

Besprechung / Compte rendu

Grands principes du droit de la concurrence – Droit communautaire, droit suisse

PIERRE MERCIER / OLIVIER MACH / HUBERT GILLIERON / SIMON AFFOLTER

Dossier de droit européen No. 7

Helbling & Lichtenhahn, Bâle, Bruylant, Bruxelles 1999, 846 Seiten, CHF 88.–,

ISBN 3-7190-1796-6

Seit dem 1. Juli 1996 hat auch die Schweiz ein Kartellgesetz (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, SR 251), das diesen Namen wirklich verdient. Es ist wie andere moderne Wettbewerbsordnungen (darunter insbesondere auch das EG-Kartellrecht) auf drei Säulen aufgebaut: Abreden zwischen Unternehmen, das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse sollen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsprinzip hin überprüft werden.

Im Werk von MERCIER, MACH, GILLIÉRON und AFFOLTER steht das europäische Kartellrecht seinem Vorbildcharakter entsprechend im Mittelpunkt der umfassenden Darstellung. Der Titel «Grands principes» ist dabei leicht untertrieben, wird doch von den vier Westschweizer Autoren das europäische und das schweizerische Kartellrecht nicht nur in den Grundzügen dargestellt, sondern sie haben es sich zur Aufgabe gemacht, die in den beiden Rechtsordnungen auftretenden kartellrechtlichen Problemlagen aufgrund einer eingehenden Analyse der Fallpraxis aufzuzeichnen. Wie sie in der Einleitung zutreffend darauf hinweisen, geht es ihnen dabei nicht um eine wissenschaftliche Auseinandersetzung, sondern um eine konzise und anhand zahlreicher Quellen aus der Anwendungspraxis beantwortung kartellrechtlicher Fragestellungen. Dafür verwenden sie eine erfrischende systematische Darstellung in ihrem Werk, indem sie den Haupttext mit Hilfe von stichwortartigen Randbemerkungen systematisch aufgliedern. Diese Darstellungstechnik hilft insbesondere dem Praktiker, das von ihm gesuchte Problemfeld rasch aufzufinden.

Für den von den Autoren beim EG-Recht angesiedelten Schwerpunkt kann auch aus Schweizer Sicht Verständnis aufgebracht werden. Jede Auseinandersetzung mit den materiellrechtlichen Bestimmungen des Schweizer Rechts (vgl. insbesondere Art. 5, 7 und 10 des Kartellgesetzes) führt zur Erkenntnis, dass Vorgaben im EG-Recht bestehen, welche bei der Auslegung der auch im Schweizer Kartellrecht verwendeten offenen Begriffe hilfreich sind. Der Schweizerische Bundesrat hat denn auch in seiner Botschaft zum Kartellgesetz aus dem Jahre 1995 darauf hingewiesen, dass sich das damals neue Schweizer Recht in gewissen Bereichen an die bestandenene Vorgaben des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union anlehnt (1995 I 468). Allerdings darf die Ähnlichkeit des Systems für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen und sogar des Wortlautes einzelner Bestimmungen des EG-Rechts mit dem Schweizer Recht nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Zielrichtungen der beiden Rechtsordnungen nicht in jedem Fall identisch sind. Zwar ist Anliegen beider Rechtsordnungen, ein Wettbewerbssystem zu errichten und aufrecht zu erhalten. Das europäische Recht ist jedoch zusätzlich von einem integrationspolitischen Ansatz geprägt; die zwischen den Mitgliedstaaten bestehende Warenverkehrsfreiheit soll durch die Errichtung von Handelsschranken durch Unternehmen (private oder öffentliche) nicht beeinträchtigt werden.

Inhaltlich ist das Werk in fünf Teile gegliedert. In einem ersten Teil werden die materiellrechtlichen Regeln des EG-Kartellrechts betreffend Wettbewerbsabreden und das Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen (Art. 81 und 82 EG-Vertrag) behandelt. Zu Recht weisen die Autoren dabei darauf hin, dass das materielle EG-Kartellrecht nicht nur strikte im Verhältnis zwischen Unternehmen Anwendung findet, sondern die Wettbewerbsregeln durchaus auch als materielle Grundlage für ein

Vertragsverletzungsverfahren gegenüber einem Mitgliedstaat herangezogen werden können, wenn der betreffende Mitgliedstaat einen Rechtsrahmen geschaffen hat oder aufrechterhält, der wettbewerbsbeeinträchtigendes Verhalten der Unternehmen ermöglicht oder fördert (vgl. S. 20 ff.). Aus Schweizer Sicht von besonderem Interesse in diesem Teil sind die Ausführungen über die Anwendung des EG-Kartellrechts auf Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten (S. 90 ff.). Den Autoren ist es gelungen, die sich über einen längeren Zeitraum entwickelte Praxis mit ihren Nuancen darzustellen. Das Werk ist im Jahre 1999 erschienen. Dieser Erscheinungszeitpunkt hat es den Autoren verunmöglicht, die erst am 22. Dezember 1999 verabschiedete Gruppenfreistellungsverordnung über Vertikalabreden in ihre Betrachtungen mit einzubeziehen. Dass die Autoren jedoch ihr Werk sorgfältig redigiert haben, zeigt sich daran, dass sie nicht nur auf diese wichtige zukünftige Rechtsentwicklung hinwiesen, sondern auch die damals bestehenden Materialien verarbeitet haben (S. 151 f.). Der materiellrechtliche Teil wird abgerundet mit einer Analyse der Praxis über die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen und mit dem politisch heiklen Teil zur Frage, wie sich öffentliche Unternehmen in einer Wettbewerbsordnung zu verhalten haben.

Im zweiten Teil haben sich die Autoren die aus Schweizer Sicht eher undankbare Aufgabe gestellt, die Verfahrensvorschriften des EG-Kartellrechts zu beschreiben und anhand der einschlägigen Praxis zu dokumentieren. Das Verfahrensrecht ist bekanntlich ein Gebiet, bei welchem der Umgang bei der praktischen Anwendung erarbeitet werden muss. Die Schweizer Praktiker sind jedoch in der Rechtsordnung der EG weitgehend von einem unmittelbaren Zugang ausgeschlossen. Aus Schweizer Sicht ist erfreulich, dass sich die Autoren nicht auf die Beschreibung der prozeduralen Ansätze des Rechtssystems der EG beschränkt, sondern die hier besonders interessierenden Drittstaataspekte mitberücksichtigt haben. So findet sich ein sorgfältig redigierter Abschnitt über die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln vor Gerichten von Drittstaaten (S. 492 ff.) und insbesondere auch ein Abschnitt zur Frage, ob und inwiefern Schiedsgerichte bei ihrer Rechtsprechung die Regeln des EG-Kartellrechts zu berücksichtigen haben (S. 524 ff.). Die Autoren weisen zu Recht darauf hin, dass sowohl die Wahl eines Drittstaatsrechts als auch eines Schiedsgerichts mit Sitz in einem Drittstaat nicht dazu führen können, dass die Wettbewerbsregeln des EG-Kartellrechts im Vorneherein unbeachtlich wären. Vielmehr weisen sie darauf hin, dass die Frage der Kartellrechtskonformität beim Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen der entsprechenden Eingriffsnormen durch ein Drittstaatschiedsgericht geprüft werden sollte (vgl. insbesondere S. 533 f.). Die Parteien wären häufig schlecht beraten, sich dem zu widersetzen. Letztlich besteht bei Schiedsverfahren mit Berührungspunkten zum EG-Kartellrecht immer die Wahrscheinlichkeit, dass ein ergangener Schiedsspruch in einem EG-Mitgliedstaat vollstreckt werden muss und folglich die Frage der Vollstreckbarkeit unter dem Aspekt des *ordre public communautaire*, zu dem auch das EG-Kartellrecht zu zählen ist, sich in jedem Fall stellt.

Im dritten Teil setzen sich die Autoren mit den Vorschriften der EG-Fusionskontrollverordnung auseinander. Für Schweizer Unternehmen mit internationaler Ausrichtung sind diese Vorschriften von grosser Bedeutung und Teil der täglichen Arbeit der Rechtsberater dieser Unternehmen. Den Autoren ist es gelungen, die für die Beurteilung der Meldepflicht entscheidenden Kriterien präzise darzustellen. Auch bezüglich der materiellen Eingriffsvoraussetzungen findet sich ein Überblick über die in der Praxis angewendeten Konzepte – darunter das auch in jüngster Zeit öfters für eine Intervention gebrauchte Konzept der kollektiven Marktbeherrschung, das immer wieder Anlass zu kritischen Bemerkungen gibt (S. 587 f.). Für den Praktiker ist diese kurze Übersicht über die Fusionskontrolle hilfreich. Bedauern könnte man einzig das Fehlen einer im Bereich der Fusionskontrolle besonders wertvollen branchenbezogenen Darstellung, doch kann man sich fragen, ob dies Aufgabe eines Werks sein muss, das sich mit den Grundzügen des Wettbewerbsrechts auseinandersetzen will.

Im vierten Teil des Werks findet sich eine knapp neunzigseitige Auseinandersetzung mit dem Schweizer Kartellgesetz vom Oktober 1995. Es ist dies der erste umfassende Beitrag zum schweizerischen Kartellgesetz in französischer Sprache. Den Autoren ist es gelungen, auf knappem Raum die Grundzüge des Schweizer Kartellrechts abzuhandeln und die dazugehörige Praxis, insbesondere der Wettbewerbskommission, konzise darzustellen. Angesichts der im Zeitpunkt der Publikation des Werks recht kurzen Geltungsdauer des Schweizer Kartellgesetzes versteht es sich von selbst, dass der Schweizer Teil im Vergleich zum europäischen Teil knapp ausgefallen ist. Als im Kartellrecht engagierter Praktiker bleibt nur zu hoffen, dass die Autoren nach einigen zusätzlichen Jahren Schweizer Praxis die Energie aufbringen, erneut mit ihrem gelungenen Konzept an die Öffentlichkeit zu treten.

Im fünften und letzten Teil ihres Werks setzen sich die Autoren mit dem gemeinschaftsrechtlichen Regelwerk zur Überprüfung von staatlichen Beihilfen auseinander. Das Bewusstsein über die Bedeutung dieses Bereichs scheint in der Schweiz im Gegensatz zur Europäischen Union noch nicht weit gediehen zu sein. Immerhin gibt es im politischen Umfeld immer wieder Stimmen, die zu Recht darauf hinweisen, dass Staatshandlungen (darunter auch Beihilfen oder in der schweizerischen Terminologie Subventionen) weitreichende Wettbewerbswirkungen haben können. Es ist deshalb zu begrüßen, dass die Autoren auch diesen komplexen Teil in knapper Form in ihr Werk aufgenommen haben. Dass das schweizerische Recht in diesem Teil relativ kurz abgehandelt wird (S. 789 ff.) hängt nicht mit fehlendem Engagement der Autoren zusammen, sondern mit der Tatsache, dass in der Schweiz keine vergleichbaren Rechtsvorschriften bestehen.

Es ist den Autoren des konzisen und trotzdem umfassenden Werks zu wünschen, dass ihr gelungener systematischer Aufbau Schule macht und über die Grenzen der (West-) Schweiz hinaus Beachtung findet – auch wenn es ein insbesondere EG-rechtliches Werk ist, das von sachverständigen Autoren mit Sitz in einem Drittstaat geschrieben worden ist.

RA Dr. Jürg Borer, Zürich