvernehmlichen Erledigungen kommen kann. Einvernehmliche Erledigungen im Stadium der Vorabklärung entstehen meist im Anschluss an Anregungen des Sekretariates im Schlussbericht zur Vorabklärung (vgl. Art. 26 Abs. 2 KG). Das Befolgen dieser Anregungen wird im «Austausch» zu Verfahrenseinstellung zum Gegenstand der einvernehmlichen Erledigung. Zu Recht räumt der Autor ein, dass die Rechtswirkungen von solchen einvernehmlichen Erledigungen noch nicht klar sind. Im Beitrag wird alsdann die einvernehmliche Regelung im Untersuchungsverfahren dargestellt, welche der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission mittels Verfügung bedarf. Einvernehmliche Regelungen können grundsätzlich in jedem Stadium des Untersuchungsverfahrens Platz greifen, wobei der Anstoss zu solchen Vereinbarungen vom Sekretariat der Wettbewerbskommission als auch von den beteiligten Parteien kommen kann. Einschränkungen sieht der Autor allerdings dann, wenn das Untersuchungsverfahren bereits abgeschlossen ist. Der Autor schliesst mit einer ausführlichen Darlegung der Vor- und Nachteile einvernehmlicher Erledigungen aus der Sicht der Parteien, des Sekretariates und der Wettbewerbskommission. Bei dieser Betrachtung wird denn auch klar auf eine nicht zu unterschätzende Gefahr verwiesen: Einvernehmliche Erledigungen ergehen – mit Ausnahme von solchen in Untersuchungsverfahren – ohne Verfügung und werden nicht publiziert. Die Folge davon ist, dass keine der Öffentlichkeit zugängliche Praxis entsteht, was der Rechtssicherheit klar abträglich ist.

Unternehmenszusammenschlüsse haben oftmals Auswirkungen auf verschiedene nationale Märkte, was zu Folge hat, dass verschiedene nationale Wettbewerbsbehörden sich mit einem Zusammenschluss befassen müssen. Im Beitrag über internationale Fusionen von Prof. Dr. iur. WALTER STOFFEL wird diese im Zuge der Globalisierung je länger je bedeutendere Problemstellung in an-

schaulicher Weise dokumentiert. Vorweg wird die internationale Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechtes im Allgemeinen und des Fusionskontrollrechtes im Besonderen erläutert. Das Schwergewicht wird freilich auf die schweizerische Praxis gelegt, welche durch den Fall «Merial» geprägt ist. Im Rahmen dieser Angelegenheit bestätigte das Bundesgericht das Auswirkungsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 2 KG und befand im Weiteren, dass ein Zusammenschlussverfahren bereits dann eingeleitet werden müsse, wenn ein Zusammenschluss potenzielle Auswirkungen auf den schweizerischen Wettbewerb beinhalte, was durch die in Art. 9 Abs. 1 KG verankerten Umsatzschwellen zum Ausdruck komme. Von besonderem Interesse für den Praktiker sind die Ausführungen in diesem Beitrag betreffend Verfahrenskoordination. Die Wettbewerbskommission ist demgemäss durchaus bereit, ausländische Kontrollverfahren zu berücksichtigen, sofern die Parteien die schweizerische Zusammenschlussmeldung entsprechend terminieren und beim Informationsaustausch mitwirken.

Im fünften Beitrag, verfasst von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. ULRICH IMMENGA, werden Mittelstandskooperationen nach dem neuen deutschen GWB und diesbezügliche Lösungsmöglichkeiten für die Schweiz vorgestellt. Dem Leser wird vorweg auf verständliche und treffende Art und Weise das komplexe deutsche Freistellungssystem näher gebracht, welches von einem Kartellverbot geprägt ist. Das Kartellverbot nach GWB ist dann nicht anwendbar, wenn eine ausdrückliche Freistellung durch Mitwirkung der Kartellbehörde erfolgt. Kennzeichnend für dieses System ist im Weiteren, dass sich die Freistellung nach bestimmten Kartellformen orientiert, wie beispielsweise eben Mittelstands- oder Einkaufskooperationen. Erstere haben gemäss dem GWB der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu dienen, indem wirtschaftliche Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit rationalisiert werden, wobei der Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht wesentlich beeinträchtigt werden darf. Abgesehen vom Rationalisierungskriterium gilt für die Einkaufskooperationen dasselbe. Der Autor wirft abschliessend die Frage auf, ob in der Schweiz betreffend Mittelstands- und Einkaufskooperationen gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Unter Verweis auf Art. 5 Abs. 2 KG, welchem die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu Grunde liegt, wird dies für die Mittelstandskooperationen verneint. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf sieht der Autor allenfalls bei Einkaufskooperationen, welchen kein Rationalisierungseffekt zu Grunde liegt und welche demzufolge auch nicht von der Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG erfasst sein dürften.

Der letzte Beitrag, verfasst von PD Dr. iur. ISABELLE HÄNER, Rechtsanwältin, behandelt die Frage, welche Einsatzmöglichkeiten dem Comfort Letter im schweizerischen Recht zukommen. Der Comfort Letter (Verwaltungsschreiben) hat im europäischen Wettbewerbsrecht seinen festen Platz. Entstanden ist er als Folge des langwierigen Freistellungsverfahrens, welches dem rechtsuchenden Unternehmer unzumutbare Wartezeiten auferlegte. Mit einem Comfort Letter teilt die Generaldirektion für Wettbewerb dem Unternehmer in rascher und unbürokratischer Weise mit, dass sie keinen Anlass für ein Einschreiten sieht.

Mit einem Discomfort Letter wird demgegenüber mitgeteilt, dass ein Wettbewerbsverstoss vorliegt und keine Freistellung gewährt werden kann. Ein Comfort Letter bindet die Kommission der europäischen Gemeinschaften, aber nicht die Gerichte der Nationalstaaten. Die Autorin macht im schweizerischen Kartellrecht drei Erscheinungsformen des Comfort Letters ausfindig: die Unbedenklichkeitserklärung des Sekretariates im Rahmen von kostenpflichtigen Beratungen (Art. 23 Abs. 2 KG), die Unbedenklichkeitserklärung des Sekretariates bei Vorabklärungen über den Weg der Anregungen (vgl. Art. 26 Abs. 2 KG) sowie die Unbedenklichkeitserklärung der Wettbewerbskommission im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle (Art. 16 Abs. 1 VKU). Diese drei Formen des Comfort Letters werden von der Autorin nicht als Verfügungen, sondern grundsätzlich als behördliche Auskünfte qualifiziert, welche nur unter bestimmten Voraussetzungen Verbindlichkeitswirkung erlangen. In fundierter Weise wird alsdann für die drei verschiedenen Formen des Comfort Letters auf diese Voraussetzungen eingegangen. Im Sinne eines Zwischenfazit stellt die Autorin fest, dass die Bindungswirkung der Auskunft wesentlich von der jeweiligen Formulierung abhängt (formulierte Vorbehalte) und dass sich eine allfällige Bindungswirkung auf diejenige Behörde beschränkt, welche die Auskunft erteilt hat. Die Autorin macht generell eine beschränkte Orientierungsgewissheit bzw. fehlende Rechtssicherheit von solchen Unbedenklichkeitserklärungen aus. Im Beitrag wird zu Recht dargelegt, dass gerade im Hinblick auf die Kartellgesetzrevision, welche unter anderem eine vorgängige Meldemöglichkeit mit sanktionsbefreiender Wirkung vorsieht, vermehrt Rechtssicherheit geschaffen werden muss. Als mögliche zukünftige Instrumente in diesem Zusammenhang nennt die Autorin die Verfügungskompetenz des Sekretariates sowie ein Widerspruchsverfahren vergleichbar mit demjenigen bei Unternehmenszusammen-

schlüssen gemäss Art. 32 Abs. 1 KG. Mit diesem Beitrag wird eine Einordnung der kartellrechtlichen Unbedenklichkeitserklärungen in die «klassische» Verwaltungsrechtsdogmatik vorgenommen und überdies auch ein konstruktiv-kritischer Blick in die (revidierte) Kartellrechtszukunft angestellt.

So verschieden die Beiträge in diesem Sammelwerk auch sind, für den Praktiker stellen sie wertvolle und fundierte Hilfestellungen dar.

*RA Heinz Leitner, LL.M., Zürich*