



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik

Carl Baudenbacher

Institutionelles Setting
Vertikale Abreden
Sanktionierung von
Einzelpersonen
Zivilrechtliche Verfahren
with an English summary

Strukturberichterstattung Nr. 44/3

Evaluation Kartellgesetz

**Studie im Auftrag des
Staatssekretariats für Wirtschaft**



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik

Carl Baudenbacher

Institutionelles Setting
Vertikale Abreden
Sanktionierung von
Einzelpersonen
Zivilrechtliche Verfahren
with an English summary

Strukturberichterstattung
Nr. 44/3

Evaluation Kartellgesetz

Bern, 2009

Studie im Auftrag des
Staatssekretariats für Wirtschaft
Begleitet von der Evaluationsgruppe
Kartellgesetz

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

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

Inhaltsübersicht

Grundprobleme des schweizerischen Kartellrechts: Institutionelles Setting – Vertikale Abreden – Sanktionierung von Einzelpersonen – Zivilrechtliche Verfahren

Vorwort	I
Teil 1 Institutionelles Setting	1
Teil 2 Vertikale Abreden	56
Teil 3 Sanktionierung von Einzelpersonen	116
Teil 4 Zivilrechtliche Verfahren	173

Table of Contents

English summary: Evaluation of some core fields of the Swiss Cartel Act: Institutional Setting – Vertical Agreements – Sanctioning of Individuals – Private Enforcement

Preface	228
Part 1 Institutional Setting	229
Part 2 Vertical Agreements	241
Part 3 Sanctioning of Individuals	256
Part 4 Private Enforcement	271

Vorwort

Die vorliegende Publikation fusst auf einem Gutachten, das der Verfasser im Herbst 2008 dem Staatssekretariat für Wirtschaft SECO im Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement EVD erstattet hat. 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 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 wird einbezogen. Alsdann werden die Punkte herausgearbeitet, 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 Erörterungen basieren 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. MLaw (Bern) *Laura Melusine Baudenbacher* hat die englische Zusammenfassung editiert. *Sorja Greutmann* und MLaw HSG *Felipe Perez Pose* haben das Manuskript kritisch durchgesehen. Ihnen allen gebührt mein Dank.

Luxemburg/St. Gallen, im Januar 2009

Carl Baudenbacher

Teil 1 Institutionelles Setting

A. Einleitung	3
B. Zusammensetzung und Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden	4
I. Grösse und Mitglieder	4
1. Schweiz	4
2. Niederlande	6
3. Schweden	7
4. Frankreich	8
5. Weitere Staaten	10
II. Wahl und Wiederwahl der Mitglieder, Einflussnahme von Regierung und Parlament	12
1. Schweiz	12
2. Niederlande	14
3. Schweden	15
4. Frankreich	15
5. Weitere Staaten	16
III. Professionalisierungsgrad, Anstellungsbedingungen und beruflicher Hintergrund	18
1. Schweiz	18
2. Niederlande	19
3. Schweden	19
4. Frankreich	20
5. Weitere Staaten	20
IV. Verhältnis Untersuchungsbehörde - Entscheidungsbehörde	21
1. Schweiz	21
2. Niederlande	25
3. Frankreich	27
4. Schweden und andere nordische Staaten	28
5. Weitere Staaten	30

C.	Zusammenarbeit mit den europäischen Institutionen	33
I.	Schweiz	33
II.	Niederlande	38
III.	Frankreich	39
IV.	Schweden	39
D.	Abweichungen	40
I.	Grundsätzliches	40
II.	Zusammensetzung und Tätigkeit der WEKO	40
III.	Folgen des europapolitischen Alleingangs der Schweiz	43
E.	Handlungsempfehlungen	43
I.	Zusammensetzung und Tätigkeit der WEKO	43
II.	Abschluss eines Kooperationsabkommens mit der EU	53

Teil 1 Institutionelles Setting

A. Einleitung

Im Kartellrecht gibt es im Wesentlichen zwei Modelle der Durchsetzung durch Wettbewerbsbehörden¹: Das europäische und das US-amerikanische. In den USA führen die Wettbewerbsbehörden die Untersuchungen durch und klagen dann 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 den Fall untersucht und über ihn entscheidet. Gegen diese Entscheidungen 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

¹ Vgl. z.B. *Douglas Ginsburg*, Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe, *Journal of Competition Law and Economics* 1 (3) (2005), 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.* (1992), 405; *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 Nr. 3 (2006), 454.

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.

B. Zusammensetzung und Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden

I. Grösse und Mitglieder

1. Schweiz

Die WEKO besteht gemäss Artikel 18 (2) KG aus 11 - 15 Mitgliedern. Nach Artikel 18 (2) (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, offensichtlich ein höheres Pensum.

Nach Artikel 19 (1) KG kann sich die WEKO in Kammern mit selbständiger Entscheidungsbefugnis gliedern. Gemäss Artikel 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. Artikel 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.

⁶ Weiterführend dazu *Rolf Dähler*, Wettbewerbsbehörden: Aufgaben und Befugnisse, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), 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.

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 Artikel 19 (1) KG eine Kann-Vorschrift enthält. Danach kann sich die Kommission „in Kammern mit selbständiger Entscheidungsbefugnis gliedern.“ Aufgrund einer 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**. Die Entscheidungen werden also fortan 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.

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

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 12.000 CHF jährlich. 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.

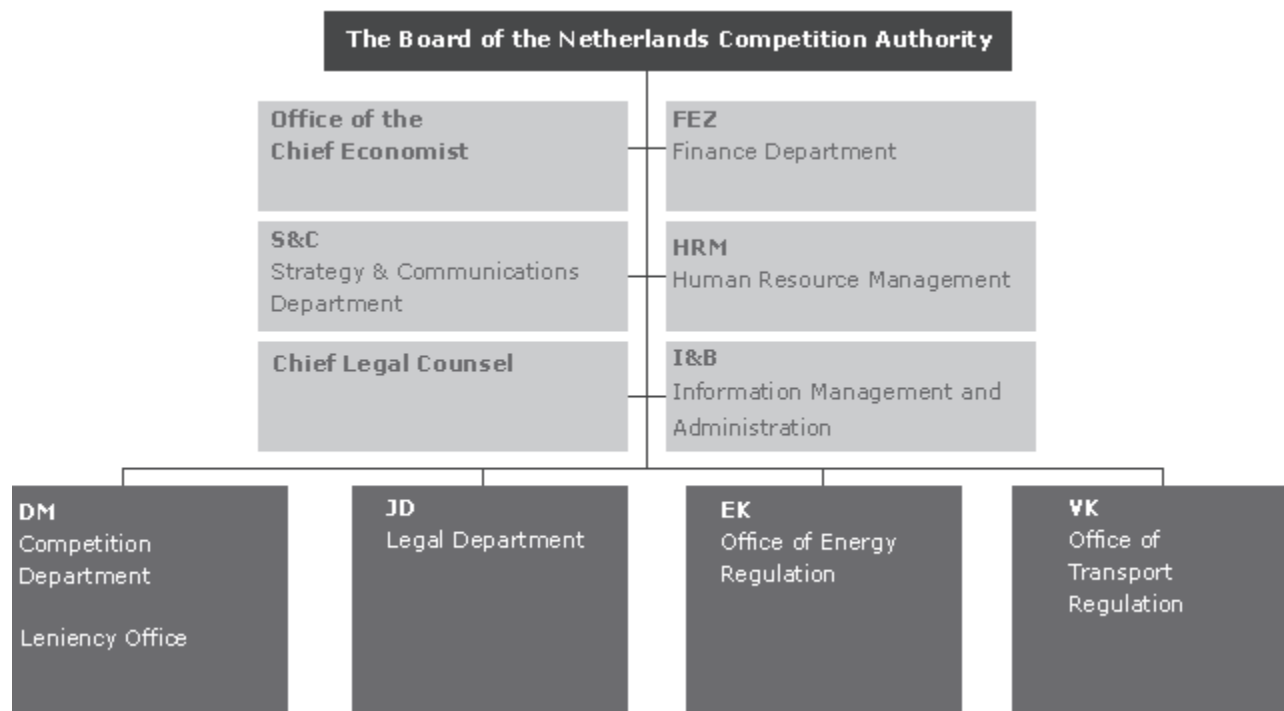
2. Niederlande

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

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

(Artikel 81 und 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.



(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

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

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

Konkurrensverket hat 110 Mitarbeiter. 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 Taxiunternehmen. Der Competition Act kennt im Übrigen keine dem Artikel 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 repression 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,

¹³ Konkurrenslag, SFS 1993:20. Für eine englische Version : http://www.kkv.se/t/Page___905.aspx, zuletzt besucht am 27.6.2008.

¹⁴ *Fredrik Lindblom*, Rapporteur für Schweden, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 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: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 156 f.

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.

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.

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: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 154.

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

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 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.

²¹ *Laurence Idot*, Rapporteur für Frankreich, in: Dermot Cahill (ed.), *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: Dermot Cahill (ed.), *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.

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

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

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

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.

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.

II. Wahl und Wiederwahl der Mitglieder, Einflussnahme von Regierung und Parlament

1. Schweiz

Der **Gesamtbundesrat** wählt die Mitglieder der WEKO und bezeichnet die Mitglieder des Präsidiums (Artikel 18 [1] KG). Die Federführung kommt der Vorsteherin des **Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements** (EVD) zu. Nach Artikel 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 Artikel 15 (1) und (2) der Kommissionsverordnung ist die Amtszeit normalerweise auf insgesamt **zwölf Jahre** beschränkt. Gemäss Artikel 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 Artikel 7 Kommissionsverordnung „wer die Voraussetzungen für eine Anstellung in der Bundesverwaltung erfüllt“. In Kombination mit den Artikeln 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 faktisch von ihrem Verband bestimmt werden. Es handelt sich um offizielle Repräsentanten der Wirtschaft.³⁰

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

²⁹ Vgl. dazu unten, E. I. (5).

³⁰ So zutreffend *Philipp Zurkinden/Hans Rudolf Trüeb*, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich 2004, Artikel 22 Rz. 3.

Bundeskartellamt von Zeit zu Zeit Gegenstand von Debatten. Die WEKO ist gemäss Artikel 19 (2) KG administrativ dem EVD zugeordnet. Gleichzeitig stellt Artikel 19 (1) KG klar, dass sie von den Verwaltungsbehörden unabhängig ist. Das heisst, dass sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben keine Weisungen entgegenzunehmen hat.³¹ 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.³² 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.³³ Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass Mitglieder des **Parlaments** es mitunter an der erforderlichen Distanz (v.a.) gegenüber dem Sekretariat fehlen lassen.

³¹ Vgl. z.B. *Jürg Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 19 Rz. 1.

³² 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.

³³ 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.³⁴ 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 1/2003³⁵ und Verordnung 139/2004³⁶. 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.

³⁴ Dutch Competition Act of 22 May 1997, http://www.nmanet.nl/Images/14_26063_tcm16-24409.pdf, zuletzt besucht am 27. Juni 2008.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

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 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 bei der 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.³⁷ Die **japanische** Wettbewerbsbehörde weist eine gerichtsähnliche Unabhängigkeit auf. Die Regierung kann ihr nach herrschender Meinung keine Weisungen erteilen.³⁸

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.³⁹ Auch die **EU-Kommissare**, die höchste Entscheidungsebene in EU-Wettbewerbsangelegenheiten, werden vom Europäischen Parlament bestätigt.

Erwähnenswert ist die **italienische Lösung**.⁴⁰ 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**

³⁷ 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.

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

³⁹ *Michiyoshi Mishiro*, Die Annäherung des Wettbewerbsverfahrens an das Gerichtsverfahren, Berlin 2004, 287 und 322.

⁴⁰ Art. 10 legge n. 287 del 10 ottobre 1990.

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 Tesauo* 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 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 **Amtsdauer** 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.⁴¹

⁴¹ 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.

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 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.⁴²

Gemäss Artikel 22 (1) KG tritt ein Mitglied der WEKO in den **Ausstand**, wenn ein entsprechender Grund nach Artikel 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

⁴² <http://www.weko.admin.ch/kommission/00221/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 23. Juli 2008.

Verschwägerung 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**⁴³: Gemäss Artikel 22 (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 Artikel 22 (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 Remuneration 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 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 Konkurrentenverket Schwierigkeiten, talentierte

⁴³ So zutreffend *Jürg Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 22, Rz. 4.

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-maître 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 Funktionärdiploms der Kategorie A 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.

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.⁴⁴

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 Artikel 27 (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.⁴⁵ Nach Artikel 30 (1) KG stellt das Sekretariat **Antrag** an die WEKO auf Erlass einer Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer (vom Sekretariat ausgehandelten) einvernehmlichen Regelung. Im Verfahren vor der WEKO haben die Beteiligten aufgrund ihres

⁴⁴ 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.

⁴⁵ *Jürg Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 30, Rz. 6.

Anspruchs auf rechtliches Gehör das Recht, schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen (Artikel 30 [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 Artikel 27 (1) KG bedarf das Sekretariat zur Eröffnung einer Untersuchung der Zustimmung eines Mitglieds des Präsidiums der Kommission. Die Zustimmung ist aber Formsache. Nach Artikel 30 (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**, die v.a. von Rechtsanwältinnen 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, den Entscheidungsfindungsprozess der WEKO zu beeinflussen. Dieses Potenzial wird auch genutzt. Das Sekretariat ist mit Vollzeitmitarbeitern ausgestattet; es verfügt über erheblichen 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, eigenständig 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 von

Vertretern des Sekretariats durch das Verfahren vor der 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 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 Artikel 27 KG ein **Untersuchungsverfahren einzuleiten**, mitunter nur zögerlich Gebrauch macht. Beschwerdeführer beklagen, dass sie, obwohl die in Artikel 27 KG genannten Voraussetzungen erfüllt sind, auf den Zivilweg verwiesen werden.

(4) Gemäss mehrfachen Wortmeldungen von Anwälten besteht ein weiterer Mangel darin, dass das Sekretariat Parteien mitunter auch dort zu einer **einvernehmlichen Regelung zwingt**, wo eine solche nicht angemessen ist. 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.⁴⁶ 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 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) ist für die Unternehmen und ihre Berater unter Gesichtspunkten der **Rechtssicherheit** und

⁴⁶ The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Switzerland, OECD 2006, 22.

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 Verfügungskompetenz fehlte und sie sich auf die Erteilung von Empfehlungen beschränken musste.⁴⁷

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-Transplantierung** solcher Erlasse in das schweizerische Recht das unerlässliche **rechtspolitische Fundament** fehlt, das nur mit einem Bottom-Up-Vorgehen zu legen wäre.⁴⁸

(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.

⁴⁷ Vgl. *Walter Stoffel*, *Swiss Competition Law: Where from and where to?*, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (eds.), *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?*, in: Juerg Furrer/Bruno Gehrig (Hrsg.), *Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik: Festschrift für Franz Jaeger*, Chur 2001.

⁴⁸ Vgl. dazu unten, Teil 2.

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 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.⁴⁹ Dazu ist aber auch anzumerken, dass die NMa so aufgebaut ist, dass ihre Mitarbeiter 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.⁵⁰

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

⁴⁹ *Rein Wesseling*, Rapporteur für die Niederlande, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 412.

⁵⁰ *Rein Wesseling*, Rapporteur für die Niederlande, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 418, 424.

laufen unabhängig voneinander, und niederländische Zivilgerichte behandeln Klagen normalerweise auch dann materiell, wenn die Rechtsstreitigkeit von der NMa (noch) nicht behandelt worden ist.⁵¹

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.

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*⁵² stützte, wurde die Waffengleichheit dadurch verbessert,

⁵¹ Rein Wesseling, Rapporteur für die Niederlande, in: Dermot Cahill (ed.), The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 417.

⁵² Cass. Com., 5. Oktober 1999, JCP, 1999.II.10203, conclusion J. Sainte-Rose.

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**.⁵³ Das genaue Verhältnis zwischen Conseil (rapporteurs) und der DGCCRF ist in einer *Charte de coopération et d'objectifs* geregelt.⁵⁴ Die Funktionen sind somit klar getrennt.⁵⁵

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.

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

⁵³ *Laurence Idot*, Rapporteur für Frankreich, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 168.

⁵⁴ *Charte de coopération et d'objectifs* du 28 janvier 2005, <http://www.conseil-concurrence.fr/doc/chartecooperation.pdf>, zuletzt besucht am 27. Juni 2008.

⁵⁵ 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).

(„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.⁵⁶

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.⁵⁷ 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.

⁵⁶ *Fredrik Lindblom*, Rapporteur für Schweden, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 557.

⁵⁷ *Fredrik Lindblom*, Rapporteur für Schweden, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 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.⁵⁸

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.⁵⁹ Die wettbewerbsrechtliche Strafverfolgung wird der Staatsanwaltschaft übergeben. Auch hier besteht eine saubere rechtsstaatliche Vorgehensweise: Im wettbewerbsrechtlichen Verwaltungsverfahren steht den Parteien der Schutz vor Selbstbezeichnung 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.⁶⁰

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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ *Michiyoshi Mishiro*, Die Annäherung des Wettbewerbsverfahrens an das Gerichtsverfahren, Berlin 2004, 323.

⁶⁰ *Michiyoshi Mishiro*, Die Annäherung des Wettbewerbsverfahrens an das Gerichtsverfahren, Berlin 2004, 122.

Entscheidende Bedeutung kommt dabei der Frage zu, ob eine Sanktion strafrechtlichen Charakter i.S.v. Artikel 6 EMRK aufweist. Das ist anhand formaler Kriterien zu bestimmen.⁶¹ 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** 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.⁶²

Überträgt man das auf die Schweiz, so hätte eine auf der Grundlage von Artikel 49a KG modellierte individuelle Sanktion aufgrund ihrer Funktion und Eingriffsintensität **strafrechtlichen Charakter** im Sinne von Artikel 6 EMRK. Allerdings handelte es sich lediglich um einen strafrechtlichen Charakter im weiteren Sinne,⁶³ weil die Sanktion kein soziales Unwerturteil enthielte. Infolgedessen wären die Massstäbe von Artikel 6 EMRK nur in abgeschwächter Form anwendbar.

Artikel 6 (1) (1) EMRK verlangt, dass über die strafrechtliche Anklage ein **unabhängiges und unparteiisches Gericht** entscheiden muss. Die nach Artikel 53 (1) KG zur Entscheidung über die Verhängung möglicher individueller Verwaltungssanktionen berufene WEKO weist jedoch die entsprechenden Merkmale nicht auf. Zwar ist sie gemäss Artikel 19 (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 Artikel 53 (1) KG vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Präsidiumsmitglied der später

⁶¹ EGMR, Urt. v. 23. November 1976, No. 5100/71, *Engel v. Niederlande* (EuGRZ 1976, 221 ff.).

⁶² EKMR (1992), 14 E.H.H.R. 5090, *Société Stenuit v. France*.

⁶³ *Wouter P. J. Wils*, Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?, in: Claus-Dieter Ehlermann/Isabella Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels*, Oxford 2007, 274.

entscheidungsbefugten WEKO geführt werden.⁶⁴ 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.⁶⁵

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 strafrechtlichen Charakters ein überwiegend **verwaltungsrechtliches Gepräge** aufweisen, reicht es aus, wenn zunächst eine nicht den Anforderungen von Artikel 6 (1) EMRK entsprechende Behörde zuständig ist, vorausgesetzt, dass deren Entscheidung vor einem **Gericht** i.S.d. Artikels 6 (1) (1) EMRK angegriffen werden kann.⁶⁶ Diese Bedingung ist im Fall der Schweiz grundsätzlich erfüllt, da gemäss Artikel 31 i.V.m. Artikel 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.⁶⁷ Solange die gerichtliche Kontrolle in der Gemeinschaft als mit Artikel 6 (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

⁶⁴ 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 (1) EMRK jedoch nicht genügen.

⁶⁵ Ähnlich *Yvo Hangartner*, Aspekte des Verwaltungsfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen (2004), 275.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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*, Vol. 1, No. 2 (2005), 3 ff. ; *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 (eds.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, 1st edition, London 2008, 6-1-015.

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.⁶⁸ 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 **Submissionsabsprachesysteme** wurden erst spät zerschlagen (oder sie implodierten). **Hausdurchsuchungen**, die im europäischen Binnenmarkt schon lange üblich sind, 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**,

⁶⁸ Vgl. *Carl Baudenbacher*, Kartellrechtsreform 2001 - Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga 1995 nun die Qualifikation für die Champions League?, in: Juerg Furrer/Bruno Gehrig (Hrsg.), Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik: Festschrift für Franz Jaeger, Chur 2001.

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.⁶⁹

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.⁷⁰

⁶⁹ *Walter Stoffel*, Swiss Competition Law: Where from and where to?, in: Peter Gauch/Franz Werro/Paxcal Pichonnaz (eds.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genf/Zürich/Basel 2008, 688, Rz. 47.

⁷⁰ 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. 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)."

Die **grenzüberschreitende Kooperation** der Schweizer Behörden in Europa ist beschränkt. Mit der EG hat die Schweiz zwei bilaterale Abkommen geschlossen, welche den Wettbewerb betreffen. Zunächst enthält das Freihandelsabkommen (FHA) von 1972⁷¹ Wettbewerbsvorschriften. Es handelt sich aber primär um eine handelspolitische Regelung. Bei unzulässigen Wettbewerbseinschränkungen sieht Artikel 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**⁷² 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 (Artikel 11) und die Auslegung ist dynamisch (Artikel 1 [2]). Artikel 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 OECD⁷³, im informellen globalen Netzwerk ICN, wo sich Schweizer Akteure erfolgreich in Szene setzen, in der UNCTAD und der WTO vorgesehen.⁷⁴ 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. Artikel 271 StGB (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat) und Artikel 273 StGB (wirtschaftlicher Nachrichtendienst) sind in diesem Zusammenhang zu beachten. Im Fall *Stanley Adams* hat das Bundesgericht im Jahre 1978 ausdrücklich festgehalten, dass das Freihandelsabkommen Schweiz – EG der Anwendung der **Strafbestimmungen nicht entgegensteht**. Gestützt darauf hat es die Verurteilung von Adams durch die Basler Gerichte zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 1 Jahr und zu 5 Jahren

⁷¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972, SR 0.632.401.

⁷² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68.

⁷³ 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).

⁷⁴ The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Switzerland, OECD 2006, 26.

Landesverweisung bestätigt.⁷⁵ 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 Artikel 273 StGB u.a. die „Erhaltung der nationalen Wirtschaft“.⁷⁶ *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 Artikels 273 StGB gehe fehl. Ihr komme gegenüber dem klaren Wortlaut, nach dem es auf solche Verhältnisse nicht ankommt, keine Bedeutung zu.⁷⁷ 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 Artikel 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

⁷⁵ BGE 104 IV 175, E. 2c.

⁷⁶ Jörg Rehberg (Hrsg.), StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 1999, Art. 273; ebenso die aktuelle Ausgabe dieser Kommentierung: Andreas Donatsch (Hrsg.), StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 2006, Art. 273.

⁷⁷ BGE 104 IV 175, E. 2 und 2a; vgl. auch *Julia Xoudis*, Rapporteur für die Schweiz, in: Dermot Cahill (ed.), The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 582.

eines Einzelnen aus der Schweiz.“ Dr. Azizi fragte 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.⁷⁸ 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.**⁷⁹

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.⁸⁰ 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.⁸¹ Diesfalls wird regelmässig sogar der *case handler* des Unternehmens angegeben. Aber damit sind die Probleme im Zusammenhang mit den Artikeln 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

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ *Benoit Merkt*, Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, Bern 2000, 283.

⁸¹ Bei Fusionskontrollverfahren etwa kann eine Partei ein Interesse haben, den *waiver letter* zu erteilen, damit das Verfahren dadurch etwas beschleunigt wird.

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.

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.⁸² Die NMa hatte die

⁸² Entscheidung NMa-2269 vom 14. Januar 2003 ("Garnalen").

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 Amtsstellen 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 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.⁸³

IV. Schweden

Auch in Schweden wird die Bedeutung des **ECN** als sehr wichtig eingeschätzt.⁸⁴ 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.⁸⁵

⁸³ *Laurence Idot*, Rapporteur für Frankreich, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 168.

⁸⁴ Schwedischer Bericht an den XXIII FIDE Kongress in Linz.

⁸⁵ *Fredrik Lindblom*, Rapporteur für Schweden, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 558.

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.

II. Zusammensetzung und Tätigkeit der WEKO

Viele Aspekte des schweizerischen institutionellen Setting sind von der OECD scharf kritisiert worden.⁸⁶ 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.⁸⁷ Es gibt eine interessante Parallele zu dieser

⁸⁶ The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Switzerland, OECD 2006, 18 ff.

⁸⁷ 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“.

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 **Erllass von Bekanntmachungen** auch (und offenbar gerade) dann nicht in Ausstand treten, wenn sie ein besonderes Interesse an bestimmten Fragen haben. Bekanntmachungen sind im Gegensatz zu Verfügungen jedenfalls faktisch von generell-abstrakter Tragweite.

(3) Kritisiert wird, dass einzelne Mitglieder der WEKO teilweise nicht an allen **Beweisaufnahmen** (insbesondere an den Hearings) beziehungsweise **Kommissionssitzungen** 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 eigentlicher **Kommission und Sekretariat** 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.⁸⁸

(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 Artikel 29 [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.

⁸⁸ Vgl. unten, Teil 4.

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, 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. Artikel 19 KG). Die OECD empfiehlt eine WEKO ohne Interessenvertreter.⁸⁹ 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 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

⁸⁹ 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.

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 börsenkotierte 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 Remunerierung nach dem Vorbild der Bundesrichter. Im Vereinigten Königreich beträgt das Salär für das Vollzeitamt des Chief Executive des Office of Fair Trading (OFT) GBP 250.000.⁹⁰

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 AnwaltInnen 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

⁹⁰ <http://nds.coi.gov.uk/Content/Detail.asp?ReleaseID=163640&NewsAreaID=2&print=true>, zuletzt besucht am 16. Juli 2008.

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 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.⁹¹

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 können, dass die Mitglieder der neuen WEKO einer beschränkten, geregelten, bewilligungspflichtigen und offenzulegenden **Nebentätigkeit** nachgehen dürfen. Der Verfasser gibt keine entsprechende Empfehlung ab, sondern stellt lediglich fest, dass dieser Punkt sorgfältig geprüft werden muss. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die **niederländische Regelung**. Gemäss Artikel 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

⁹¹ http://www.ebk.admin.ch/d/ebk/org/cv/H_D.pdf., zuletzt besucht am 17. Juli 2008.

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 hätten, solche Personen an sich zu binden. Eine Tätigkeit als Honorar- oder Titularprofessor ist zwar nicht mit einer nennenswerten Remuneration 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 ist 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 452 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.⁹²

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.“⁹³

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

⁹² <http://www.tca.ie/AboutUs/AboutUs.aspx>, zuletzt besucht am 22. Juli 2008.

⁹³ <http://nds.coi.gov.uk/Content/Detail.asp?ReleaseID=163640&NewsAreaID=2&print=true>, zuletzt besucht am 16. Juli 2008.

In der Schweiz können Ausländer bereits nach **geltendem Recht** in die WEKO gewählt werden. Nach Artikel 7 der Kommissionsverordnung (SR 172.31) ist wählbar, „wer die Voraussetzungen für eine Anstellung in der Bundesverwaltung erfüllt.“ In Kombination mit den Artikeln 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 zum KG festgelegt werden. Die Kriterien der 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 Proporzverfahren 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 nur auch sachlichen 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 fassendes **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.⁹⁴ 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 allenfalls EMRK-kompatibel macht.⁹⁵ 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 nach dem Vorbild des deutschen Bundeskartellamtes strukturiert werden.

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

⁹⁴ Ausnahme müsste hier wohl die Anordnung von Zwangsmassnahmen sein, wie etwa Hausdurchsuchungen, welche von der Kommission zu bewilligen wären.

⁹⁵ Dazu eingehend unten, Teil 3.

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 Poolsystem 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 Sachverständes. 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.⁹⁶ 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.⁹⁷ Noch weniger kommt das

⁹⁶ Vgl. das Interview mit WEKO-Präsident Prof. Dr. *Walter Stoffel* in der NZZ am Sonntag, 1. Juni 2008, 29.

⁹⁷ Zum Freihandelsabkommen grundlegend *Marino Baldi*, Zur Rechtsnatur des Freihandelsabkommens Schweiz/EWG, WuR 1984, 83 ff.

Luftverkehrsabkommen als Modell in Betracht, das ironischerweise 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.⁹⁸ 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

⁹⁸ Interview mit WEKO-Präsident Prof. Dr. *Walter Stoffel* in der NZZ am Sonntag, 1. Juni 2008, 29.

ist auch, dass die Entscheidungen bei Parallelverfahren gleichzeitig getroffen werden.

Teil 2 Vertikale Abreden

A.	Einleitung	58
B.	Die einzelnen Rechtsordnungen	60
I.	Schweiz	60
1.	Gesetzliche Grundlagen	60
2.	Die Vertikalbekanntmachung der WEKO	62
a.	Allgemeines	62
b.	Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen (Kernbeschränkungen)	63
aa.	Tatbestände	63
bb.	Rechtfertigung	63
c.	Vermutungsweise den Wettbewerb beseitigende Beschränkungen	64
d.	Preisempfehlungen	66
e.	Ausnahmebestimmungen	67
3.	Die Liberalisierung des Kfz-Vertriebes als Modell für die Behandlung vertikaler Abreden?	67
II.	USA	68
1.	Allgemeines	68
2.	Resale price maintenance: Das <i>per se</i> -Verbot und seine Aufweichungen	70
3.	Resale price maintenance: Rule of Reason-Analyse	72
4.	Vertikale Beschränkung des Gebiets oder des Kundenkreises	75
III.	Europäische Gemeinschaft	76
1.	Allgemeines	76
2.	Zum Wettbewerbsmodell	78
3.	Das Konzept der Marktanteilsschwellen	82
4.	Das Konzept der Kernbeschränkungen	83
5.	Das Konzept der sonstigen Beschränkungen	84
6.	Zukunftsperspektiven der Europäischen Kommission	85
7.	Rechtsprechung	86
a.	Vertikale Beschränkungen im Allgemeinen	86

b.	Preisempfehlungen im Besonderen	92
8.	Kfz-Vertrieb im Besonderen	93
IV.	Deutschland	94
V.	Niederlande	97
VI.	Vereinigtes Königreich	99
VII.	Schweden	101
C.	Abweichungen	104
I.	Artikel 5 (4) KG und seine Konkretisierung durch die WEKO	104
II.	Die Politik betreffend Preisempfehlungen	107
III.	Fazit	110
D.	Handlungsempfehlungen	110
I.	Vorbemerkungen	110
II.	Artikel 5 (4) KG	111
III.	Preisempfehlungen	114

A. Einleitung

Vertikale Abreden bedürfen schon deshalb einer 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 – 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 (**Interbrand-Wettbewerb**) zu stärken oder erst entstehen zu lassen.⁹⁹ Sowohl marktöffnende als auch marktabschottende Wirkungen vertikaler Abreden sind daher denkbar. M.a.W. zeichnen sich vertikale Abreden durch eine gewisse Janusköpfigkeit aus.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ 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

⁹⁹ Dazu schon *Christian J. Meier*, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, 2 Bände, Diss. Bern 1979, Diessenhofen 1979, 1070.

¹⁰⁰ Vgl. *Carl Baudenbacher*, Anhörung als Experte anlässlich der Änderung des Kartellgesetzes durch die Kommission des Ständerats für Wirtschaft und Abgaben vom 29. Januar 2003.

¹⁰¹ 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 (ed.), Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007, Basel 2008, 315 ff., 317 f.

regelmässig ökonomische Überlegungen angestellt. Dabei ist unter anderem auf Verhalten und Präferenzen der Konsumenten, aber auch auf die Innovationsfähigkeit und Innovationsbereitschaft 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 an der **Vorhersehbarkeit** der Entscheidungen besteht. Ebenso muss den Wettbewerbsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgabe ein transparentes und effizientes Beurteilungsinstrumentarium zur Verfügung gestellt werden. Juristisch gesprochen stehen sich also der Ruf nach **Einzelfallgerechtigkeit** und die Notwendigkeit der Gewährleistung von **Rechtssicherheit** gegenüber.

Man muss sich 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 Intrabrand-Wettbewerb betreffen, wird dieses Problem offenkundig. Das ist in jüngerer Zeit vor allem im Urteil des U.S. Supreme Court im Fall *Leegin* deutlich geworden.¹⁰²

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 Creative Leather Products, Inc. V. PSKS, Inc.* vom 28. Juni 2007 ist zu entnehmen, dass es in der Ökonomie **kaum grundlegend neue Erkenntnisse** zu den Vertikalbeschränkungen gibt.¹⁰³ Dabei ist zu beachten, dass sich zahlreiche prominente Ökonomen als *Amici Curiae* am Verfahren beteiligt haben

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

¹⁰³ 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.

und dass der Supreme Court hinlänglich bekannte ökonomische Erkenntnisse umfassend diskutiert hat.¹⁰⁴ Man darf, unabhängig davon, ob man die Auffassung der Mehrheit des Supreme Court teilt oder nicht, 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 Schlüsse betreffend eine mögliche neue Ausgestaltung des schweizerischen Rechts zu 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.¹⁰⁵

B. Die einzelnen Rechtsordnungen

I. Schweiz

1. Gesetzliche Grundlagen

Artikel 4 (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. 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 von 2003 hinzugefügte Artikel 5 (4) KG bestimmt:

„Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder

¹⁰⁴ Vgl. unten, B.II.

¹⁰⁵ Vgl. zum funktionalen Ansatz im Wirtschaftsrecht *Walter R. Schluep*, Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Riccardo L. Jagmetti/Walter R. Schluep (Hrsg.), Festschrift für Walther Hug zum 70. Geburtstag, Bern 1968, 25 ff.; *Ernst Steindorff*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmassstab im Wirtschaftsrecht, in: Gotthard Paulus/Uwe Diederichsen/Claus Wilhelm Canaris (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, 217 ff.

Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.“¹⁰⁶

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

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.¹⁰⁷ Entsprechendes gilt für das Wettbewerbsrecht des EWR-Abkommens.¹⁰⁸

Die Formulierung „gleicher oder verschiedener Marktstufen“ in Artikel 4 (1) KG soll die Anwendbarkeit des Gesetzes sowohl auf horizontale als auch auf vertikale Abreden sicherstellen.¹⁰⁹ Je nach **Intensität der Wettbewerbsbeeinträchtigung** kommt ein „dreistufiges Eskalationssystem“ zur Anwendung.¹¹⁰ 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 Artikel 5 (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 Artikel 5 (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.

¹⁰⁶ Vgl. dazu *Franz Hoffet*, Die schweizerische Kartellgesetzrevision von 2003 – ein zweiter Paradigmenwechsel, in: Ingo Brinker/Dieter H. Scheuing/Kurt Stockmann (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München 2006, 191 ff., 201.

¹⁰⁷ Vgl. etwa EuGH, *Grundig/Consten*, verb. Rs. 56 und 58/66, Slg. 1966, 321.

¹⁰⁸ Vgl. EFTA-GH *Opel Norge*, Rs. E-3/97, 1998 EFTA Court Reports, 1 ff.

¹⁰⁹ Siehe Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995, Bd. I, 553.

¹¹⁰ *Patrick Krauskopf/Oliver Riesen*, *Selektive Vertriebsverträge*, in: Roger Zäch (Hrsg.), *Das revidierte Kartellrecht in der Praxis*, Zürich 2006, 81 ff., 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.

2. Die Vertikalbekanntmachung der WEKO

a. Allgemeines

Unter Berufung auf Artikel 6 KG hat die WEKO am 2.7.2007 eine neue Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VBM)¹¹¹ erlassen, welche eine frühere Bekanntmachung von 2002 (VertBM) abgelöst hat. Die neue VBM ist am 1.1.2008 in Kraft getreten. In Ziffer 1 VBM werden vertikale Wettbewerbsabreden als „[e]rzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (vgl. Artikel 4 (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 Ziffer 13 (1) VBM gilt eine vertikale Wettbewerbsabrede, sofern sie nicht als erheblich aufgrund ihres Gegenstandes gemäss Ziffer 12 VBM und somit als Kernbeschränkung zu qualifizieren ist oder ein Vermutungstatbestand gemäss Ziffer 10 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. Ziffer 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 Ziffer 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.

¹¹¹ RPW 2007/4, 675 ff.

b. Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen (Kernbeschränkungen)

aa. Tatbestände

Ziffer 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 ausgenommen sind 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 Artikel 5 (2) KG zugänglich. Für erhebliche Nicht-Kernbeschränkungen, die keine kumulativen Auswirkungen zeigen, gilt die generelle Vermutung der Rechtfertigung innerhalb der 30%-Schwelle gemäss Ziffer 15 (2) VBM.

Die in Ziffer 15 (1) VBM geforderte Einzelfallprüfung verweist wiederum auf die in Artikel 5 (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.¹¹² Die Liste ist als abschliessend zu verstehen.¹¹³

Ziffer 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 räumlicher Märkte oder 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

Ziffer 10 VBM, welche Artikel 5 (4) KG konkretisieren 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 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 (Ziffer 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 (Ziffer 10 [2] VBM).

¹¹² Vgl. *Roger Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, 196, Rz. 404.

¹¹³ 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 2004, 59.

Höchstpreisabreden werden, sofern sie sich nicht als Festpreise auswirken, wohl schon vom gesetzlichen Vermutungstatbestand der Beseitigung des Wettbewerbs nicht erfasst.¹¹⁴ 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.¹¹⁵

Was **Gebietsbeschränkungen** betrifft, so erfasst Artikel 5 (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 vorzugehen¹¹⁶ – das Verbot von Passiv-Verkäufen, nicht aber jenes von Aktiv-Verkäufen in Vertriebsabreden. Vermutungsweise untersagt ist folglich der absolute Gebietsschutz, nicht der relative.¹¹⁷ Ziel war es u.a., durch Übernahme der beiden zentralen Kernbeschränkungstatbestände des europäischen Rechts in den Vermutungstatbestand des Artikels 5 (4) KG, eine „gleich scharfe“ Regelung zu schaffen wie in der Europäischen Union.¹¹⁸

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*¹¹⁹ hat das Bundesgericht die Existenz genügenden Wettbewerbsdrucks trotz Ausschaltung des Preiswettbewerbs unter Berufung auf die besondere Bedeutung von Servicefaktoren im Buchhandel bejaht. Allerdings hat es das i.W. gestützt auf eine blosser Partei-Behauptung getan. Ausreichender Innenwettbewerb liegt auch

¹¹⁴ Vgl. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, 224.

¹¹⁵ Marc Amstutz/Mani Reinert, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Absatz 4 KG, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 70 ff., 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.

¹¹⁶ Patrick Krauskopf/Dorothea Senn, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, 3 ff., 7.

¹¹⁷ Patrick Krauskopf/Oliver Riesen, Selektive Vertriebsverträge, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellrecht in der Praxis, Zürich 2006, 81 ff., 96; Patrick Krauskopf/Dorothea Senn, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, 3 ff., 7, FN 23.

¹¹⁸ Ständerat Schiesser in den Beratungen der Eidgenössischen Räte, abgedruckt in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 388.

¹¹⁹ BGE 129 II 18.

dann vor, wenn von der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs erfasste Abreden nicht genügend beachtet werden.¹²⁰ 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.¹²¹ Eine Widerlegung der Vermutung ist für Preisabreden, die zu Marktabschottungen zwischen schweizerischen und ausländischen Märkten führen, nicht möglich.¹²²

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 Ziffer 15 VBM zu rechtfertigen ist.¹²³

d. Preisempfehlungen

Für Preisempfehlungen von Herstellern und Lieferanten sieht die VBM in Ziffer 11 ein **detailliertes Regime** vor. Ausgegangen wird dabei von der zweifellos richtigen Feststellung, dass Preisempfehlungen verdeckte Preisabsprachen darstellen können. In Ziffer 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 Ziffer 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

¹²⁰ BGE 129 II 18, 35 E 8.1, *Buchpreisbindung*; RPW 2004/4, 1116 f., Rz. 60 ff., WEKO, *Krankenversicherung/Weita AG*.

¹²¹ 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*.

¹²² BGE 129 II 18, 43 E 9.5.5, *Buchpreisbindung*.

¹²³ *Marc Amstutz/Mani Reinert*, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Absatz 4 KG, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 70 ff., 115 f.

höher liegt als im benachbarten Ausland, oder die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Weiterverkäufer oder Händler befolgt werden.

e. Ausnahmebestimmungen

Selektive Vertriebssysteme, in deren Rahmen die Vertriebshändler nach rein qualitativen Kriterien ausgewählt werden, unterliegen gemäss Ziffer 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 Ziffer 9 geht die VBM der Bekanntmachung betreffend **Abreden mit beschränkter Wirkung**¹²⁴ vor. Das gilt nicht für die Unerheblichkeitsvermutung für vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Kleinstunternehmen gemäss Ziffer 5 b KMU-BM, die weiterhin aufrecht bleibt. Die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im **Kraftfahrzeughandel**¹²⁵ 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**.¹²⁶ WEKO-Präsident *Walter Stoffel* hat der in diesem Sektor herbeigeführten Liberalisierung „*Modellcharakter für die Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen in der Schweiz*“¹²⁷ 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

¹²⁴ Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005, RPW 2006/1, 209 ff. (KMU-BM).

¹²⁵ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 12. Oktober 2002, RPW 2002/4, 778 ff.

¹²⁶ WEKO, Jahresbericht 2005, 12; WEKO, Jahresbericht 2006, 16; WEKO, Jahresbericht 2007, 20.

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.

Absprachen in den Distributionsverträgen nicht ausreichend unter Druck.¹²⁸ In der Folge wurden die auf Marktöffnung abzielenden Untersuchungen *Volkswagen*¹²⁹ und *Citroën*¹³⁰ durchgeführt. Nach Abschaffung der fraglichen Praktiken kam es infolge des entstehenden Wettbewerbsdrucks zu erheblichen Restrukturierungen im Garagengewerbe.¹³¹ Die präventive Wirkung der begleitend erlassenen Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (CH-Kfz-BM)¹³², 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.¹³³ Ob ein solcher Kausalzusammenhang zwischen der Anwendung der CH-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 der Nationalökonomie, nicht zu übersehen sind. Das Thema der Vertikalbeschränkungen ist v.a. seit dem von der Chicago-Schule

¹²⁸ *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.

¹²⁹ RPW 2000/2, 196 ff.

¹³⁰ RPW 2002/3, 455 ff.

¹³¹ *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.

¹³² RPW 2002/4, 770 ff.

¹³³ 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.

eingeleiteten Paradigmenwechsel in der amerikanischen Wettbewerbspolitik immer wieder diskutiert worden.¹³⁴

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung vertikaler Abreden in den USA wird auf **mehrere gesetzliche Grundlagen** gestützt. Section 1 Sherman Act¹³⁵ 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 Act¹³⁶ auf vertikale Abreden anwendbar. Gemäss dieser Bestimmung, die primär auf exklusive Vertriebsvereinbarungen und Kopplungsverträge ausgerichtet ist,¹³⁷ 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 Act¹³⁸ 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.¹³⁹

Aufgrund des institutionellen Setting in den USA wird die Behandlung vertikaler Abreden hauptsächlich durch die **Rechtsprechung** geprägt. 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.¹⁴⁰

¹³⁴ Vgl. schon *Robert Bork*, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York 1978.

¹³⁵ 15 USC, Sec. 1.

¹³⁶ 15 USC, Sec. 14.

¹³⁷ *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.

¹³⁸ 15 USC, Sec. 45.

¹³⁹ *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*, London 2008, USA, 210.

¹⁴⁰ *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.

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.*¹⁴¹ 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.¹⁴² 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, einem potentiellen Käufer, der sich nicht an die vom Verkäufer vorgesehenen Preise halten wollte, die Geschäftsbeziehung zu verweigern.¹⁴³ Seither gelten **Preisempfehlungen** nicht mehr als einem *per se*-Verbot unterliegende Beschränkungen.¹⁴⁴ In *United States v. General Electric Co.*¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷

¹⁴¹ 220 U.S. 373 (1911).

¹⁴² 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.

¹⁴³ 250 U.S. 300 (1919), 301, 307.

¹⁴⁴ *Mariel Hoch Classen*, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Diss. Zürich, Zürich 2003, 129.

¹⁴⁵ 272 U.S. 476 (1926).

¹⁴⁶ Siehe *Frank Mathewson/Ralph Winter*, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, 13 Review of Industrial Organisation (1998), 57 ff., 62; *Simpson v. Union Oil Co. of California*, 377 U.S. 13 (1964).

¹⁴⁷ *Frank Mathewson/Ralph Winter*, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, 13 Review of Industrial Organisation (1998), 57 ff., 62.

Im Jahre 1977 wurde die *Dr. Miles*-Doktrin in einer für die Behandlung vertikaler Abreden bedeutsamen Weise eingeeengt, als sich der Supreme Court in *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*¹⁴⁸ entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung **gegen ein *per se*-Verbot für Gebietsbeschränkungen** entschied und diese der rule of reason-Analyse unterstellte.¹⁴⁹ Zu einer weiteren Einschränkung der in *Dr. Miles* fest-geschriebenen Regel kam es im Jahre 1984, als der Supreme Court in *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ Darin wird eine Erweiterung der *Colgate*-Ausnahme gesehen.¹⁵² In dieselbe Richtung ging die Entscheidung *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronic Corp.*¹⁵³ aus dem Jahre 1988, in der das Höchstgericht einem Händler, der in einer Preisabsprache zwischen 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.¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵

¹⁴⁸ 433 U.S. 36 (1977).

¹⁴⁹ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), 37, 47 ff.

¹⁵⁰ 465 U.S. 752 (1984).

¹⁵¹ *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.

¹⁵² *Frank Mathewson/Ralph Winter*, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, 13 Review of Industrial Organisation (1998), 57 ff, 62.

¹⁵³ 485 U.S. 717 (1988).

¹⁵⁴ *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.

¹⁵⁵ *Frank Mathewson/Ralph Winter*, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, 13 Review of Industrial Organisation (1998), 57 ff., 63.

Im Jahre 1997 revidierte der Supreme Court in *State Oil Co. v. Khan*¹⁵⁶ 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.¹⁵⁷

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.¹⁵⁸ 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 der Supreme Court 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 angezeigt seien, „*that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output*“¹⁵⁹. 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

¹⁵⁶ 533 U.S. 3 (1997).

¹⁵⁷ *State Oil Co. v. Khan*, 533 U.S. 3 (1997), 4.

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

¹⁵⁹ *Leegin*, 6, unter Hinweis auf 485 U.S. 717 (1988), 723.

Interbrand-Wettbewerb zwischen Herstellern verschiedener Marken der gleichen Art von Ware durch Verringerung des Intra-brand-Wettbewerbes zwischen Händlern, welche die gleiche Marke verkauften.¹⁶⁰ Im Gegenzug zur **Verringerung des Intra-brand-Wettbewerbes** 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.¹⁶¹ 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 Preiswettbewerbes führe zu einer **Verstärkung des Wettbewerbs im Bereich der Serviceleistungen** zwischen Händlern, die das Produkt eines Herstellers anbieten.¹⁶² 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,¹⁶³ nicht nur über den Parameter Preis ausgetragen wird.

Vertikale Preisbindungen erleichterten nach Auffassung des Supreme Court zudem **neue Markteintritte**, da sich Produzenten zu diesem Zweck aggressiver Händler bedienen könnten, die bereit seien, die zur Etablierung bislang 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.¹⁶⁴

Im Blick auf diese **möglichen prokompetitiven Auswirkungen** gelangte der Supreme Court zu dem Ergebnis, dass nicht mit Sicherheit gesagt werden könne, dass Mindestpreisbindungen immer oder fast immer zu einer Beschränkung des Wettbewerbs und einer Verringerung des Outputs führten.¹⁶⁵ Vielmehr komme es

¹⁶⁰ *Leegin*, 10.

¹⁶¹ *Leegin*, 10.

¹⁶² *Leegin*, 11.

¹⁶³ *Leegin*, 11.

¹⁶⁴ *Leegin*, 12.

¹⁶⁵ *Leegin*, 14.

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.¹⁶⁶

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 beschränkten 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.¹⁶⁷ Im Besonderen aber machten die Minderheitsrichter geltend, die Aufhebung der *per se*-Regel werde zu einer Erhöhung der Konsumentenpreise führen.¹⁶⁸ Dafür beriefen sie sich auf juristische wie ökonomische Literatur.¹⁶⁹ Allerdings machten auch die dissentierenden Richter Feststellungen, welche die rule of reason als angemessen erscheinen lassen.¹⁷⁰ Dabei konzedierten sie, 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 der Verkündung des Urteils wurde im Oktober 2007 ein Gesetzesvorschlag zur Ausserkraftsetzung der *Leegin*-Doktrin durch Einfügen eines ausdrücklichen

¹⁶⁶ *Leegin*, 15.

¹⁶⁷ *Leegin*, Dissenting Opinion *Breyer*, 9 f., 19.

¹⁶⁸ *Leegin*, Dissenting Opinion *Breyer*, 6.

¹⁶⁹ *Leegin*, Dissenting Opinion *Breyer*, 5 f., unter Hinweis auf *Phillip E. Areeda/Herbert Hovenkamp*, Antitrust Law, Volume XIII, 2nd Edition 2004 ¶1604b, 40; *Thomas R. Overstreet*, Resale Price Maintenance: Economic Theory and Empirical Evidence, Washington, D.C. 1983, 160.

¹⁷⁰ 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) [...] [t]he ultimate 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).

Verbot von Mindestpreisbindungen in Section 1 *Sherman Act* eingebracht.¹⁷¹ Auf einzelstaatlicher Ebene wird ein Vorgehen gegen wettbewerbsbeschränkende Preisbindungen nach den einschlägigen Vorschriften erwogen.¹⁷²

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.¹⁷³ Zehn Jahre zuvor, im Jahre 1967, hatte der Supreme Court in *Arnold Schwinn* auch hier ein *per se*-Verbot aufgestellt. Das Gericht stellte im Zusammenhang mit ausschliesslichem Gebietsschutz fest, die Auferlegung solcher Beschränkungen durch den Lieferanten sei „*so obviously destructive of competition*“, dass es eine *per se*-Verletzung des Sherman Act darstelle.¹⁷⁴ 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.¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶ 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

¹⁷¹ Discount Pricing Consumer Protection Act, S 2261, 110th Congress, nicht verabschiedet; erneut eingebracht: S. 148, 111th Congress.

¹⁷² *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*, London 2008, USA, 212.

¹⁷³ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

¹⁷⁴ *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 379 (1967).

¹⁷⁵ *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253, 263 (1963).

¹⁷⁶ *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*, London 2008, USA, 211.

ab, so handelt es sich um eine verbotene horizontale Abrede.¹⁷⁷ Im Allgemeinen gilt der **Grad der Marktabschottung** als entscheidendes Kriterium bei der Beurteilung exklusiver Vertriebsvereinbarungen, wobei die Grenze zwischen Zulässigkeit und Unzulässigkeit, abhängig von den Marktbedingungen im jeweils relevanten Wirtschaftssektor, zwischen 30% und 40% angesiedelt zu sein scheint.¹⁷⁸

III. Europäische Gemeinschaft

1. Allgemeines

Grundlage für die Beurteilung **horizontaler und vertikaler Abreden**¹⁷⁹ auf europäischer Ebene ist Artikel 81 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG). Dessen Absatz 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 [...]“. Absatz 2 sieht für nach Absatz 1 verbotene Vereinbarungen oder Beschlüsse die Rechtsfolge der Nichtigkeit vor. Artikel 81 (3) EG enthält Freistellungsvoraussetzungen, deren Vorliegen seit Inkrafttreten der neuen Verfahrensordnung¹⁸⁰ 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

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, 168.

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ Siehe dazu EuGH, *Grundig/Consten*, Slg. 1966, 321; *Carl Baudenbacher*, Vertikalbeschränkungen im neuen Kartellgesetz, AJP 1996, 826 ff., 832.

¹⁸⁰ 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.

französischen Hersteller und einem schweizerischen Händler (*Grosfillex*).¹⁸¹ 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.¹⁸²

Für die vertikalen Abreden ist die von der Kommission auf Grundlage der vom Rat an sie delegierten Ermächtigung gemäss Artikel 83 (3) lit b) erlassene **Gruppenfreistellungsverordnung** Nr. 2790/1999¹⁸³ (Vertikal-GFVO) massgeblich, die als Schirm-GVO¹⁸⁴ 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 (Artikel 2 (1) Vertikal-GFVO). Das Kartellverbot des Artikel 81 (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 Artikel 81 (3) EG rechtsverbindlich konkretisiert. Für vertikale Vereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Vertikal-GFVO fallen, bleibt weiterhin die Möglichkeit einer **Einzelfreistellung** nach Artikel 81 (3) EG. Von besonderer Bedeutung sind sodann trotz ihres rechtlich nicht bindenden Charakters die **Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen**¹⁸⁵ (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 Kraftfahrzeugsektor¹⁸⁶, GFVO Nr. 772/2004 für Technologietransferverein-

¹⁸¹ 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.

¹⁸² EuGH, *Grundig/Consten*, Slg. 1966, 321; vgl. dazu schon *Walter R. Schlupe*, *Der Alleinvertriebsvertrag - Markstein der EWG-Kartellpolitik*, Bern 1966.

¹⁸³ 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.

¹⁸⁴ Siehe *Florian Jofer*, *Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts*, Diss. 2004, erschienen in: *Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht*, Bern 2004, 78.

¹⁸⁵ Mitteilung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1.

¹⁸⁶ ABl. 2002 L 202/30.

barungen¹⁸⁷, GFVO Nr. 2658/2000 für Spezialisierungsvereinbarungen¹⁸⁸, GFVO Nr. 2659/2000 für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen¹⁸⁹ sowie GFVO Nr. 358/2003 für den Versicherungssektor¹⁹⁰ 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 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.“¹⁹¹

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**.¹⁹² 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

¹⁸⁷ ABl. 2004 L 123/11.

¹⁸⁸ ABl. 2000 L 304/3.

¹⁸⁹ ABl. 2000 L 304/7.

¹⁹⁰ ABl. 2003 L 53/8.

¹⁹¹ Europäische Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Brüssel/Luxemburg 2000, 8.

¹⁹² 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, Diss., Zürich 1990.

antitrust“) angefangen habe.¹⁹³ 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.¹⁹⁴ *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.¹⁹⁵ Auch andere Vertreter der österreichischen Schule betonten den Prozesscharakter des realen Wettbewerbs.¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷ 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

¹⁹³ *Barry J. Rodger*, Competition Policy, Liberalism and Globalization: A European Perspective, 6 Colum. J. Eur. L. (2000), 289 ff., 303.

¹⁹⁴ *Friedrich A. von Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ders., Freiburger Studien, Tübingen 1969; vgl. auch *Ludwig von Mises*, Artikel Markt, in: Erwin v. Beckerath, Walter Adolf Jöhr et al. (Hrsg.), Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 7, 1961, 131 ff., 133.

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ Vgl. z.B. *Israel M. Kirzner*, Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach, 35 Journal of Economic Literature (1997), 60 ff., 63 ff.

¹⁹⁷ Vgl. *Erhard Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Auf., Göttingen 1967; *Erich Hoppmann*, in: *Erich Hoppmann/Ernst-Joachim Mestmäcker*, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974, 15 ff.

Kantzenbach leistungsgerechte Einkommensverteilung, optimale Allokation der Produktionsfaktoren, Steuerung der Produktion nach den Käuferpräferenzen, flexible Anpassung an ausserwirtschaftliche Daten und Durchsetzung des technischen Fortschritts.¹⁹⁸ 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.¹⁹⁹ Da und dort wurde sogar die Abschaffung der Wettbewerbspolitik gefordert.²⁰⁰

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. Jahrzehntlang 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.²⁰¹ 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 itself, so that at most a very moderate antitrust-policy is necessary“²⁰². 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.²⁰³ Kartellrechtliche Interventionen werden nur noch dann als

¹⁹⁸ *Erhard Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967, 15 ff.

¹⁹⁹ Vgl. *Dominick T. Armentano*, Antitrust Reform: Predatory Practices and the Competitive Process, 3 *The Review of Austrian Economics* (1989), 61 ff., *Israel M. Kirzner*, Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach, 35 *Journal of Economic Literature* (1997), 60 ff., 74.

²⁰⁰ Nachweise bei *Michael E. DeBow*, Markets, Government Intervention, and the Role of Information: an „Austrian School Perspective“, with an Application to Merger Regulation, 14 *Georg Mason University Law Review* (1991), 31 ff., 81.

²⁰¹ 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 ff., 940 f.

²⁰² *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, Aldershot u.a.O. 1989, 38 ff., 59.

²⁰³ *Lino Graglia*, Economic Rights, in: Bernard Schwartz (ed.), *The Burger Court: Counter-Revolution or Confirmation?*, Oxford 1998, 147 ff.

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.²⁰⁴ 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*’.“²⁰⁵

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** für antikompetitive Wirkungen vorliegen.²⁰⁶

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,²⁰⁷ ändert daran nichts.

²⁰⁴ Vgl. dazu bereits *Robert Bork*, *The Antitrust Paradox*, New York 1978.

²⁰⁵ 509 U.S. 209, 224 (1993).

²⁰⁶ 526 U.S. 756, Fussnote 12 (1999).

²⁰⁷ Vgl. *Carl Baudenbacher*, *The CFI’s Microsoft judgment – Three seconds that changed the IT world*, ELR 10/2007, 342 ff.

3. Das Konzept der Marktanteilsschwellen

Bei der Umsetzung des Wettbewerbsmodells ist die allgemeine Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung²⁰⁸ (**De-Minimis-Bekanntmachung**) wichtig. Gemäss der Vereinbarung beeinträchtigen vertikale Abreden, vorbehaltlich der in Ziffer 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 (Ziffer 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 (Ziffer 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 Artikel 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.²⁰⁹

Gemäss Artikel 6 Vertikal-GFVO kann die Kommission im Einzelfall den Vorteil der Vertikal-GFVO entziehen, wenn die Vereinbarung mit Artikel 81 (3) EG

²⁰⁸ 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), ABl. 2001 C 386/13.

²⁰⁹ 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, ABl. 1998 C 365/3, Abschnitt 1.

unvereinbar ist. Als Beispiel wird die kumulative Marktabschottung durch mehrere, nebeneinander bestehende gleichartige vertikale Beschränkungen genannt.

4. Das Konzept der Kernbeschränkungen

Kernbeschränkungen gemäss Artikel 4 Vertikal-GFVO sind unabhängig von Marktanteilsschwellen nicht von der Freistellung gemäss Artikel 2 (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.²¹⁰

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.

²¹⁰ Vertikal-Leitlinien, Rz. 49.

5. Das Konzept der sonstigen Beschränkungen

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

Höchstpreisbindungen sind gemäss Artikel 4 lit. a Vertikal-GFVO ebenso ausdrücklich vom als Kernbeschränkung qualifizierten Verbot der Preisfestsetzung ausgenommen 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.²¹¹ Als einseitige Handlung ist eine unverbindliche Preisempfehlung eines Lieferanten an seine Abnehmer nicht von Artikel 81 (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.²¹²

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.“ Ähnliches gilt gemäss dieser Bestimmung für ein durch einen Verkäufer eingerichtetes Überwachungssystem. Desweiteren wird in Randziffer 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

²¹¹ 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, 189 ff., 203.

²¹² *Daniel Zimmer*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007, Art. 81 Absatz 1 EGV/C, Rz. 349.

Wettbewerbern, Drohungen, sowie Lieferverzögerungen oder Lieferkürzungen bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus.²¹³

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.²¹⁴ Mit Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass eine Deutung von Artikel 4 lit. a Vertikal-GFVO als verdeckte Gruppenfreistellung, unabhängig vom Kriterium der Spürbarkeit, systemwidrig wäre.²¹⁵ 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.²¹⁶

²¹³ Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, München 2004, § 14, Rz. 33, unter Hinweis auf Rz. 47 Vertikal-Leitlinien.

²¹⁴ Michael Baron, in: Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampff (Hrsg.), *Kartellrecht*, Band 1, *Europäisches Recht*, München 2005, 517; EuGH, Rs. 161/84, *Pronuptia*, Slg. 1986, 353, 384; Vertikal-Leitlinien, Rz. 226 f.

²¹⁵ Michael Baron, in: Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampff (Hrsg.), *Kartellrecht*, Band 1, *Europäisches Recht*, München 2005, 517; zur Gegenposition: vgl. Rainer Bechthold, *EG-Gruppenfreistellungsverordnungen - Eine Zwischenbilanz*, EWS, 2001, 49 ff., 52.

²¹⁶ Dazu ausführlich Emil Paulis, *Vertical Restraints Revisited: Where Are We After 7 Years?*, in: Carl Baudenbacher (ed.), *Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007*, Basel 2008, 315 ff., 318 ff.

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*²¹⁷ 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 (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.²¹⁸ 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.²¹⁹

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 (1) EG alle** Erscheinungsformen des Wettbewerbs und damit sowohl Interbrand- als **auch Intra-brand-Wettbewerb erfasse**, hielt der EuGH fest, dass dennoch keine Abwägung der positiven Auswirkungen auf den Interbrand-Wettbewerb und der negativen Auswirkungen auf den Intra-brand-Wettbewerb vorgenommen werden dürfe.²²⁰ Diese Feststellung ist vor dem Hintergrund der **Marktabstottung** durch das hier im Gegensatz zu *Société Technique Minière*

²¹⁷ EuGH, Rs. 56/95, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH*, Slg. 1966, 282.

²¹⁸ *Société Technique Minière*, 302 ff.

²¹⁹ 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.

²²⁰ *Grundig/Consten*, 390.

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.²²¹ 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.²²² Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass die Haltung des EuGH in *Grundig/Consten* zu Vertikalabreden mit marktabschottender Wirkung zumindest in die Nähe eines *per se*-Verbotes gerückt hat.²²³

In der Entscheidung *Brasserie De Haecht*²²⁴ 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.²²⁵ Dieser Ansatz fand schliesslich Niederschlag in den Vertikal-Leitlinien, welche in Rz. 121 (a) die Marktstellung des Lieferanten, (b) die Marktstellung 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.²²⁶

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**

²²¹ *Grundig/Consten*, 391.

²²² 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.

²²³ *Florian Jofer*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts, Diss. 2004, erschienen in: Münchner Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Bern 2004, 90.

²²⁴ EuGH, Rs. 23/67, *Brasserie De Haecht*, Slg. 1967, 543.

²²⁵ *Daniel Zimmer*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007, Art. 81 Absatz 1 EGV/C, 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.

²²⁶ *Daniel Zimmer*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007, Art. 81 Absatz 1 EGV/C, Rz. 350.

unterliegen.²²⁷ 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.²²⁸ In späteren Fällen hat er aber sogar **absolute Gebietsschutzklauseln** für zulässig erklärt, sofern sie den Markt aufgrund der Marktstellung der Beteiligten nicht erheblich beeinträchtigen.²²⁹

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**.²³⁰ 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.²³¹ 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*²³² bestätigt.²³³

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

²²⁷ Siehe *Filippo Amato/Enrique Gonzalez Diaz*, in: Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampff (Hrsg.), *Kartellrecht*, Band 1, Europäisches Recht, München 2005, 87 f.

²²⁸ 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.

²²⁹ 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.

²³⁰ EuGH, Rs. C-234/89, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu*, Slg. 1991, I-935, Rz. 23.

²³¹ Vgl. *Daniel Zimmer*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007, Art. 81 Absatz 1 EGV/C, Rz. 352.

²³² EuG, Rs. T-62/98, *Volkswagen AG/Komm. Slg.* 1999, II-2707.

²³³ Siehe: *Florian Jofer*, *Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts*, Diss. 2004, erschienen in: *Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht*, Bern 2004, 92.

Rechtssachen *BMW*²³⁴ und *Bayer*²³⁵. 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.²³⁶ 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.²³⁷ 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.²³⁸ 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

²³⁴ EuGH, verb. Rs. 32/78, 36 bis 82/78, *BMW/Komm.*, Slg. 1979, 2435.

²³⁵ 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.

²³⁶ Vgl. *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2004, §9, Rz 6.

²³⁷ Vgl. *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2004, §9, Rz 9.

²³⁸ EuG, *Bayer/Kommission*, Rz. 173.

stattgegeben. Im Rahmen der Berufung machte *Javico* die Nichtigkeit der Klauseln gemäss des nunmehrigen Artikel 81 (2) EG geltend. Da sich die vertraglich 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 Artikel 81 (1) EG nicht erfasst, wenn sie den Markt angesichts der schwachen Stellung der Beteiligten auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse nur geringfügig beeinträchtigt.²³⁹ 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 Artikel 81 (1) EG und forderte, da sie folglich ihrem Wesen nach nicht verboten sei, eine **Untersuchung ihrer Auswirkungen**.²⁴⁰ 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.²⁴¹ Wesentlicher Kern dieser Entscheidung ist der auf den gemeinsamen Markt beschränkte Schutzzweck des EG-Kartellrechts.²⁴² 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 (1) EG bedeuten. In solchen Fällen wird nunmehr auf eine

²³⁹ EuGH, *Javico*, Rz. 17; EuGH, *Musique Diffusion Française*, Rz. 85.

²⁴⁰ EuGH, *Javico*, Rz. 21, 22.

²⁴¹ EuGH, *Javico*, Rz. 28.

²⁴² Siehe *Eckard Rehbinder*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007, A. Internationaler Anwendungsbereich, Rz. 49.

„Gesamtbeurteilung der Auswirkungen auf den *Marktprozess*“ abgestellt.²⁴³ 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*²⁴⁴ erblickte das EuG in einer, wie die Parteien im Laufe des Verfahrens bestätigten²⁴⁵, auf die **Begrenzung des Parallelhandels** mit Arzneimitteln 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.*“²⁴⁶ 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 (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.²⁴⁷

²⁴³ *Daniel Zimmer*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007, Art. 81 Absatz 1 EGV/C, Rz. 355.

²⁴⁴ EuG, Rs. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited/Kommission*, Slg. 2006, II-02969.

²⁴⁵ *GlaxoSmithKline Services*, Rz. 114.

²⁴⁶ *Peter Behrens*, Parallelhandel und Konsumentenwohlfahrt im Lichte des "more economic approach", EuZW 2007/4, 97.

²⁴⁷ 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.

b. Preisempfehlungen im Besonderen

Im Bereich der **Preisempfehlungen** ist neben der *Pronuptia*-Entscheidung des EuGH zunächst auf den Fall *Volkswagen II*²⁴⁸ 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 (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 (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 erfolgten Aufforderungen bedeute.²⁴⁹ 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.²⁵⁰ 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*²⁵¹ dürfte dagegen der Nachweis einer Initiative der Händler oder ihrer Mitwirkung an der Herausgabe einer Empfehlung für die Annahme einer Vereinbarung im Sinne des Artikel 81 EG ausreichend sein.²⁵²

Im Fall *Yamaha*²⁵³ auferlegte die Kommission dem Unternehmen eine Busse wegen einer vertikalen Preisfestsetzung in Italien, Österreich und den Niederlanden. Die Preisempfehlungen waren in den einzelnen Ländern

²⁴⁸ Kommission, Entscheidung *Volkswagen*, Abl. 2001 L 262/14.

²⁴⁹ EuG, Rs.T-208/01, *Volkswagen II*, Slg. 2003, II-05141, Rz. 43, 55 ff., 64 ff.

²⁵⁰ EuGH, Rs. C-74/04, *Volkswagen II*, Slg. 2006, I-6585, 36.

²⁵¹ EuGH, verb. Rs. 209 bis 215 und 218/78, *Van Landewyk u.a./Komm.*, Slg. 1980, 3125.

²⁵² *Van Landewyk*, 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.

²⁵³ Kommission, Entscheidung *Yamaha*, Case COMP/37.975 PO/Yamaha.

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.²⁵⁴ In der Entscheidung *JCB*²⁵⁵ 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.“²⁵⁶

Aus der zitierten Rechtsprechung folgt trotz Unterschieden im Detail die 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 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.²⁵⁷ 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

²⁵⁴ *Yamaha*, Rz. 126.

²⁵⁵ EuG, Rs. T-67/01, *JCB Services/Komm.*, Slg. 2004, II-49.

²⁵⁶ *JCB*, Rz. 126.

²⁵⁷ *Volker Emmerich*, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 5, Rz. 33.

erreichen versucht. Gemäss Artikel 3 (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.²⁵⁸

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.²⁵⁹ Die Kommission scheint eine Revision zu erwägen.²⁶⁰

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.²⁶¹

Gesetzliche Grundlage für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung vertikaler Abreden ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), das 2005 durch die 7. GWB-Novelle²⁶² weitgehend an das Regime des EGV und

²⁵⁸ Volker Emmerich, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 5, Rz. 34.

²⁵⁹ Volker Emmerich, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 5, Rz. 35.

²⁶⁰ Vgl. Emil Paulis, Vertical Restraints Revisited: Where Are We After 7 Years? in: Carl Baudenbacher (ed.), Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007, Basel 2008, 315 ff., 319.

²⁶¹ Vgl. z.B. das Referat von Jürgen Basedow an der Internationalen Kartellkonferenz in München vom 26./27. März 2007.

²⁶² BGBl. I S. 1954.

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.²⁶³

Vertikale Abreden fallen nunmehr auch unter die dem Artikel 81 (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.²⁶⁴ Auf Vereinbarungen, die vor Inkrafttreten der 7. Novelle abgeschlossen worden sind, findet gemäss dem Meistbegünstigungsgrundsatz die jeweils mildere Regelung Anwendung.²⁶⁵ In Ermangelung einer gesetzlich verankerten Definition vertikaler Abreden im deutschen Recht kann auf die Vertikal-GFVO zurückgegriffen werden.²⁶⁶

In Anlehnung an Artikel 81 (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 (2) GWB in Form einer **dynamischen Verweisung**²⁶⁷ ungeachtet des 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.

²⁶³ Volker Emmerich, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 2, Rz. 11.

²⁶⁴ Rainer Bechtold, Kartellgesetz: GWB, Kommentar, 5. Auflage, München 2008, § 1 Rz. 1.

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

²⁶⁶ Markus M. Wirtz/Silke Möller, in: Global Competition Review/Stephen Kinsella (Contributing Editor), Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008, London 2008, Germany, 82.

²⁶⁷ Volker Emmerich, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 22, Rz. 2.

Die Anzahl der sektoriellen Ausnahmen vom Kartellverbot wurden mit der 7. Novelle drastisch reduziert. Spezifische Ausnahmeregelungen existieren nur noch für Mittelstandskartelle (§ 3 GWB)²⁶⁸ 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.²⁶⁹ In der Bekanntmachung des Bundeskartellamtes (BKartA) über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung²⁷⁰ 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 Ziffer 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.²⁷¹

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 Erheblichkeit voraus, es muss zu einer spürbaren Beeinträchtigung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit des Gebundenen

²⁶⁸ Gemäss ihrer Ziffer 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.

²⁶⁹ Ausführlich *Volker Emmerich*, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 25, Rz. 13 ff.

²⁷⁰ 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.

²⁷¹ http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07Bagatellbekanntmachung.pdf, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

kommen.²⁷² Ebenfalls unzulässig ist die Vorgabe preisbildender Faktoren oder eines bestimmten Kalkulationsschemas. Gleiches gilt für die Festsetzung von Gewinnspannen, Rabatten, Skonti und Frachtsätzen.²⁷³

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.²⁷⁴ 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 (1) MW ist dem Kartellverbot

²⁷² BGH, WuW/E DE-R 1101 ff., 105; *Bechtold*, GWB, § 1 Rz. 50.

²⁷³ *Rainer Bechtold*, Kartellgesetz: GWB, Kommentar, 5. Auflage, München 2008, § 1 Rz. 50.

²⁷⁴ *Rainer Bechtold*, Kartellgesetz: GWB, Kommentar, 5. Auflage, München 2008, § 1 Rz. 56.

des Artikel 81 (1) EG nachgebildet. Rechtsfolge eines Kartellrechtsverstosses ist die zivilrechtliche Nichtigkeit. Die Voraussetzungen der Ausnahmen vom Kartellverbot in Artikel 6 (3) MW reflektieren die Freistellungsvoraussetzungen des Artikel 81 (3) EG. Das Verbot des Artikel 6 (1) MW findet keine Anwendung, wenn die fragliche Vereinbarung von einer Gruppenfreistellungsverordnung des Gemeinschaftsrechts erfasst wird.²⁷⁵ Nationale Gruppenfreistellungsverordnungen bestehen für Klein- und Mittelbetriebe im Bereich des Beschaffungswesens, im Zusammenhang mit Einkaufszentren und im Einzelhandel.

Artikel 7 (1) MW enthält eine **De-Minimis-Bestimmung**, die Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen unter bestimmten Voraussetzungen vom Verbot des Artikels 6 (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 Artikel 7 MW gilt grundsätzlich **auch für Kernbeschränkungen**, worin ein **deutlicher Unterschied zum Gemeinschaftsrecht** besteht, dessen De-Minimis-Bekanntmachung eine Liste von Kernbeschränkungen enthält.²⁷⁶ Artikel 9 MW erlaubt es der Wettbewerbsbehörde aber dennoch, Artikel 6 (1) MW auf Vereinbarungen anzuwenden, die von der Ausnahme des Artikel 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.

²⁷⁵ *Liesette Bieleveld/Simone Davina*, in: *Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, London 2008, The Netherlands, 134.

²⁷⁶ Vgl. *Liesette Bieleveld/Simone Davina*, in: *Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, London 2008, The Netherlands, 135.

Preisbindungen zweiter Hand und Beschränkungen des Absatzgebietes oder des Kundenkreises gelten gemäss der Vertikal-GFVO auch in den Niederlanden als Kernbeschränkungen, können aber von der nationalen De-Minimis-Ausnahme erfasst sein, sofern keine Zwischenstaatlichkeit vorliegt.²⁷⁷

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 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 (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 Artikels 81 (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 Trade, 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.²⁷⁸

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

²⁷⁷ *Liesette Bieleveld/Simone Davina*, in: *Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, London 2008, The Netherlands, 136.

²⁷⁸ *Maher M. Dabbah*, *EC and UK Competition Law*, Cambridge 2004, 196.

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 Abreden²⁷⁹ 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.

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*²⁸⁰ keinem Kartellverbot unterstehen.

²⁷⁹ Office of Fair Trading, Vertical agreements: Competition Law Guideline, http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/oft419.pdf, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

²⁸⁰ SI 2004/1260.

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.²⁸¹ **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 (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.

VII. Schweden

Gesetzliche Grundlage für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung **horizontalen wie vertikalen 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 (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 Beispielskatalog des Absatz 2 entspricht wörtlich dem in Artikel 81 (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.

²⁸¹ *Stephen Kinsella/David Went/Patrick Harrison*, in: *Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, London 2008, United Kingdom, 205.

Gestützt auf Artikel 8a SKG hat die Wettbewerbsbehörde eine **Gruppenfreistellungsverordnung** für vertikale Abreden erlassen.²⁸² 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 (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 Wettbewerbsbehörde²⁸³ 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.²⁸⁴ **Vertikale Abreden** sind vom Verbot des Artikels 6 (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 auch der *De-Minimis*-Regel entgegen. In einem solchen Fall greift keine Unzulässigkeitsvermutung ein, sondern die jeweilige Abrede²⁸⁵ wird auf der Grundlage von Artikel 8 SKG, der die Freistellungs Voraussetzungen des Artikels 81 (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

²⁸² 2000:1193.

²⁸³ KKVFS 2004:1.

²⁸⁴ Vgl. *Claes Langenius/Joakim Sundbom/Patricia Helanow*, in: *Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, London 2008, Sweden, 191.

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

von diesen Empfehlungen **abgewichen** werden kann.²⁸⁶ **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 Artikels 6 (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 Vertriebs Händler anhand objektiver Kriterien, die einheitlich auf alle möglichen Vertriebs Händler 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 Vertriebs Händler hat in jedem Fall in nicht-diskriminierender Weise zu erfolgen.

²⁸⁶ MD 2002:5; *Claes Langenius/Joakim Sundbom/Patricia Helanow*, in: *Global Competition Review/Stephen Kinsella* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008*, London 2008, Sweden, 193.

C. Abweichungen

I. Artikel 5 (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 Artikels 5 (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. Es gibt aber 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 Artikel 5 (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 Artikel 5 (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. Artikel 5 (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.“

„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.“²⁸⁷

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 Ziffer 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

²⁸⁷ RPW 2004/1, 4 f., Sperrungen hinzugefügt.

vergleichenen Rechtsordnungen hat.²⁸⁸ Wenn diese Lesart von Ziffer 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. Dass (vermeintliche) Patentlösungen, welche die Gefahr in sich bergen, dass die Umstände des Einzelfalls nicht oder zu wenig berücksichtigt werden, in der Hand einer **nebenamtlich tätigen Behörde** besonders problematisch sind, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Aktuelle und frühere Mitglieder der WEKO betonen allerdings, dass das in Frage stehende Verständnis von Ziffer 10 (2) VBM verfehlt sei. Mit der dort verwendeten Formulierung solle keineswegs gesagt werden, dass dem Interbrand-Wettbewerb nicht 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 Artikel 5 (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 Empfehlungsförmig gekleidete Abreden darstellen.“²⁸⁹

²⁸⁸ Vgl. z.B. *Jürg Borer*, Vertikalabreden, in: Carl Baudenbacher (ed.), *Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007*, Basel 2008, 329 ff., 332.

²⁸⁹ RPW 2008/1, 10, C., Sperrungen hinzugefügt.

Die verschiedenen Lesarten von Ziffer 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 die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in bestimmten Fällen durch den **Nachweis des Bestehens von Interbrand-Wettbewerb** widerlegt werden kann. Auch diese Möglichkeit muss im Lichte der Rechtsvergleichung und des aktuellen Standes der ökonomischen Forschung grundsätzlich gegeben sein. Ob Ziffer 10 (2) VBM tatsächlich keine strengeren Beurteilungsregeln aufstellt als in der Europäischen Union ist damit zumindest fraglich.

II. Die Politik betreffend Preisempfehlungen

Bezüglich Preisempfehlungen hat die WEKO in Ziffer 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 besonders leicht und demzufolge besonders gern **befolgt** werden. Einen empirischen Nachweis hat die WEKO nicht erbracht. Sie hat aber nach eigenem Bekunden vor dem 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.²⁹⁰

Die WEKO will bei vertikalen Preisempfehlungen das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Einzelfall prüfen. Daran ist prinzipiell nichts auszusetzen, wengleich die Aufmerksamkeit, welche den Preisempfehlungen in Ziffer 11 VBM zuteil 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.

²⁹⁰ Vgl. *Marc Amstutz/Mani Reinert*, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Absatz 4 KG, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 70 ff., 87.

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 Ziffer 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 wird zweitens womöglich zu einem gewissen Teil durch vom Hersteller nicht zu beeinflussende Parameter (Steuern, Zölle) determiniert. 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, ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet und ausserdem nicht auf indirekte Weise durchgesetzt werden.²⁹¹ Diese Klarstellung ist zu begrüessen. 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

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.

ein früheres Kartell durch Empfehlungen ersetzt worden ist.²⁹² 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 eine horizontale Preisabsprache. 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.²⁹³ 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.²⁹⁴ 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.²⁹⁵ Solange keine zumindest stillschweigende Zustimmung der Händler nachgewiesen ist, liegt auch keine vertikale Abrede vor. Dann ist trotz aller Umstände, welche die WEKO aufführt, die VBM kraft Gesetzes gar nicht anwendbar.

²⁹² *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.

²⁹³ Vgl. schon vor Erlass der VBM *Marc Amstutz/Mani Reinert*, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Absatz 4 KG, in: *Walter Stoffel/Roger Zäch* (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 70 ff., 89.

²⁹⁴ Siehe auch *Jürg Borer*, Vertikalabreden, in: *Carl Baudenbacher* (ed.), Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007, Basel 2008, 329 ff., 331.

²⁹⁵ Vgl. *Marc Amstutz/Mani Reinert*, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Absatz 4 KG, in: *Walter Stoffel/Roger Zäch*, Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 70 ff., 87 f.

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.²⁹⁶ 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.²⁹⁷ 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** zugrunde zu legen. 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*²⁹⁸ muss vor dem Hintergrund der

²⁹⁶ Vgl. dazu die wegweisende Debatte zwischen *Alan Watson*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Second Edition, Edinburgh 1974, und *Otto Kahn-Freund*, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 *Mod. L. Rev.* (1974), 1 ff.; auch unten, Teil 4.

²⁹⁷ Vgl. dazu auch *Philipp Zurkinder/Hans Rudolf Trüb*, *Das neue Kartellgesetz: Handkommentar*, Zürich 2004, Artikel 22 Rz. 14; *Samuel Howald*, *Preisempfehlungen in der Vertikalbekanntmachung vom 02.07.2007 im Vergleich zur Regelung in der EU*, Masterarbeit vom 30. Mai 2008 an der Universität Bern, 52, 53.

²⁹⁸ 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*

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 auch, 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 Intra-brand-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. Artikel 5 (4) KG

Nach der hier vertretenen Auffassung besteht aufgrund von Ziffer 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 Ziffer 10 (2) VBM keine Verschärfung der mit dem Erlass von Art. 5 (4) KG geschaffenen Rechtslage mit sich bringt. Im Interesse der Rechtssicherheit ist es jedoch geboten, in der VBM selbst eine **Klarstellung** vorzunehmen. Das mindeste, was man in diesem Zusammenhang feststellen muss, ist, dass mit Ziffer 10 (2) **Verwirrung** geschaffen wurde. Im übrigen ist hier daran zu erinnern, dass die Vermutungsmechanik, die im Jahre 2003 zum Erlass von Art. 5 (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

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.

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.“²⁹⁹ Vor diesem Hintergrund erlaubt und erfordert die Struktur der schweizerischen Wettbewerbsgesetzgebung, wenngleich begrifflich³⁰⁰ mit der (älteren) Harvard-Schule verbunden, die parallele und gleichwertige Anwendung existierender Leitbilder sowie ausdrücklich auch die Einbeziehung **neuer wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse**.³⁰¹ Aus ökonomischer Perspektive liegt der Fokus bei Zugrundelegung dieses dynamischen Konzepts auf „der Funktionsfähigkeit des Marktprozesses und dem wirtschaftlichen Strukturwandel“³⁰². Wettbewerb wird als Marktentdeckungsverfahren auf allen Ebenen betrachtet, dessen Ergebnisse nur schwer prognostizierbar sind.³⁰³ 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.³⁰⁴ Der zentrale Aspekt ist die

²⁹⁹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, 511.

³⁰⁰ So Botschaft 1994, 510; zur "Inspiration" durch das Koordinationsmängelkonzept Grossektellers *Carl Baudenbacher*, Zur Revision des schweizerischen Kartellgesetzes, AJP 1994, 1367 ff., 1372.

³⁰¹ 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.

³⁰² *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.

³⁰³ 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.

³⁰⁴ 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.

Unterscheidung zwischen erwünschten und unerwünschten Marktunvollkommenheiten.³⁰⁵ Geschützt wird nicht eine bestimmte Marktform oder Marktstruktur, sondern die „frikionslose Funktionserfüllung“³⁰⁶ des Marktes. Juristisch stellt der Begriff des **wirksamen Wettbewerbs** im 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.³⁰⁷ Der im ersten Teil dieser Studie festgestellte Hang des Sekretariats (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 zwar den Intrabrand-Wettbewerb beseitigen, aber gleichzeitig den Interbrand-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 Intrabrand-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 **Ziffer 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 Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden, wird der überragenden Bedeutung des Interbrand-Wettbewerbs in der Tat 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 Interbrand-Wettbewerb** zu widerlegen. Entscheidend ist dann wahrscheinlich die Intensität des letzteren.

³⁰⁵ So *Ingo Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine interdisziplinäre Einführung, 8. Auflage, Stuttgart 2005, 11.

³⁰⁶ *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.

³⁰⁷ Vgl. dazu auch *Peter Hettich*, Wirksamer Wettbewerb: Theoretisches Konzept und Praxis, Dissertation St.Gallen, Bern 2003, Rz. 770.

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 Ziffer 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 Interbrand-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 Artikels 5 (4) KG** nachgedacht werden sollte. Die Vorschrift stellt im Grunde genommen eine **Solange-Bestimmung** dar. Solange der schweizerische Markt für Hersteller aus dem EU-Ausland nur schwer erreichbar ist, hat sie ihre volle Berechtigung.³⁰⁸ Sollte aber der Marktzutritt für ausländische Produzenten problemlos möglich werden, 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.“³⁰⁹

III. Preisempfehlungen

Ziffer 11 VBM unterstellt Preisempfehlungen einem strengeren Regime als ausländische Rechtsordnungen. Man kann sich fragen, ob es diese Bestimmung überhaupt gebraucht hat. Die sechs 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

³⁰⁸ Der Verfasser hat sich seinerzeit als Experte der Kommission des Ständerates grundsätzlich für den Erlass der Vorschrift ausgesprochen.

³⁰⁹ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, 2032 f.

dem Hersteller möglich sein, frei zu beweisen, dass **keine Abrede** vorliegt. Gelingt ihm das, so muss die Vermutung des Artikels 5 (4) KG entfallen, und es darf auch keine Rechtfertigung mehr erforderlich sein. Artikel 5 KG ist dann ebenso wenig anwendbar wie die VBM. Eine konkrete Handlungsempfehlung lautet, Ziffer 11 VBM im Sinne der vorstehenden Überlegungen zu **modifizieren**.

Teil 3 Sanktionierung von Einzelpersonen	119
A. Einleitung	119
B. Die einzelnen Rechtsordnungen	120
I. Schweiz	120
1. Verwaltungssanktionen für Unternehmen	120
2. Bonusregelung	122
3. Atypische Strafsanktionen	122
4. Keine Verwaltungssanktionen für Individuen	123
5. Keine echten Strafsanktionen für Individuen	123
II. USA	124
1. Gesetzliche Grundlagen	124
2. Leniency policy	126
3. Plea bargaining	127
4. Nebenstrafen	127
5. Zuständigkeit	127
6. Tabelle: Verurteilte Einzelpersonen	128
III. Europäische Gemeinschaft	128
1. Verwaltungssanktionen	128
a. Geltende Rechtslage	128
b. Bonusregelung	129
c. Änderungsmöglichkeiten	129
2. Strafsanktionen	130
a. Geltende Rechtslage	130
b. Änderungsmöglichkeiten	130
3. Sanktionskompetenz der Mitgliedstaaten	132
4. Bewertung	133
IV. Vereinigtes Königreich	134
1. Allgemeines	134
2. Cartel Offence	134
3. Directors Disqualification Order	136

4.	No Action Letter	136
5.	Weitere Straftatbestände	137
6.	Zuständigkeit	137
V.	Deutschland	138
1.	Allgemeines	138
2.	Ordnungswidrigkeiten	139
a.	Schwerwiegende Kartellordnungswidrigkeiten	139
b.	Leichte Kartellrechtsverstöße (Ungehorsamstatbestände)	140
c.	Täterkreis	141
d.	Bonusregelung	142
e.	Zuständigkeit	143
f.	Statistik der gegen Einzelpersonen verhängten Bussgelder	143
3.	Straftaten	144
a.	Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen	144
b.	Submissionsbetrug	144
c.	Weitere Straftatbestände	145
VI.	Weitere Mitgliedstaaten der Europäischen Union	145
1.	Niederlande	145
2.	Dänemark	146
3.	Frankreich	147
4.	Österreich	148
5.	Irland	149
VII.	Tabelle kartellrechtliche Individualsanktionen	151
C.	Theoretische Überlegungen	151
I.	Allgemeines	151
II.	Vorzüge von Individualsanktionen	153
1.	Abschreckungseffekt	153
a.	Fehlen unternehmensinterner Verfolgung	153
b.	Fehlender Abschreckungseffekt	

	unternehmensinterner Sanktionsmittel	154
c.	Unmöglichkeit hinreichend abschreckender Unternehmenssanktionen	154
d.	Effektive Abschreckung durch Individualsanktionen	156
2.	Erhöhter Aufdeckungsanreiz	157
3.	Gesellschaftlicher Erziehungseffekt	158
III.	Nachteile von Individualsanktionen	159
IV.	Bewertung	163
D.	Abweichungen	165
I.	Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen	165
II.	Individuelle Verwaltungssanktionen	165
III.	Strafsanktionen	165
E.	Handlungsempfehlungen	167
I.	Entwicklung einer tragfähigen Unternehmensverwaltungssanktionspraxis	167
II.	Einführung individueller Verwaltungssanktionen	168
III.	Einführung individueller Strafsanktionen	169

A. Einleitung

Individualsanktionen kommen in verschiedener Form vor. Hauptformen sind finanzielle Strafen 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.³¹⁰ Entsprechend werden Verwaltungssanktionen nicht in das Strafregister eingetragen. Nach teilweise vertretener Ansicht ist bei Verwaltungssanktionen ein Verschulden nicht erforderlich.³¹¹

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

³¹⁰ Christoph Tagmann, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Absatz 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, 86.

³¹¹ Zum Begriff siehe Blaise Knapp, Lehrgang zum Verwaltungsrecht, Basel 1994, 151, Rz. 1682 ff.

Untersuchungsbehörden im Verfahren weitergehende Untersuchungsbefugnisse zur Verfügung als im Verwaltungsverfahren.³¹²

Verwaltungs- und Strafsanktionen unterscheiden sich insbesondere durch (1) einen graduell verschiedenen Repressionscharakter, (2) das Strafsanktionen innewohnende Element der sozialetischen Missbilligung und (3) die 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, Praxis der Wettbewerbsbehörden und Rechtsprechung der Strafgerichte unter Berücksichtigung des institutionellen Setting. Anders als bei den anderen Teilen der Studie werden im Anschluss daran 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. Bis dahin konnte nur die Verletzung einer Verfügung der WEKO sanktioniert werden, ein Zustand, der vom ehemaligen Präsidenten der Kommission, *Roland von Büren*, mit dem Satz umschrieben wurde, der erste Mord sei gratis. Nach Artikel 49a (1) KG können solche Sanktionen gegen Unternehmen verhängt werden, wobei es sich, wie die Verweisung auf Artikel 5 (3) und (4) und Artikel 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.³¹³ Dem *Flughafen Zürich (Unique)* wurde eine Busse von CHF 101.000 auferlegt, da

³¹² Zur Begriffsbestimmung siehe im Allgemeinen *Blaise Knapp*, Lehrgang zum Verwaltungsrecht, Basel 1994, Rz. 1682 ff.

³¹³ Vgl. RPW 2006/4, 625 ff.

dieser seine marktbeherrschende Position auf dem Markt des Valet-Parking missbraucht hatte.³¹⁴ Im **Jahre 2007** verhängte die WEKO 2 Direktsanktionen gemäss Artikel 49a KG gegen Unternehmen.³¹⁵ Auf dem Gebiet der Telekommunikation sanktionierte sie mit Verfügung vom 5. Februar 2007 *Swisscom Mobile* wegen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung.³¹⁶ 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 Unternehmen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung mit einer Busse von CHF 2.5 Mio. belegt wurde.³¹⁷ 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.³¹⁸ 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.³¹⁹ Diese Entscheidung, die wichtige Ausführungen betreffend die Berechnungsgrundlagen von Bussen enthält, wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 3. Oktober 2007 gestützt. 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.³²⁰

³¹⁴ Vgl. RPW 2007/1, 3.

³¹⁵ RPW 2008/1, 6 und 7.

³¹⁶ Vgl. auch RWP 2007/2, 241.

³¹⁷ Vgl. RPW 2007/2, 190.

³¹⁸ 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.

³¹⁹ Vgl. RPW 2006/1, 141 ff.

³²⁰ BVGE, Urteil vom 3. Oktober 2007 (B-2157/2006).

2. Bonusregelung

Gemäss Artikel 49a (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 Artikel 8 (1) SVKG konkretisiert, wonach die WEKO die **Geldbusse vollständig erlässt**, wenn das Unternehmen seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 (3) und (4) KG anzeigt und als erstes Unternehmen (a) Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, ein kartell-rechtliches Verfahren gemäss Artikel 27 KG zu eröffnen; oder (b) Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Artikel 5 (3) oder (4) KG festzustellen. Der Sanktionserlass steht gemäss Artikel 8 (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 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 Artikel 8 (3) und (4) SVKG. Für die daneben nach Artikel 12 (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 Artikel 12 (1) und (2) SVKG.

3. Atypische Strafsanktionen

In den Artikel 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 Artikel 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 Artikel 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 (Artikel 40 KG), der Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses ohne Meldung oder die Zuwiderhandlung gegen Verfügungen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen kann gemäss Artikel 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 Unternehmensbegriff³²¹ Sanktionsadressaten sein können, ist Artikel 49 a KG jedenfalls auf die für ein Unternehmen handelnden Angestellten oder Organe nicht anwendbar.³²²

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.

Eine direkte Sanktionierung könnte *de lege lata* allenfalls beim **Submissionsbetrug** diskutiert werden. Mangels einer expliziten Spezialbestimmung setzte das eine Subsumtion des Verhaltens unter den Betrugstatbestand des Artikel 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.³²³ Dabei wird insbesondere festgestellt, dass ein Vermögensschadens nicht ermittelt werden kann. 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

³²¹ Vgl. *Jürg Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 3 Rz. 3 ff.

³²² *Daniel Zimmerli*, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, Bern 2007, 447.

³²³ So etwa *Benedict F. Christ*, Die Submissionsabsprache: Rechtswirklichkeit und Rechtslage, Freiburg 1999, 114 ff. N. 431 ff.; *Jürg-Beat Ackermann*, Submissionskartell als Betrug am Staat?, Aspekte des Eingehungsbetrugs, in: *Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg* (Hrsg.), *Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Prof. Dr. Niklaus Schmid*, Zürich 2001, 291-314; offen gelassen von *Martin Schubarth*, Submissionsbetrug: Zu einem Urteil des deutschen BGH, *Baurecht* 2/1993, 56-58.

Submissionsabsprache nicht bilden kann, fehle ein schadensindizierender Vergleichsmassstab.³²⁴

Der Ständerat hat im März 2008 eine Motion von *Rolf Schweiger*³²⁵ 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 wegen kartellrechtswidriger 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 Sect. 1 Sherman Act liegt darin, dass die Vorschrift sowohl in strafrechtlichen als auch in zivilrechtlichen Verfahren Anwendung findet.³²⁶ 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.³²⁷ 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“) zur **Abschöpfung erlangter Kartellrechtsvorteile** („disgorgement“) erwirkt.³²⁸ 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.³²⁹ Section 2 Sherman Act untersagt

³²⁴ *Christoph Heitz*, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB, Zürich 2008, 189.

³²⁵ 07.3856 Motion *Rolf Schweiger*: Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht.

³²⁶ *Philip E. Areeda/Herbert Hovenkamp*, Antitrust Law, 1st Edition, 1995, § 313.

³²⁷ 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).

³²⁸ *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.

³²⁹ Vgl. unten, Teil 4.

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.³³⁰

Die Verhängung von Sanktionen setzt in jedem Fall die **Beteiligung eines Gerichts** voraus.³³¹ 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.³³² Schliesslich besitzen nahezu sämtliche Bundesstaaten eigene Kartellgesetze, nach denen ebenfalls Geldbussen oder Gefängnisstrafen gegen Einzelpersonen verhängt werden können.³³³

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.³³⁴ Der Grund liegt darin, dass die übrigen Kartellabsprachen, bei welchen infolge der „rule of reason“ im Einzelfall komplexe wirtschaftliche Effizienzerwägungen

³³⁰ Siehe *Thomas O. Barnett*, Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model: in Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Huntington, New York 2007, 2; Vgl. USDoJ, *Antitrust Primer for Federal Enforcement Personnel*, 2005, 6.

³³¹ *Michael Owen Wise*, The System of Sanctions and Enforcement Co-operation in US Antitrust Law, in: Gerhard Dannecker/Oswald Jansen (eds.), *Competition Law Sanctioning in the European Union*, The Hague/London/New York 2004, 196.

³³² *Michael Owen Wise*, The System of Sanctions and Enforcement Co-operation in US Antitrust Law, in: Gerhard Dannecker/Oswald Jansen (eds.), *Competition Law Sanctioning in the European Union*, The Hague/London/New York 2004, 200.

³³³ *Melissa Pientka*, Antitrust Violations, 41 Am. Crim. L. Rev. (2004), Fn. 193.

³³⁴ 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.

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.³³⁵ 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.³³⁶ 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.³³⁷ Die Verjährungsfrist beträgt 5 Jahre nach Begehung der Tat.³³⁸

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.³³⁹ 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.

³³⁵ Siehe *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, (1977), 58-59.

³³⁶ *United States v. Cargo Serv. Stations, Inc.*, 657 F.2d 676, 682-683.

³³⁷ *Continental Ore v. Union Carbide & Carbon Corp.*, 370 U.S. 690 (1962).

³³⁸ 18 U.S.C. Sec. 3282 (2000).

³³⁹ 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.

3. Plea bargaining

Personen, welche die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllen, steht immerhin ein so genannter „plea bargain“ offen.³⁴⁰ Mit einer solchen Verfahrensabsprache können 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.³⁴¹

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.³⁴² Ob eine Verfolgung durch die Bundesstaaten geeignet ist, hängt davon ab, ob die Auswirkungen örtlich

³⁴⁰ 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 October 17. 2006, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.htm>, zuletzt besucht am 17. Juli 2008.

³⁴¹ Vgl. zu solchen „Companion Violations“ USDoJ, Antitrust Primer for Federal Enforcement Personnel, 2005, 5.

³⁴² 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.

begrenzt sind und beim zuständigen State Attorney General eine hinreichende Verfolgungsbereitschaft besteht.

6. Tabelle: Verurteilte Einzelpersonen³⁴³

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

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 Verwaltungssanktionen ergibt sich aus Artikel 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 Artikel 83 (2a) EG können zur Durchsetzung der in den Artikeln 81 (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 Artikel 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.³⁴⁴ Natürliche Personen können somit Unternehmen im Rechtssinne darstellen, soweit sie ihre wirtschaftliche Tätigkeit allein ausüben und der verfolgte Wettbewerbsverstoss

³⁴³ Siehe Workload Statistics FY 1998-2007 abrufbar unter:

<http://0225.0145.01.040/atr/public/workstats.htm>, zuletzt besucht am 29. Juni 2008.

³⁴⁴ 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, 119 Rz. 62.

keiner juristischen Person zurechenbar ist.³⁴⁵ 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.³⁴⁶

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 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

³⁴⁵ *Helmuth Schröter*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 2, 6. Auflage, Baden-Baden 2003, Vorbem. Art. 81 bis 85 Rz. 22.

³⁴⁶ Siehe KOMM. v. 21. 10. 1998, Rs. IV/35 691/E-4, ABl. 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*, Neubestimmung des deutschen und europäischen Kartellsanktionenrechts: Reformüberlegungen, Determinanten und Perspektiven einer Kriminalisierung von Verstössen gegen das Kartellrecht, ZWeR 1/2007, 15 ff. *Wouter P. J. Wils*, Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer?, in: Claus-Dieter Ehlermann/Isabela Atanasiu (eds.), European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels, Oxford 2007, Fussnote 44.

sich aus der Bezugnahme des Artikels 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 Artikels 83 (1) EG i.V.m. VO 1/2003 nicht gegen Einzelpersonen als solche verhängt werden können.³⁴⁷ Dagegen wird eingewandt, dass Artikel 83 (1) EG nur von den in den Artikel 81 und 82 EG niedergelegten „Grundsätzen“ spreche. Der Rat besitze daher ein weites Gesetzgebungsermessen, welches auch die Einführung von Individualsanktionen erlaube.³⁴⁸

2. Strafsanktionen

a. Geltende Rechtslage

Eine materiell beschränkte Harmonisierungskompetenz besteht lediglich nach Artikel 31 (1e) EU. Da aber der Erlass von Rechtsakten mit unmittelbarer Wirksamkeit nach Artikel 34 (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. Artikel 23 (5) VO 1/2003 bestimmt insoweit deklaratorisch, dass die nach Artikel 23 (1) und (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.³⁴⁹ Diskutiert wird vornehmlich, ob gemäss Artikel 5 (1) EG eine dem

³⁴⁷ Kurt Lennart Ritter, in Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007, Art. 83 EGV, Rz. 12.

³⁴⁸ Wouter P. J. Wils, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require Imprisonment?, The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Hague/London/New York 2002, 233.

³⁴⁹ Ablehnend Helmuth Schröter, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 2, 6. Auflage, Baden-Baden 2003, Art. 83 Rz. 27; Zweifelnd Gerhard Dannecker/Jörg Biermann, in Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1: VO 1/2003, 4. Auflage, München 2007, 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,

Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung entsprechende gemeinschaftsrechtliche Kompetenzzuweisung vorhanden ist. Parallel zur Problematik bei den administrativen Individualsanktionen wird im Blick auf Artikel 83 EG argumentiert, dass dieser sich lediglich auf Unternehmen beziehe und damit Sanktionen gegen natürliche Personen ausschliesse. Darüber hinaus wird auf Artikel 83 (2a) EG verwiesen, nach dem die Beachtung der in Artikel 81 (1) EG und Artikel 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 Artikel 83 (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, Artikel 83 (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 Artikel 83 (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 Artikel 83 (1) i.V.m. Artikel 95 EG sichergestellt oder jedenfalls auf die Flexibilitätsklausel des Artikels 308 EG ausgewichen werden könnte. Befürworter einer gemeinschaftlichen Strafkompetenz berufen sich schliesslich auf ein **Urteil des EuGH** zu Artikel 175 EG, das ausdrücklich bestätigte, dass zur effektiven Erreichung umweltpolitischer Ziele nach Artikel 174 EG auch strafrechtliche Massnahmen ergriffen werden können.³⁵⁰ Hier darf der Hinweis nicht fehlen, dass dieses Urteil politisch ausserordentlich umstritten ist.³⁵¹

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

Hague/London/New York 2002, 232 ff.

³⁵⁰ EuGH *Kommission/Rat*, C-176/03, Slg. 2005, I - 7879, Rz. 48.

³⁵¹ 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.

Anpassung ihrer nationalen Strafgesetzgebung verpflichtet. Zum anderen könnte der Erlass strafrechtlicher Normen auf der Gemeinschaftsebene selbst erwogen werden, die dann durch die Gemeinschaftsorgane zu vollziehen wären.³⁵² 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 *Fordham Antitrust Conference 2007* 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 Artikel 3 (1) VO 1/2003 sind die nationalen Wettbewerbsbehörden zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG verpflichtet, einschliesslich Artikel 81 (3). Ausgehend davon böte es sich auf den ersten Blick an, die oben dargestellten Beschränkungen der gemeinschaftlichen Sanktionsgewalt im Blick auf die Artikel 81 und 82 EG auch auf den mitgliedstaatlichen Kartellrechtsvollzug zu übertragen. Artikel 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 Artikel 12 (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.³⁵³ Auch ein Blick auf den Normzweck stützt diese Sichtweise. Artikel 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 Artikel 5 EG hat demnach lediglich deklaratorische Bedeutung.³⁵⁴ Schliesslich spricht auch der Umstand, dass verschiedene Mitgliedstaaten ohne Widerspruch

³⁵² Siehe *Wouter P. J. Wils*, *Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer?*, in: Claus-Dieter Ehlermann/Isabela Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels*, Oxford 2007, 314 der dafür hält, dass es nach Art. 229 EG möglich sei, dem Europäischen Gerichtshof die Befugnis zur Verhängung von Strafen zu übertragen.

³⁵³ *Wouter P. J. Wils*, *Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer?*, in: Claus-Dieter Ehlermann/Isabela Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels*, Oxford 2007, 281 ff.

³⁵⁴ *Kurt Lennart Ritter*, in Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, Band 1: VO 1/2003, 4. Auflage, München 2007, Art. 5 Rz. 1.

Strafsanktionen in ihrer Rechtsordnung eingeführt haben, rechtstatsächlich für die **Zulässigkeit** dieses Vorgehens.

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 der Artikel 81 EG und 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.³⁵⁵ Dem stehen bisher v.a. **politische Vorbehalte der Mitgliedstaaten**, insbesondere die Angst, hoheitliche Kernbefugnisse zu verlieren, entgegen.³⁵⁶ 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 Artikel 83 (2) 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 Artikel 83 (1) EG vollständig entsprechenden Artikel 103 (1) AEUV wird durch Artikel 83 AEUV

³⁵⁵ Siehe *Philip Lowe*, Preventing and Sanctioning Anticompetitive Conduct: Effective Use of Administrative and Criminal Sanctions, Leniency Programmes and Private Action in the EU, in: Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Huntington, New York 2007, 96.

³⁵⁶ *Christoph T. Feddersen*, in: Dorothe Dalheimer/Christoph T. Feddersen/Gerald Miersch (Hrsg.), *EU-Kartellverfahrensverordnung: Kommentar zur VO 1/2003*, München 2005, 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.

ausgeschlossen, so dass die dazu bestehenden Auslegungszweifel obsolet sind.³⁵⁷

Auch die Einführung administrativer Individualsanktionen ist in näherer Zukunft nicht zu erwarten. Entsprechende Pläne gibt es derzeit nicht.³⁵⁸ Mit der **Dezentralisierung** des Kartellrechtvollzuges 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 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.³⁵⁹ 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

³⁵⁷ Siehe oben B. III. 2. b.

³⁵⁸ Auskunft der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission vom 19.06.2008.

³⁵⁹ Siehe Section 36 des Competition Act, wonach Bussgelder bei Verstössen gegen die im Wesentlichen den Artikeln 81 und 82 EG nachgebildeten Verbotstatbestände des 1. und 2. Kapitels des Gesetzes verhängt werden können.

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.³⁶⁰ 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.³⁶¹ 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 Anwendungsbereichs verhindert.³⁶² 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 Kartelltätigkeiten 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.

³⁶⁰ *Jeremy Lever/John Pike*, Cartel Agreements, Criminal Conspiracy and the Statutory „Cartel Offence“ - Part 2, ECLR 2005, 165.

³⁶¹ (1982) 2 ALL ER 689 (C.A.J.)

³⁶² *Barry J. Rodger*, The Competition Act and The Enterprise Act Reforms: Sanctions and Deterrence in UK Competition Law, in: Gerhard Dannecker/Oswald Jansen (eds.), Competition Law Sanctioning in the European Union, The Hague/London/New York 2004, S. 125 ff.; *Mark Furse*, Competition Law of the EC and UK, 5. Aufl., Oxford 2006, 236.

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.³⁶³

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 Artikel 81 und Artikel 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.³⁶⁴ Die Maximaldauer für ein 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** vor einer Strafverfolgung zugesichert. Das Absehen von Strafverfolgung betrifft auch

³⁶³ Siehe Pressebericht des OFT, <http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/72-08>, zuletzt besucht am 2. Juli 2008.

³⁶⁴ *Philippe Chappate/Sarah Cardel*, United Kingdom, in: Global Competition Review, William Rowley/Martin Low/McMillan Binch Mendelsohn (Contributing Editors), *Getting the Deal through: Cartel Regulation*, London 2008, 239.

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.³⁶⁵

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.³⁶⁶ Das House of Lords hat jedoch entschieden, dass Preisabsprachen nicht den Tatbestand des „conspiracy to defraud“ erfüllen, solange keine erschwerenden Umstände vorliegen (aggravating features).³⁶⁷ Als erschwerende Umstände kommen „misrepresentation“ und „deception“ in Betracht, wobei diese aber noch nicht in der Preisabsprache selbst zu sehen sind.

6. Zuständigkeit

Für die Verfolgung der cartel offence sind gemäss Section 190 (2) des Enterprise Act das **SFO** sowie das **OFT** zuständig.³⁶⁸ 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

³⁶⁵ *Jeremy Lever/John Pike*, Cartel Agreements, Criminal Conspiracy and the Statutory „Cartel Offence“ - Part 2, ECLR 2005, 167.

³⁶⁶ Vgl. *Jeremy Lever/John Pike*, Cartel Agreements, Criminal Conspiracy and the Statutory "Cartel Offence" - Part 2, E.C.L.R. (2005) 164 ff.

³⁶⁷ Siehe *Norris v Government of the United States of America and others*, [2008] UKHL 16.

³⁶⁸ Das gilt für England, Wales und Nordirland. In Schottland liegt die Zuständigkeit bei dem Lord Advocate.

Behörden erfolgt.³⁶⁹ Erhält das OFT im Rahmen seiner Ermittlungen Kenntnis von strafbaren Kartellhandlungen, so führt es die Erstuntersuchungen durch und informiert das SFO. Erhärteten 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.³⁷⁰ 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 hinreichenden 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 Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) i.V.m. mit dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), die relevanten Strafvorschriften im Strafgesetzbuch (StGB).

³⁶⁹ 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.

³⁷⁰ 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.

Nach überwiegender Ansicht ist der Unterschied zwischen Ordnungswidrigkeiten und Straftaten nicht wesensmässiger, sondern nur gradueller Natur.³⁷¹ 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 (4) (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 (4) (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 (3) GWB setzen Vorsatz voraus. Gemäss § 17 (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 (1) OWiG die Ordnungswidrigkeit zurück³⁷². Eine Handlung kann gemäss § 21 (2) OWiG aber dann als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, wenn eine Strafe nicht verhängt wird.

a. Schwerwiegende Kartellordnungswidrigkeiten

Nach § 81 (1) GWB handelt ordnungswidrig, wer gegen die Artikel 81 (1) EG (Nr. 1) oder 82 Satz 1 EG (Nr. 2) verstösst. § 81 (2) Nr. 1 GWB sanktioniert Verstösse

³⁷¹ Erich Göhler (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 14. Auflage, München 2006, Vor § 1 Rz. 5.

³⁷² Nach h. M. wird aber die Straftat verdrängt, wenn der Bussgeldtatbestand die speziellere Norm darstellt. Siehe dazu etwa *Joachim Bohnert*, in: Lothar Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Auflage, München 2006, § 21 Rz. 7.

gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB. Seit der 7. GWB-Novelle bezieht sich das Kartellverbot in Übereinstimmung mit Artikel 81 (1) EG sowohl auf horizontale als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Ordnungswidrig ist nach § 81 (2) Nr. 1 GWB darüber hinaus die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 (1) GWB), weiter die Behinderung und Diskriminierung (§ 20 (1) bis (4) GWB), die diskriminierende Ablehnung der Aufnahme in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung oder eine Gütezeichengemeinschaft (§ 20 (6) GWB), der Zwang zu illegalem Wettbewerbsverhalten (§ 21 (3) GWB), die wirtschaftliche Nachteilszufügung als Vergeltung für eine Anrufung der Kartellbehörde (§ 21 [4] GWB) und der Vollzug oder die Mitwirkung an einem vom Bundeskartellamt nicht freigegebenen Zusammenschluss (§ 41 [1] [1] GWB). § 81 (3) Nr. 1, 2 beziehen sich auf Verstösse gegen das Boykottverbot in Form der Aufforderung zu Liefer- oder Bezugssperren nach § 21 (1) GWB und das Verbot von Druck- oder Lockmitteln nach § 21 (2) GWB. § 81 (3) Nr. 3 GWB bebusst denjenigen, der entgegen § 24 (4) (3) GWB oder § 39 (3) (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 (2) Nr. 5 GWB wird eine Geldbusse gegen denjenigen verhängt, der einer vollziehbaren Auflage einer Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts (§ 40 (3) (1) GWB) oder einer Ministererlaubnis (§ 42 (2) (1) GWB) zuwiderhandelt. § 81 (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 (2) Nr. 3 GWB handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 39 (1) GWB eine Vereinbarung oder einen Zusammenschluss nicht richtig oder nicht vollständig anmeldet und nach § 81 (2) Nr. 4 GWB, wer entgegen § 39 (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 (2) Nr. 2 b, wonach ordnungswidrig handelt, wer einem Auskunftsverlangen des Bundeskartellamtes im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach § 39 (5) GWB nicht

ordnungsgemäss nachkommt. Nach § 81 (2) Nr. 6 GWB handelt sodann ordnungswidrig, wer entgegen § 59 (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.³⁷³ Unter den Voraussetzungen des § 9 OWiG wird der Täterkreis aber auf natürliche Personen erweitert. Die Vorschrift unterscheidet zwischen Fällen gesetzlicher Vertretung (Absatz 1) und gewillkürter Vertretung (Absatz 2). Handelt nach § 9 (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.³⁷⁴ Dasselbe gilt nach § 9 Absatz 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 (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

³⁷³ Gerhard Dannecker/Jörg Biermann, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007, Vorb. § 81 Rz. 64; § 81 Rz. 77.

³⁷⁴ Gerhard Dannecker/Jörg Biermann, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007, § 81 Rz. 26.

OWiG aufweist.³⁷⁵ Soweit wie im Falle des § 81 (2) Nr. 1 i.V.m. § 21 (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.³⁷⁶ § 130 OWiG bezieht sich ausschliesslich auf Zuwiderhandlungen 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.³⁷⁷

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

³⁷⁵ Gerhard Dannecker/Jörg Biermann, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007, § 81 Rz. 77.

³⁷⁶ Erich Göhler (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 14. Auflage, München 2006, § 130 Rz. 4.

³⁷⁷ Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Auflage, München 2006, § 130 Rz. 4.

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 (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 (10) i.V.m. § 48 (2) (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.

f. Statistik der gegen Einzelpersonen verhängten Bussgelder in Euro³⁷⁸:

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

³⁷⁸ 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.

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 (Artikel 81 und 82 EG) verstösst.³⁷⁹ 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.³⁸⁰ 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 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.³⁸¹ In

³⁷⁹ *Olaf Hohman*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, München 2006, § 298 Rz. 76.

³⁸⁰ BGH, Urteil vom 08.01.1992, NJW 1992, 921 ff. („*Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau I*“).

³⁸¹ BGH, Urteil vom 21.11.1961, NJW 1962, 312 ff.

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).³⁸² 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.³⁸³ 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 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

³⁸² BGH, Urteil vom 08.01.1992, NJW S. 923 („*Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau I*“). Dagegen ist eingewandt worden, dass damit bloss Erwerbsaussichten zur Schadensbegründung herangezogen werden, die sich regelmässig noch nicht zu einer vermögenswerten Expektanz verdichtet hätten. Vgl. dazu *Peter Cramer*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Auflage, München 2006, § 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, Zürich 2008.

³⁸³ Daneben können auch Ausgleichszahlungen an Kartellaussenseiter oder Präferenzen zugunsten von Kartellmitgliedern relevant sein.

Unternehmens nicht als natürliche Person im Sinne des Gesetzes anzusehen ist.³⁸⁴

Am 1. Oktober 2007 traten wesentliche Änderungen des Wettbewerbsgesetzes in Kraft. Nunmehr können auch gegen **natürliche Personen Verwaltungssanktionen** verhängt werden. Voraussetzung ist, dass sie Kartellabsprachen angeordnet haben oder für diese de facto verantwortlich sind.³⁸⁵ 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.³⁸⁶ Sanktioniert werden können neben horizontalen auch vertikale Kartellabsprachen. Die Frist zur Verfolgung der Kartellverstöße beträgt 5 Jahre.

Die Verhängung von Berufsverboten 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.³⁸⁷

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

³⁸⁴ 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.

³⁸⁵ *Jolling K. de Pree/Simone J. H. Evams*, Netherlands, in: *Global Competition Review/William Rowley/Martin Low/McMillan Binch Mendelsohn* (Contributing Editors), *Getting the Deal through: Cartel Regulation*, London 2008, 141.

³⁸⁶ 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.

³⁸⁷ *Jolling K. de Pree/Simone J. H. Evams*, Netherlands, in: *Global Competition Review/William Rowley/Martin Low/McMillan Binch Mendelsohn* (Contributing Editors), *Getting the Deal through: Cartel Regulation*, London 2008, 144.

Kartellrechtsverletzungen, die im Höchstmass mit Geldstrafen geahndet werden können, auch eine Verwaltungsentscheidung erlassen. Wird diese Verwaltungsentscheidung vom Betroffenen akzeptiert, so findet ein Gerichtsverfahren nicht statt. Der strafrechtliche Charakter der Sanktion wird dadurch jedoch nicht berührt.³⁸⁸

3. Frankreich

Die massgeblichen Kartellrechtsbestimmungen finden sich im französischen Code de Commerce. In enger Anlehnung an die Artikel 81 und 82 des EG-Vertrages sind gemäss den Artikeln L. 420-1 und 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 Artikel 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 den Artikel L. 420-1 und L. 420-2 genannten Handlungen persönlich und entscheidend beteiligt waren.³⁸⁹ 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.³⁹⁰ Darüber hinaus darf das Gericht gemäss Artikel 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 (Artikel 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 Artikel 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

³⁸⁸ Vgl. *Kirsten Levinsen/Jens Fejø*, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 101-104.

³⁸⁹ Vgl. *Laurence Idot*, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 165-166.

³⁹⁰ Entscheidung des Conseil de la Concurrence 04-D-07 (11. März 2004).

Anklageerhebung dem angerufenen Strafgericht. In der Praxis ist die Strafbestimmung bisher kaum angewandt worden.³⁹¹

Das französische Recht enthält eine **Bonusregelung**, die im Unterschied zu anderen Ländern im Gesetz selbst verankert ist (Artikel L. 464-2 (IV) und Artikel R. 464-5 Code de Commerce). Der Conseil de la Concurrence hat zusätzlich eine Mitteilung erlassen, welche die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften konkretisiert. Verfolgungsimunität kann danach nur Unternehmen für Kartellverletzungen nach Artikel L. 420-1 Code de Commerce gewährt werden. Allerdings ist der Conseil de la Concurrence im Rahmen seines Ermessens befugt, von der Einschaltung des Staatsanwaltes zur Strafverfolgung nach Artikel L. 420-6 Code de Commerce abzusehen, soweit dies die Effektivität der Bonusregelung beeinträchtigen würde.³⁹² Schliesslich sind gemäss Artikel 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 Artikel 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

³⁹¹ *Bredin Prat, France*, in: Global Competition Review/William Rowley/Martin Low/McMillan Binch Mendelsohn (Contributing Editors), *Getting the Deal through: Cartel Regulation*, London 2008, S. 79; *Laurence Idot*, in: Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, 166.

³⁹² 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.

Betrugstatbestand nach § 146 öStGB subsumiert.³⁹³ 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 Artikel 81 EG enthaltenen Wettbewerbsregeln anzugleichen.³⁹⁴ 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 Bundeskartellanwalt. Eine Geldbusse kann jedoch nur nach Antrag durch das Kartellgericht verhängt werden.³⁹⁵

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

³⁹³ *Peter Lewisch*, Enforcement of antitrust law: The way from criminal individual punishment to semi-penal sanctions in Austria, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 297.

³⁹⁴ Vgl ErläutRV 926 BlgNR 22. GP 1, 4 und 5.

³⁹⁵ Vgl zur Rechtslage in Österreich *Claudine Vartian/Marc Lager*, Austria, in: Global Competition Review/*William Rowley/Martin Low/McMillan Binch Mendelsohn* (Contributing Editors), Getting the Deal through: Cartel Regulation, London 2008, S. 16; *Peter Lewisch*, Enforcement of antitrust law: the way from criminal individual punishment to semi-penal sanctions in Austria in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 290 - 305.

erheblichen Einfluss auf die Unternehmensführung geben, das Einverständnis in die wettbewerbswidrige Handlung vermutet.³⁹⁶

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.³⁹⁷

³⁹⁶ Vgl. zur Rechtslage in Irland *Terry Calvani*, Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cornwall 2006, 270 - 288; *Louise Carpendale*, Ireland, in: *Global Competition Review/William Rowley/Martin Low/McMillan Binch Mendelsohn* (Contributing Editors), *Getting the Deal through: Cartel Regulation*, London 2008, 101.

³⁹⁷ Annual Report on Competition Policy Developments in Ireland, OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2008)9/10. [http://www.oelis.oecd.org/olis/2008doc.nsf/ENGDATCORPLOOK/NT000031FA/\\$FILE/JT03246403.PDF](http://www.oelis.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 (nur subsidiär)	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.³⁹⁸ Weiter sei eine grosse Zahl der in den USA operierenden Kartelle als Folge der Furcht einheimischer Unternehmensleiter vor persönlicher Bestrafung bereits internationaler Natur.³⁹⁹ 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.⁴⁰⁰ In der Schweiz wurden Überlegungen, schwerwiegende Wettbewerbsverstösse mit Individualsanktionen zu ahnden, bei der Teilrevision des KG im Jahre 2003 verworfen.⁴⁰¹ Im Zusammenhang mit der aktuellen Evaluation wurde aber erneut der Ruf nach einer entsprechenden Novellierung laut.⁴⁰² Auch die OECD-Studie über Individualsanktionen von 2003 kommt zum Ergebnis, dass Individualsanktionen neben Unternehmenssanktionen zur Erhöhung des Abschreckungseffekts beitragen würden.⁴⁰³ 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 Artikels 49a KG. Das ist deswegen gerechtfertigt, weil mit den Artikeln 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

³⁹⁸ *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.

³⁹⁹ *Terry Calvani*, Enforcement of Cartel Law in Ireland, in: Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Huntington, New York 2003, 6.

⁴⁰⁰ Pressemitteilung des OFT, <http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/72-08>, zuletzt besucht am 21. Juli 2008.

⁴⁰¹ In der Form eines überarbeiteten Art. 54a KG, der Organe von Unternehmen einer direkten Strafdrohung für Verstösse gegen Art. 5 (3) und Art. 7 KG aussetzen sollte (Antrag *Fässler*, WAK-Nr, Sitzung vom 2. September 2002, Protokoll, 53 ff.).

⁴⁰² 07.3856 Motion *Schweiger*: Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht, vom Ständerat angenommen.

⁴⁰³ OECD, *Sanctions Against Individuals*, DAF/COMP(2004) 39, 7.

diese treten. Soweit sich aus ihnen nichts Gegenteiliges ergibt, beziehen sich die Ausführungen auf administrative und strafrechtliche Sanktionsmassnahmen sowie auf Geld- und Haftstrafen.

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.⁴⁰⁴ 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

⁴⁰⁴ Daniel Zimmerli, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, Bern 2007, 211 (Fn. 137).

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. Bereits zur Vermeidung von Prozesskosten werden Unternehmen daher von der vollständigen Geltendmachung des Schadens absehen. Das **Haftungsrisiko** der Mitarbeiter entspricht also realistischerweise 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.⁴⁰⁵ 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

⁴⁰⁵ *Katalin J. Cseres, Maarten-Pieter Schinkel, Floris O.W. Vogelaar*, Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cornwall 2006, 9.

resultierenden Gewinn übersteigt.⁴⁰⁶ Die erwartete Strafe ist die Strafe, die im Fall der Aufdeckung der Verletzung verhängt wird, multipliziert mit dem Wahrscheinlichkeitsfaktor der Aufdeckung.⁴⁰⁷ 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.⁴⁰⁸ 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 übersteigen müssen.⁴⁰⁹ Vor allem die nach Artikel 23 (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 Insolvenzen zu vermeiden, so wird es zum Ausgleich

⁴⁰⁶ *Wouter P. J. Wils*, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require Imprisonment?, The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Hague/London/New York 2002, 199.

⁴⁰⁷ 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: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 230.

⁴⁰⁸ *Peter G. Bryant/Woodrow Eckhard*, Price Fixing: The Probability of Getting Caught, Review of Economics and Statistics (1991), 531.

⁴⁰⁹ Nach *Wouter P. J. Wils*, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require Imprisonment?, The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Hague/London/New York 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 *John M. Connor/Robert H. Lande*, How High Do Cartels Raise Prices: Implications for Reform of Antitrust Sentencing Guidelines, Tulane Law Review, Vol. 80 (2005); American Antitrust Institute Working Paper No. 01-04. Dabei ist insbesondere bedeutsam, dass das Aufdeckungsrisiko in vielen Fällen von den Betroffenen subjektiv als geringer wahrgenommen wird.

für den erlittenen Vermögensverlust, soweit möglich, die Preise anheben.⁴¹⁰ 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.⁴¹¹ 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.⁴¹² 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 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

⁴¹⁰ Vgl. dazu *John Fingleton/Marie-Barbe Girard/Simone Williams*, The Fight Against Cartels: Is a "Mixed" Approach To Enforcement The Answer?, in: Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Huntington, New York 2007, 16.

⁴¹¹ Vgl. *Manfred Zuleeg*, Criminal Sanctions to Be Imposed on Individuals As Enforcement Instruments, in: Claus Dieter Ehlermann/Isabela Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford 2003, 459.

⁴¹² *Arthur L. Liman*, The Paper Label Sentences: Critique, 86 *The Yale Journal* (1977), 630-631.

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.⁴¹³

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 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

⁴¹³ *Thomas O. Barnett*, Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model, in: Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Huntington, New York 2007, 3.

Inanspruchnahme von Bonusregelungen durch Individuen, sondern auch durch Unternehmen.⁴¹⁴ 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.⁴¹⁵ Sie erschweren nicht nur missbilligenswertes

⁴¹⁴ *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.

⁴¹⁵ 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 Betroffene aber meist selbst nicht überblicken mit der Folge, dass dessen Nichteintritt auch nicht als

Verhalten, sondern können in ihrer normsetzenden Funktion selbst einen entsprechenden Bewusstseinswandel herbeiführen.⁴¹⁶ 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.⁴¹⁷

Wettbewerbsrechtliche Vorschriften finden überdies durch die Einführung von Individualsanktionen rascher Eingang in das allgemeine Rechtsbewusstsein der Bevölkerung.⁴¹⁸ 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.⁴¹⁹ 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.⁴²⁰ Darüber hinaus haben Individualsanktionen verschiedene Nachteile. Strafsanktionen in Form von Gefängnisstrafen verursachen erhebliche, von der Allgemeinheit zu tragende

Verlust wahrgenommen wird. Dieser insoweit verschwommene Handlungsunwert mag der Grund dafür sein, dass in der Bevölkerung kein deutliches Strafbedürfnis artikuliert wird.

⁴¹⁶ *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* (1992), 1889.

⁴¹⁷ *Andreas P. Reindl*, How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases? in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cornwall 2006, 116; *Wouter P. J. Wils*, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require Imprisonment?, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, Hague/London/New York 2002, 216.

⁴¹⁸ *Katalin J. Cseres, Maarten-Pieter Schinkel, Floris O.W. Vogelaar*, Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cornwall 2006, 9.

⁴¹⁹ OECD, *Sanctions Against Individuals*, DAF/COMP(2004)39, 1.

⁴²⁰ Kritisch *Andreas P. Reindl*, How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases? in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cornwall 2006, 115.

Sach- und Personalkosten für den Unterhalt der Vollzugsanstalten.⁴²¹ Mit den von kartellrechtlichen Strafen typischerweise betroffenen Tätern werden dem Arbeitsmarkt hochqualifizierte Arbeitskräfte entzogen. Das kann zu einem Wohlfahrtsverlust führen (deadweight losses).⁴²² 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.⁴²³ 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.⁴²⁴ Daraus kann eine beträchtliche Verfahrensverlangsamung resultieren und unter Umständen die Verhängung der Strafsanktionen ganz vereitelt werden.⁴²⁵ Vorstellbar ist sodann, dass die Beteiligten grössere Anstrengungen unternehmen, um ihre Kartellaktivitäten zu verbergen.⁴²⁶ 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

⁴²¹ *William Breit/ Kenneth G. Elzinga*, Antitrust Penalties and Attitudes Toward Risk: An Economic Analysis, 86 Harvard Law Review (1973), 695.

⁴²² *Giancarlo Spagnolo*, Criminalization of cartels and their internal organization, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 136.

⁴²³ *Wouter P. J. Wils*, Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer?, in: Claus-Dieter Ehlermann/Isabela Atanasiu (eds.), European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels, Oxford 2007, 298.

⁴²⁴ *Andreas P. Reindl*, How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases? in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 121.

⁴²⁵ *Katalin J. Cseres, Maarten-Pieter Schinkel, Floris O.W. Vogelaar*, Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 11.

⁴²⁶ *Giancarlo Spagnolo*, Criminalization of cartels and their internal organization, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 136.

höherer Bezüge entschädigen lassen.⁴²⁷ Auch diese Kosten würden durch 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, nach wenn auch umstrittener Ansicht, kein Straftatbestand erfüllt wird.

Probleme würde jedoch die Einführung strafrechtlicher Sanktionen im Hinblick auf die Bonusregelung schaffen.⁴²⁸ Die Zubilligung von Straffreiheit gemäss Artikel 49a (2) KG entspräche einer strafprozessualen Verfahrensabsprache (Deal). Verfahrensabsprachen sind jedoch im Schweizer Strafprozessrecht, unter anderem wegen Verstosses gegen das Legalitätsprinzip, grundsätzlich unzulässig.⁴²⁹ 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 Artikeln 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 Artikel 49a (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 Artikel 49a (1) KG Strafsanktionen darstellen.⁴³⁰ Eine solche Einordnung ist indes abzulehnen. Der Gesetzgeber hat in systematischer

⁴²⁷ A. Mitchell Polinsky/Steven Shavell, Should Employees Be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability?, 13 International Review of Law and Economics (1993), 241.

⁴²⁸ Vgl. Andreas P. Reindl, How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases? in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 119, 124; Criminal Enforcement of Antitrust Law, Rede des Generaldirektors der Schwedischen 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](http://www.kkv.se/upload/Filer/Press/Tal-
artiklar/tal_cn_060907.pdf), zuletzt besucht am 17. September 2008.

⁴²⁹ Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Auflage, Bern 2005, 312 Rdnr. 717; Daniel Zimmerli, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der Bonusregelung im Kartellrecht, Bern 2007, S. 651; Allerdings haben einzelne Kantone (Basel-Landschaft, Tessin und Zug) das Institut der Verfahrensabsprache anerkannt. Vgl. etwa § 137 ff. StPO BL.

⁴³⁰ 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 (1) EMRK strafrechtlichen Charakter besitzt, ist daher unerheblich.

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.⁴³¹ Dagegen kann man nicht einwenden, dass die Einordnung als Verwaltungssanktion lediglich auf die seinerzeitige Ansicht des Gesetzgebers zurückgehe, dass juristische Personen nicht deliktsfähig sein könnten und dass mit dem Erlass der Artikel 102 und 102a StGB, mit welchen mittlerweile eine Unternehmensstrafbarkeit eingeführt wurde, diese Differenzierung obsolet geworden sei.⁴³² 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 Sichtweise spricht überdies, dass die in den Artikeln 49a ff. KG vorgesehenen Direktsanktionen die konstituierenden Begriffsmerkmale einer Verwaltungssanktion erfüllen. Sie werden erstinstanzlich stets von einer Verwaltungsbehörde (WEKO) nach verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorschriften (VwVG) verhängt.⁴³³ 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 bestände 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.

⁴³¹ Siehe auch Botschaft KG 1995, 608.

⁴³² *Peter Reinert*, in: Baker & Mckenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 49a, Rn. 3.

⁴³³ Siehe hierzu Teil III, A.

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.⁴³⁴

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 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

⁴³⁴ So bestimmt Nr. 7, S. 3 der niederländischen Leniency Guidelines (unverbindliche englische Übersetzung), dass auch ehemalige Mitarbeiter als Mit-antragsberechtigte in Betracht kommen, abrufbar unter: http://www.nmanet.nl/Images/Leniency%20Guidelines%2009102007_tcm16-107602.pdf, zuletzt besucht am 17. September 2008.

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.⁴³⁵ 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.⁴³⁶

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist nach der hier vertretenen Auffassung das Rechtsinstitut der **Individualsanktion** als taugliches gesetzgeberisches Handlungsinstrument zur effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts anzusehen.

⁴³⁵ Eine andere Frage ist, inwieweit Erkenntnisse aus Strafverfahren auch in Zivilverfahren verwertbar sind.

⁴³⁶ So auch *Patrick Massey*, Criminalization and leniency: will the combination favourably affect cartel stability? in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cornwall 2006, 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 von Individualsanktionen regelmässig geringer ausfallen würden. Durch die Mitsanktionierung der verantwortlichen Mitarbeiter kann auch ein psychologischer Gerechtigkeitsgewinn erzielt werden.

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 den in den 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 den Artikeln 54 und 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.

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**.⁴³⁷ 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**.⁴³⁸

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**.⁴³⁹ Immerhin

⁴³⁷ 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.

⁴³⁸ *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.

⁴³⁹ 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.

wurden im **Vereinigten Königreich** im Jahre 2008 die ersten drei Strafurteile ausgesprochen.

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.⁴⁴⁰ 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 Unternehmensverwaltungssanktionspraxis

Die wichtigste Handlungsempfehlung im Bereich der Sanktionierung lautet: Bevor die Möglichkeiten des Artikels 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 Artikels 49a KG zu entwickeln. Das gäbe den **Gerichten** die Möglichkeit, entsprechendes Fallrecht zu schaffen.

⁴⁴⁰ Vgl. oben, B. II. 1.

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 **Versuch am untauglichen Objekt** dar. Hintergrund des Vorstosses ist offenbar die Busse von fast CHF 300.000.000, welche die Europäische Kommission einem Schweizer Lifterhersteller wegen angeblicher Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft auferlegt hat. Völkerrechtlich ist das nicht anfechtbar.⁴⁴¹ 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.⁴⁴² 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 den Artikeln 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 Artikeln 54 ff. KG hieran anknüpfenden Folgedelikte hingegen mit einer Verwaltungsstrafe. Zu lösen wäre dieses Problem letztlich nur dadurch, auch die

⁴⁴¹ Dazu zuletzt *Carl Baudenbacher*, The CFI's Gencor Judgment – Some Remarks on its Global Implications, in: Carl Baudenbacher/Claus Gulmann/Koen Lenaerts/Emmanuel Coulon/Emmanuel Barbier de la Serre (eds.), *Liber Amicorum en l'honneur de/in honour of Bo Vesterdorf*, Brussels 2007.

⁴⁴² Vgl. dazu *Karl Hofstetter*, Korrekturbedürftige Bussen-Exzesse im europäischen Kartellrecht, NZZ Nr. 123 v. 29. Mai 2008, 29.

bisher als Verwaltungsstrafen ausgestalteten in den Artikeln 54 ff. KG geregelten Delikte 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. 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.⁴⁴³ 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 den Artikeln 54 ff. KG möglich. Aus Artikel 57 (1) KG i.V.m. Artikel 21 VStrR folgt, dass in Fällen, in denen die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme gegeben sind, abweichend von Artikel 57 (2) (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 Artikels 6 (1) EMRK, wonach sich das Kognitionsrecht des Gerichts sowohl auf Rechts- als auch auf Tatsachenfragen beziehen muss, wird genügt.⁴⁴⁴ Artikel 77 (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.⁴⁴⁵ Die erstinstanzliche Entscheidungsgewalt des Gerichts hätte zur Folge, dass die fachliche Expertise der WEKO mit Ausnahme der Voruntersuchungen keinen Eingang in die Entscheidungsfindung erhielte. 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 in den Artikeln 54 ff. KG vorgesehenen Verwaltungsstrafen 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

⁴⁴³ 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.

⁴⁴⁴ EGMR, Urt. v. 23. Juni 1981, No. 6878/75, *Le Compte, Van Leuven und De Meyere v Belgien* Serie A, Nr. 43, § 51.

⁴⁴⁵ *Renate Schwob*, Verwaltungsstrafrecht des Bundes V, SJK 1290, 7.

Einführung vorbringen. Letztlich ist auch die volle Entfaltung eines Abschreckungseffekts zweifelhaft, da unsicher ist, ob die befassen Straferichte 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 Artikels 49a KG ausschöpfen sollte. Überdies ist an die private Rechtsdurchsetzung zu denken.

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.⁴⁴⁶ 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.⁴⁴⁷ 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**.

⁴⁴⁶ 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, Zürich 2008, 194 ff.

⁴⁴⁷ *Henning Radtke*, in Wolfgang Joecks/Klaus Miebach u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, München 2003, §§ 38 ff., Rz. 2.

Teil 4 Zivilrechtliche Verfahren

A.	Ziele des internationalen Vergleichs	176
B.	Geschriebenes Recht	178
I.	Verhältnis zwischen zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren	178
1.	USA	178
2.	Schweiz	183
3.	Deutschland	184
4.	Frankreich	184
5.	Niederlande	185
6.	Vereinigtes Königreich	185
7.	Entwicklungen auf europäischer Ebene	186
II.	Kollektiver Rechtsschutz	186
1.	USA	186
2.	Schweiz	187
3.	Deutschland	188
4.	Frankreich	189
5.	Niederlande	189
6.	Vereinigtes Königreich	190
7.	Schweden	191
8.	Entwicklungen auf europäischer Ebene	192
III.	Beweisrechtliche Aspekte	192
1.	USA	192
2.	Schweiz	193
3.	Deutschland	195
4.	Frankreich	196
5.	Niederlande	196
6.	Vereinigtes Königreich	197
7.	Entwicklungen auf europäischer Ebene	198

IV.	Passing-on defense	199
1.	USA	199
2.	Schweiz	200
3.	Deutschland	200
4.	Frankreich	200
5.	Niederlande	201
6.	Vereinigtes Königreich	201
7.	Entwicklungen auf europäischer Ebene	201
V.	Punitive Damages und Pre-trial Interest	202
1.	USA	202
2.	Schweiz	202
3.	Deutschland	203
4.	Frankreich	203
5.	Niederlande	204
6.	Vereinigtes Königreich	204
7.	Entwicklungen auf europäischer Ebene	204
VI.	Verjährungsfristen	205
1.	USA	205
2.	Schweiz	206
3.	Deutschland	206
4.	Frankreich	206
5.	Niederlande	206
6.	Vereinigtes Königreich	207
VII.	Kosten	207
1.	USA	207
2.	Schweiz	207
3.	Deutschland	208
4.	Frankreich	209
5.	Niederlande	210
6.	Vereinigtes Königreich	210
7.	Entwicklungen auf europäischer Ebene	211

C.	Rechtsprechung	211
I.	USA	211
II.	Schweiz	211
III.	Deutschland	212
IV.	Frankreich	213
V.	Niederlande	213
VI.	Vereinigtes Königreich	214
VII.	Entwicklungen auf europäischer Ebene	215
D.	Abweichungen	217
E.	Handlungsempfehlungen	220
I.	Allgemeines	220
II.	Einzelfragen	221

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.⁴⁴⁸ 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

⁴⁴⁸ Vgl. *Walter Stoffel*, Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 87 ff.; *Jean-Marc Reymond*, in Pierre Tercier/Christian Bovet (Editeurs), Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, 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.

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.

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.⁴⁴⁹ Die dort bestehenden besonderen Rahmenbedingungen v.a. für zivile Schadenersatzklagen bilden regelmässig den Ausgangspunkt der Diskussion.⁴⁵⁰ Amerikanische Autoren weisen darauf hin, dass das Land trotz gewisser Exzesse insgesamt positive Erfahrungen mit diesem Instrument der Wettbewerbspolitik gemacht habe.⁴⁵¹ In Deutschland hat man hingegen vor solchen Auswüchsen gewarnt.⁴⁵² Die Europäische Kommission hat ihre Bestrebungen zur Verbesserung der Rahmenbedingungen des private enforcement mit der Formel umschrieben, man wolle eine „competition culture“, nicht aber eine „litigation

⁴⁴⁹ 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.

⁴⁵⁰ Vgl. *Carl Baudenbacher*, Judicialization of European Competition Policy, in: Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Huntington, New York, 353 ff.

⁴⁵¹ 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, Baden-Baden/Wien/Bern 2007, 443 ff.; ders., Private Competition Law Enforcement in Europe: A Growth Market, in: Carl Baudenbacher, *Neueste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht*, Elftes 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.

⁴⁵² *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, Basel/Bern/Genf 2006, 353, 363.

culture“ schaffen.⁴⁵³ Der Verfasser hat das als den Versuch gewertet, zu schwimmen ohne nass zu werden („swimming without getting wet“)⁴⁵⁴ und hat damit v.a. im angelsächsischen Raum Zustimmung gewonnen.⁴⁵⁵ Vorliegend wird aus der **Vorreiterrolle der USA** der Schluss gezogen, 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).⁴⁵⁶ 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

⁴⁵³ *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.

⁴⁵⁴ *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.

⁴⁵⁵ 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, Baden-Baden/Wien/Bern 2007, 443, 443 ff.; *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.; 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.of.gov.uk/shared_of/consultations/Private-responses/Hammonds.pdf, zuletzt besucht am 25. Juli 2008.

⁴⁵⁶ 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.

den Kongress finanziert. Sie kann im Wege einer „civil enforcement action“ gegen wettbewerbswidriges Verhalten vorgehen.⁴⁵⁷

Die nachfolgende Übersicht stellt die Kompetenzen der verschiedenen Akteure zur Durchsetzung des US-amerikanischen Antitrust-Rechts dar (Quelle: Website der Federal Trade Commission⁴⁵⁸):

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]		
Injunctive Relief	judicially ordered injunctive relief [§13(b) FTCA; also § 5(l) FTCA (for violations of cease and orders)]			
Redress	judicially ordered redress [§13(b) FTCA]			

⁴⁵⁷ So Department of Justice, Antitrust Enforcement and the Consumer, Ziffer 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/brfovrw.shtm>; zuletzt besucht am 25. 7. 2008.

⁴⁵⁸ Website der FTC, <http://www.ftc.gov/ogc/brfovrw.shtm>; zuletzt besucht am 25. 7. 2008.

Rulemaking	[§6(g) FTCA]			
Civil Penalties	judicially ordered civil penalties for violating cease and desist orders (\$11,000 per violation) [§5(l) FTCA]			
Criminal Penalties	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]			
Injunctive Relief	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]

Damages	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]
----------------	---	---	---

Civil Penalties	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)]
------------------------	---	--

Criminal Fines	officer liability for corporate violation of penal provisions [§14 Clayton Act]
-----------------------	---

**Sherman
Antitrust Act**
(15 U.S.C. §1
et seq.)

<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 der Kartellrechtsdurchsetzung, die nicht mit der Position der Europäischen Kommission vergleichbar scheint.⁴⁵⁹

2. Schweiz

Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen können parallel auf dem zivilrechtlichen (Artikel 12 ff. KG) und auf dem verwaltungsrechtlichen Weg (Artikel 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.⁴⁶⁰ Allerdings darf auch die Funktion des privaten Klägers als Funktionär der Gesamtrechtsordnung nicht übersehen werden.⁴⁶¹

Die Zivilgerichte und die Wettbewerbskommission entscheiden nach denselben materiell-rechtlichen Bestimmungen in grundsätzlich voneinander unabhängigen Verfahren.⁴⁶² 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. Artikel 15 (1) KG. Eine rechtliche Bindungswirkung an das Gutachten der Wettbewerbskommission besteht nicht, doch ist von einer erheblichen faktischen Bindung auszugehen.

⁴⁵⁹ 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 (ed.), Private Enforcement of EC Competition Law, The Netherlands 2007, 25 f.

⁴⁶⁰ Anstatt vieler BGE 130 II 149, Erw. 2.4.

⁴⁶¹ Vgl. zu diesem Konzept *Ludwig Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summum ius summa iniuria*, 1963, 145, 159; *Carl Baudenbacher*, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Schweizerische Schriften zum Privat- und Handelsrecht, Zürich 1978, 136. Der Begriff geht zurück auf *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Leipzig 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, Karlsruhe 1972.

⁴⁶² Vgl. dazu *Carl Baudenbacher*, Kartellrechtsreform 2001 - Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga nun die Qualifikation für die Champions League?, in: Juerg Furrer/Bruno Gehrig (Hrsg.), Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik: FS Franz Jaeger, Chur 2001, 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 (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 die Artikel 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.⁴⁶³

4. Frankreich

In Frankreich haben Zivilgerichte die Möglichkeit, den *Conseil de la Concurrence* zu einer Stellungnahme aufzufordern.⁴⁶⁴ 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

⁴⁶³ Ausführlich dazu *Eckard Rehbinder* in Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampf, Kartellrecht, Bd. 2, München 2005, § 33 N. 59 ff.

⁴⁶⁴ Vgl. insgesamt zur Darstellung der Rechtslage in Frankreich: 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; *Mélanie Thill-Tayara/Marta Giner Asins* in Samantha Mobley (contr. Editor), Private Antitrust Litigation 2008, France, 50 ff.

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.

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.⁴⁶⁵

5. Niederlande

In den Niederlanden besteht keine gesetzliche Bindung an einen bestandskräftigen Entscheid der niederländischen (NMa) oder anderer nationaler Wettbewerbsbehörden.⁴⁶⁶ 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 (Artikel 81 [1], 82 EG) festgestellt wurde.⁴⁶⁷ Gleiches gilt für ein rechtskräftiges Berufungsurteil des Competition Appeal Tribunal (CAT)

⁴⁶⁵ 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.

⁴⁶⁶ 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.

⁴⁶⁷ Die in der Studie dargestellte Rechtslage bezieht sich vornehmlich auf die Situation in England u. Wales; vgl. insgesamt zur Rechtslage im Vereinigten Königreich: 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., <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>; *Samantha Mobley/Francesca Richmond* in Samantha Mobley (contr. Editor), Private Antitrust Litigation 2008, England & Wales, 34 ff.

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. Artikel 16 (1) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates.⁴⁶⁸

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.⁴⁶⁹

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 den „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**

⁴⁶⁸ 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*, „Die Rolle der nationalen Richter im Kartellrecht aus der Sicht eines nationalen Richters“, in: Carl Baudenbacher (ed.), *Current Developments in European and International Competition Law - 14th St. Gallen ICF 2007*, Basel 2008, 279 ff; *Sir Francis G. 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*, Basel 2008, 291 ff.

⁴⁶⁹ Vgl. dazu Weissbuch der Europäischen Kommission, *Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts*, 2008, 6 f.

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**.⁴⁷⁰ Es ist deshalb unklar, ob Wirtschafts- und Branchenverbänden ein selbständiges, von der Klagelegitimation der Verbandsmitglieder unabhängiges Verbandsklagerecht zusteht.⁴⁷¹

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 Artikel 12 f. KG wird für Verbraucherverbände wie für Verbraucher abgelehnt.⁴⁷² Letztere können allenfalls Wiedergutmachungsansprüche nach allgemeinem Zivilrecht, z.B. aus unerlaubter Handlung oder der Verletzung des Persönlichkeitsrechts, geltend machen, vgl. Artikel 41 ff. OR bzw. Artikel 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.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Vgl. Art. 7 KG-Vorentwurf vom 3.09.1993.

⁴⁷¹ Vgl. *Jürg Borer*, Zivil- und strafrechtliches Vorgehen, in Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.) Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Zürich 2006, § 13, N. 13.22, m. w. N.

⁴⁷² Vgl. Botschaft KG 1995, 533; *Pierre Tercier* in Roland von Büren/Lucas David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Basel 1994-2000, 334 f.; *Jürg Borer*, Zivil- und strafrechtliches Vorgehen, in Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Zürich 2006, § 13, N. 13.20; a.A. Stämpfli Handkommentar zum KG, Baker&McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art. 12, N. 12 f. m. Verw. auf *Philippe Spitz*, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes, SZW 2005, 113, 119 f.

⁴⁷³ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 7224, 7289.

3. Deutschland

Das deutsche Kartellrecht, namentlich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), sieht die Möglichkeit einer **Verbandsklage** in § 33 (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.⁴⁷⁴ Im Rahmen der 7. Novelle des GWB war ursprünglich geplant, das Klagerecht auf Verbraucherverbände auszuweiten. Die entsprechende Vorschrift wurde im Vermittlungsausschuss jedoch ersatzlos gestrichen.⁴⁷⁵

Ein ergänzendes Element bildet die subsidiäre Möglichkeit der **Vorteilsabschöpfung** durch Verbände, vgl. § 34 a (1) GWB. Die in § 33 (2) GWB genannten Wirtschaftsverbände können unter engen Voraussetzungen auf Herausgabe des wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt, vertreten durch das Bundeskartellamt, klagen, vgl. § 34 a (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 (1) und 81 (5) GWB in Verb. mit § 17 (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.⁴⁷⁶ 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.

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.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Weiterführend *Christian Göertz*, Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Berlin 2007, 114 f.

⁴⁷⁵ BT-Drucks 15(2005)/5735, 3 (Nr. 8 lit. b, bb).

⁴⁷⁶ S. § 33 (2) in der Fassung des RegE, BT-Drucks 15/3640, 11.

⁴⁷⁷ 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.

4. Frankreich

In Frankreich können gesetzlich anerkannte Verbände⁴⁷⁸ unter gewissen Voraussetzungen sowohl selbständig als auch im Interesse und in Vertretung ihrer einzelnen Mitglieder ein zivilrechtliches Verfahren anstrengen, vgl. Artikel 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.⁴⁷⁹

5. Niederlande

Im niederländischen Recht sind Verbandsklagen („representative actions“) für alle Anspruchsformen mit Ausnahme von Ersatzansprüchen zulässig, vgl. Artikel 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 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

⁴⁷⁸ 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.

⁴⁷⁹ Vgl. dazu *Mélanie Thill-Tayara/Marta Giner Asins* in Samantha Mobley (contr. Editor), *Private Antitrust Litigation 2008, France*, 53 f.

die einzelnen anspruchsberechtigten Geschädigten erfolgt anhand der im Vertrag festgelegten Schadenskategorien („damage classes“).⁴⁸⁰

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

⁴⁸⁰ 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.

äussert, einzelne Klagen als Musterverfahren weiter zu verhandeln.⁴⁸¹ 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. Artikel 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).⁴⁸² 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. Artikel 4 Log. Als zweite Möglichkeit steht eine Gruppenklage für Verbände, als dritte Option eine öffentliche Gruppenklage durch speziell ermächtigte Behörden zur Verfügung, vgl. Artikel 5 Log bzw. Artikel 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.

⁴⁸¹ 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.

⁴⁸² Vgl. dazu *Sven Norberg*, Making Private Enforcement Work, in: Carl Baudenbacher, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 13. St.Galler Internationales Kartellrechtsforum 2006, Basel 2007, 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.

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.⁴⁸³

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 Wettbewerbsverstöss 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.⁴⁸⁴ 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

⁴⁸³ Vgl. dazu Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 4 f.; weiterführend Commission Staff Working Paper accompanying the 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 (eds.), *Economic Law and Justice in Times of Globalization*, FS Carl Baudenbacher, Baden-Baden/Wien/Bern 2007, 443, 452 f.

⁴⁸⁴ Vgl. z.B. *Mostly Media Inc. vs. US West Communications*, 186 F3d 864, 865 (8th Cir. 1999).

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.⁴⁸⁵

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. Diese Information erlangte der Konkurrent *Real Networks* im Rahmen einer Pre-trial discovery.⁴⁸⁶

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. Artikel 8 ZGB. Das Vorliegen einer behaupteten Tatsache ist von der Partei zu beweisen, die Rechte aus ihr ableitet.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ 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&ub_cat_select=true, zuletzt besucht am 25. Juli 2008.

⁴⁸⁶ 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.

⁴⁸⁷ Vgl. dazu mit Hinweisen auf gewisse Durchbrechungen *Christian Göertz*, Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Berlin 2007, 242.

Übertragen auf Artikel 12 KG hat der Anspruchsteller 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 Artikel 5 (3) und (4) KG. Diese führt zu einer Umkehr der Beweislast. Es ist also an der beklagten Partei, nachzuweisen, dass trotz der Abrede Wettbewerb herrscht.⁴⁸⁸

Der **Nachweis eines Schadens** ist in der Praxis schwer zu führen, da dem Anspruchsteller 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 Artikel 42 (2) OR, die jedoch ihrerseits gewisse Nachweise erfordert.⁴⁸⁹ 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. Artikel 43 (1) KG.⁴⁹⁰

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.

⁴⁸⁸ Weiterführend dazu *Jürg Borer*, Zivil- und strafrechtliches Vorgehen, in Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, § 13, Rz. 13.25 ff.

⁴⁸⁹ BGE 122 III 219 E. 3a; RPW 2003/2, 475 [Bestattungsinstitut].

⁴⁹⁰ Vgl. dazu *Patrick Krauskopf/Olivier Schaller/Simon Bangerter*, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Zürich 2006, § 12 Rz. 12.54 ff.

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.⁴⁹¹

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 (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.⁴⁹² 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 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.⁴⁹³

⁴⁹¹ *Eckard Reh binder* in Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampf, Kartellrecht, Bd. 2, München 2005, § 33 N. 62 ff.

⁴⁹² *Marc Schütt*, Individualrechtsschutz nach der GWB-Novelle, WuW 2004, 1124 ff., 1125.

⁴⁹³ Ausführlich dazu z.B. *Christian Göertz*, Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Berlin 2007, 113 ff.

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. Artikel 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 Artikel 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. Artikel 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.⁴⁹⁴

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 Artikel 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).

5. Niederlande

Es gibt in den Niederlanden keinen *numerus clausus* der zulässigen Beweismittel, vgl. Artikel 152-1 der niederländischen Zivilprozessordnung. Regelmässig als

⁴⁹⁴ Vgl. dazu Ashurst (prepared by *D. Waelbroeck/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>.

Beweismittel angeführt werden Zeugenaussagen, Gutachten und Urkunden. Auch unrechtmässig erlangte Beweise sind theoretisch zulässig.⁴⁹⁵

Die Beweislast liegt nach Artikel 150 der niederländischen Zivilprozessordnung beim Anspruchssteller.

Eine Regelung über das Beweismass findet sich in Artikel 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. Artikel 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.

6. Vereinigtes Königreich

Für die Verletzung, die Kausalität und den Schaden liegt die Beweislast beim Anspruchssteller. Das von den Gerichten geforderte Beweismass für

⁴⁹⁵ Hoge Raad 16.10.1987, NJ 1988, 850 – *Driessen Assurantien/Van Gelder*.

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.⁴⁹⁶

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**.⁴⁹⁷ Ausnahmsweise kann eine „Pre-action disclosure“ auch gegen Dritte angeordnet werden.⁴⁹⁸

7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene ist zunächst auf die Beweislastregelung des Artikel 2 VO 1/2003 zu verweisen. Grob gesagt, trägt danach derjenige die Beweislast, der sich auf eine Zuwiderhandlung nach Artikel 81 (1) oder Artikel 82 EG beruft.⁴⁹⁹

Im Weissbuch finden sich klare Äusserungen und Vorschläge der Europäischen Kommission zu den hier behandelten beweisrechtlichen Aspekten.⁵⁰⁰ So fordert

⁴⁹⁶ 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, Basel/Genf/München 2005, 137, 153.

⁴⁹⁷ 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.

⁴⁹⁸ Court of Appeal, *Total E&P Soudan SA v Edmonds* [2007].

⁴⁹⁹ 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+ar t.+2+vo+1/2003&hl=de&ct=clnk&cd=1&gl=ch>, zuletzt besucht am 22. Juli 2008.

⁵⁰⁰ 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 (eds.), Economic Law and Justice in Times of Globalization, FS Baudenbacher, Baden-Baden/Wien/Bern 2007, 443, 450; auch *Sven Norberg* Making Private Enforcement Work, in Baudenbacher, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 13. St. Galler IKF 2006, Basel 2007, 287, 293.

die Kommission, der **strukturellen Informationsasymmetrie** zwischen Kläger, Beklagten und Dritten entgegenzuwirken und den Zugang zu einschlägigem Beweismaterial zu verbessern.⁵⁰¹ 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.⁵⁰²

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*⁵⁰³ 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.*⁵⁰⁴ 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

⁵⁰¹ Sonstige beweisrechtliche Aspekte, z.B. der VO 1/2003, werden im Hinblick auf den Fokus der vorliegenden Studie nicht behandelt.

⁵⁰² 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.

⁵⁰³ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed. 2d 707 (1977).

⁵⁰⁴ *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481, 88 S.Ct. 2224, 20, L.Ed. 2d 1231.

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.

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.⁵⁰⁵

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 (3) (2) GWB. Die Weiterwälzung des Schadens kann damit nur im Rahmen des Instruments der **Vorteilsausgleichung** geprüft werden, für die den 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.⁵⁰⁶

4. Frankreich

Eine ausdrückliche Regelung der Passing-on defense gibt es im französischen Recht nicht. In der Rechtsprechung ist ihre Zulässigkeit nicht endgültig geklärt.

⁵⁰⁵ *Roland von Büren*, Zur Zulässigkeit der „passing on defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189, 195, m.w.N.

⁵⁰⁶ 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, München 2008, § 33 Rz. 26 ff.

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**.⁵⁰⁷

7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

Im Blick auf das vom EuGH bestätigte **Kompensationsprinzip** 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 positiv⁵⁰⁸ 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.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ Vgl. dazu z.B. *Roland von Büren*, Zur Zulässigkeit der „passing on defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189, 204 f.

⁵⁰⁸ Weiterführend dazu Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 9.

⁵⁰⁹ Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 9 f.

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 Voraussetzungen⁵¹⁰ 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.

2. Schweiz

Die Anspruchsvoraussetzungen für Schadenersatz beurteilen sich nach allgemeinem Deliktsrecht, vgl. Artikel 41 OR, wobei ein Verstoss gegen das KG die Widerrechtlichkeit impliziert.⁵¹¹ 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.⁵¹²

Im schweizerischen Recht wird ein sog. Schadenszins für monetäre Ersatzansprüche **ab Schadenseinstellung** gewährt.⁵¹³ Der anwendbare Zinssatz beträgt grundsätzlich 5%.⁵¹⁴

⁵¹⁰ Vgl. Sec. 4 Clayton Act: „just in the circumstances“ mit abschliessendem Fallkatalog.

⁵¹¹ RPW 2003/2, 474 E. 9.

⁵¹² Weiterführend dazu *Roland von Büren*, Zur Zulässigkeit der „passing on defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189, 194.

⁵¹³ Vgl. z.B. *Hubert Stöckli*, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung: ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Freiburg 1999, 248 m. Verw. auf Brehm, N 99 zu Art. 41 OR; *Theo Guhl/Hans Merz/Alfred Koller*, OR, 73; *Hans Merz*, Schweiz. Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, Basel 1984, 178; *Karl Oftinger/ Emil W. Stark*, Schweiz. Haftpflichtrecht, Zürich 1995, § 6 Nr. 22; vgl. auch *Christian Göertz*, Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Berlin 2007, 217.

⁵¹⁴ Art. 73 (1) OR; vgl. BGE 122 III 53 E. 4b.

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.⁵¹⁵

Monetäre Schäden wegen kartellrechtlicher Verstöße sind **ab Eintritt des Schadens** zu verzinsen, vgl. § 3 (3) (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 (3) (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 Artikel 1382 des Zivilgesetzbuches („Code Civil“). Die häufigste Erscheinungsform ist die finanzielle Kompensation. Dafür muss der Anspruchssteller 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 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.⁵¹⁶ 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. Artikel 1153-1 Code Civil.

⁵¹⁵ BGH, Urteil vom 04.06.1992, NJW 1992, 3096, 3103 f.

⁵¹⁶ Ashurst (prepared by *D. Waelbroeck/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>.

5. Niederlande

Ob dem Geschädigten eines kartellrechtlichen Verstosses Ersatzansprüche zustehen, wird nach **allgemeinem Deliktsrecht** beurteilt, vgl. Artikel 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. Artikel 6:83 und 6:119 des niederländischen Zivilgesetzbuches. Der Zinssatz richtet sich nach königlichem Dekret, vgl. Artikel 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 einen Teil oder auf den gesamten Schadenersatz, der dem Kläger zugesprochen wird, **Pre-trial interest** zu gewähren. Der Zinssatz für die Gewährung der Zinsen ab Schadensentstehung richtet sich grundsätzlich nach dem marktüblichen Darlehenszins. Er wird vom zuständigen Gericht festgesetzt.⁵¹⁷

7. Entwicklungen auf europäischer Ebene

Die Kommission schlägt im Weissbuch vor, den *acquis communautaire* zum Umfang von Schadenersatzansprüchen in einem gemeinschaftlichen

⁵¹⁷ 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.

Rechtsinstrument zu kodifizieren.⁵¹⁸ Die Gewährung von Schadenersatz mit punitivem Charakter ist davon jedoch nur beschränkt umfasst.⁵¹⁹ Nach dem *Manfredi*-Urteil⁵²⁰ 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.⁵²¹ Im Grünbuch hatte die Kommission die Gewährung von **double damages** unter gewissen Voraussetzungen noch als mögliche Option auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene benannt.⁵²² 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*⁵²³ und in *Marshall*⁵²⁴ zum *acquis* gezählt.⁵²⁵

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 grds. während eines staatlichen zivil- oder strafrechtlichen Verfahrens ein, das kartellrechtlich relevante Handlungen zum Inhalt hat, vgl. Sec. 5 (i) Clayton Act. In diesem Fall müssen die Kläger, innerhalb eines Jahres 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“).

⁵¹⁸ Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 8.

⁵¹⁹ 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.

⁵²⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-295/04 – C-298/04, Slg. I-6619, Rz. 93.

⁵²¹ Vgl. dazu Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 57 f.

⁵²² 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.

⁵²³ Vgl. EuGH, Rs. C-295/04 – C-298/04, Slg. I-6619, Rz. 95, 97.

⁵²⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-271/91, Slg. I-4367, Rz. 31.

⁵²⁵ Vgl. dazu Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 56 ff.

2. Schweiz

Auf die Ersatzansprüche finden die Verjährungsfristen des allgemeinen Deliktsrechts Anwendung, vgl. Artikel 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 §§ 195, 199 BGB beträgt die regelmässige Verjährungsfrist 3 Jahre nach Anspruchsentstehung und Kenntnis.⁵²⁶ Sobald eine nationale Kartellbehörde oder die Kommission ein Verfahren einleitet, wird die Verjährung der privaten Ansprüche **gehemmt**, § 33 (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. Artikel 2270-1 Code Civil und Artikel L. 110-4 Code de Commerce.⁵²⁷

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. Artikel 3:310 des Zivilgesetzbuches.

⁵²⁶ Vgl. dazu auch § 199 (3) BGB.

⁵²⁷ 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 (ed.), 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.⁵²⁸ 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. Artikel 19 (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 (1) (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

⁵²⁸ BGE 41 II 486.

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 diesen ohne solche Regelung davon abhalten, seine Rechte zu verfolgen.⁵²⁹ 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.⁵³⁰ 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.⁵³¹

4. Frankreich

Nach französischem Zivilprozessrecht trägt grundsätzlich die **unterliegende Partei** die Kosten des Verfahrens, Artikel 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 Artikel 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

⁵²⁹ http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20061212_1bvr257604.html, zuletzt besucht am 25. Juli 2008.

⁵³⁰ Vgl. § 49 b (2) BRAO, § 4 a RVG; <http://www.bundesrecht.juris.de/rvg/4a.html>, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

⁵³¹ 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.

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“)⁵³² zu treffen. Für ihre Wirksamkeit muss diese schriftlich und im Voraus getroffen werden.⁵³³

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.

Die Vereinbarung von **Contingency fees** ist 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.⁵³⁴

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.

⁵³² 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.

⁵³³ Vgl. dazu *Mélanie Thill-Tayara/Marta Giner Asins* in Samantha Mobley (contr. Editor), *Private Antitrust Litigation 2008, France*, 51.

⁵³⁴ Vgl. dazu *Erik Pijnacker Hordijk/Simone Evans* in Samantha Mobley (contr. Editor), *Private Antitrust Litigation 2008, Netherlands*, 98.

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.⁵³⁵

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*⁵³⁶ 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*⁵³⁷ 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

⁵³⁵ So die Europäische Kommission im Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 11.

⁵³⁶ 127 S Cr 1955 (2007).

⁵³⁷ 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.

Erlass vorsorglicher Massnahmen zum Inhalt hatten.⁵³⁸ Diese Einschätzung wird auch durch die Statistiken der WEKO belegt, die seit Beginn des Jahres 2004 7 Gutachten nach Artikel 15 (1) KG ausweisen gegenüber 22 Untersuchungen, die mit einer Entscheidung geendet haben, und 101 abgeschlossenen Vorabklärungen.⁵³⁹

Zu erwähnen ist das Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 13. Februar 2003, in dem erstmalig kartellzivilrechtliche Ansprüche eines Klägers bejaht wurden.⁵⁴⁰

III. Deutschland

In Deutschland ist die private Kartellrechtsdurchsetzung **relativ weit verbreitet**. Nach Angaben des Bundeskartellamtes im letzten veröffentlichten Geschäftsbericht 2005/2006 wurden im Berichtszeitraum deutlich über 500 Kartellzivilsachen registriert, in denen auf Vorschriften des GWB bzw. Artikel 81 und 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.⁵⁴¹ Eine Revision wurde nicht zugelassen; d.h. wenn keine Nichtzulassungsbeschwerde erhoben wird, wird das LG Düsseldorf mit der materiellen Prüfung des Falles beginnen.

⁵³⁸ 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.

⁵³⁹ Vgl. dazu RPW 2005/1, 81; RPW 2006/1, 8; RPW 2007/1, 11 f.; RPW 2008/1, 13 f.

⁵⁴⁰ 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.

⁵⁴¹ Vgl. z.B. die Pressemeldung in FAZ vom 15.5.2008, 13.

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.⁵⁴² Es wäre jedoch voreilig, daraus allgemeine Schlussfolgerungen über die Zulässigkeit der Passing-on defense in Frankreich zu ziehen.

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 Artikel 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

⁵⁴² 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.

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. Artikel 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.⁵⁴³

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“ geltend gemacht wurde. Inzwischen haben sich die Parteien aussergerichtlich geeinigt⁵⁴⁴. Eine gerichtliche Stellungnahme zu grundlegenden Fragen steht weiter aus.

⁵⁴³ 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.

⁵⁴⁴ 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.

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 Urteil des EuGH in der Rechtssache *Courage/Crehan* im Zentrum des Interesses. Dieses hat massgeblich zu den aktuellen Entwicklungen im Bereich des private enforcement beigetragen. Der EuGH entschied, dass **grundsätzlich jedermann** bei Verletzungen von Artikel 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.“⁵⁴⁵

Zieht man ergänzend die Schlussanträge von Generalanwalt *Mischo* in *Courage/Crehan* heran, so sind die durch Artikel 81 EG geschützten Individuen v.a. Dritte, d.h. Verbraucher und Wettbewerber, die durch das Kartell geschädigt wurden.⁵⁴⁶

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 Schadenersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder

⁵⁴⁵ 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

⁵⁴⁶ GA *Jean Mischo*, Schlussanträge vom 22. März 2001 in der Rs. C-453/99, Rz. 38.

*verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadenersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.*⁵⁴⁷

Diese Feststellung hat der EuGH im Urteil *Vincenzo Manfredi u.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.* bestätigt.⁵⁴⁸ Der private Kläger wird damit in der Tat zum **Funktionär der Gesamtrechtsordnung**.⁵⁴⁹

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 die Artikel 81 und 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 Schadenersatzklagen Dritter befasst sein wird.⁵⁵⁰

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

⁵⁴⁷ Vgl. dazu Urteil des EuGH vom 20.09.2001, C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rz. 27.

⁵⁴⁸ Urteil des EuGH vom 13.07.2006, C-295/04 bis C-298/04, ABl. C 224 vom 16.9.2006, S. 3–4, Rz.

91.

⁵⁴⁹ Vgl. oben, B. I. 2.

⁵⁵⁰ Weiterführend dazu *Walter van Gerven*, Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – *Courage v. Crehan* and the way ahead, in: Jürgen Basedow (ed.), Private Enforcement of EC Competition Law, The Netherlands 2007, 19, 24 ff.

Kommission macht geltend, die Konzerne *ThyssenKrupp*, *Otis*, *Kone* und *Schindler* hätten für den Einbau von Aufzügen und Rolltreppen in ihren Gebäuden und in denen anderer EU-Organe in Brüssel und Luxemburg Kartellpreise kassiert.⁵⁵¹

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 bestandskräftiger 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 Ausgestaltung. 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

⁵⁵¹ 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.

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 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 Artikel 17 IPRG auch dann keine Gewährung von punitive damages, wenn ausländisches Wettbewerbsrecht in einem Verfahren vor Schweizer Zivilgerichten Anwendung findet, das solche Ersatzansprüche vorsieht.⁵⁵² Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts widerspricht ein

⁵⁵² *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, Switzerland,

solches pönales Schadenersatzelement den allgemeinen Grundsätzen des schweizerischen Schadens- und Ersatzbemessungsrechts und ist sogar als Verstoß gegen den Ordre Public anzusehen.⁵⁵³

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 interest 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, zusätzliche monetäre Verpflichtungen wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens nach sich ziehen, weshalb diesem Instrument ein hohes Abschreckungspotential zukommt.⁵⁵⁴ 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 Schadensentstehung 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 Hemmung⁵⁵⁵ oder Unterbrechung⁵⁵⁶ der Verjährungsfristen vorsehen, wie das in Deutschland der Fall ist, vgl. § 33 (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.

147; weiterführend dazu *Felix Dasser*, Punitive damages: Vom "fremden Fötzel" zum "Miteidgenoss"?, SJZ 96 (2000), 101 ff., 108.

⁵⁵³ Vgl. dazu in einer urheberrechtlichen Streitigkeit BGE 122 III 463, 467.

⁵⁵⁴ *Sven Norberg*, "Making Private Enforcement Work", in: Carl Baudenbacher, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 13. St. Galler IKF 2006, Basel 2007, 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.

⁵⁵⁵ Vgl. Art. 33 (5) GWB

⁵⁵⁶ Vgl. Weissbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, 10.

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 **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.⁵⁵⁷ Weiter sind – gerade vorliegend, wo es v.a. um amerikanisches Gedankengut geht – die Vereinbarkeit mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und die Frage der Transplantierbarkeit zu beachten.⁵⁵⁸

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

⁵⁵⁷ Vgl. dazu z.B. *Christoph Lang*, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000, 46 ff.

⁵⁵⁸ Vgl. dazu die wegweisende Debatte zwischen *Alan Watson*, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, Edinburgh 1974, und *Otto Kahn-Freund*, On Uses and Misuses of Comparative Law, 37 Mod. L. Rev. 1 (1974); auch oben Teil 2.

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.⁵⁵⁹ 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 Artikels 15 KG bleiben. Im Blick auf die richterliche Unabhängigkeit ist die Regelung allerdings nicht ganz unbedenklich.⁵⁶⁰ 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 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

⁵⁵⁹ Vgl. dazu *Sven Norberg*, „Making Private Enforcement Work“, in Carl Baudenbacher, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 13. St.Galler IKF 2006, Basel 2007, 283, 286 f.

⁵⁶⁰ 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.

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 Artikel 10 UWG die Einführung eines selbständigen Verbandsklagerechts für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche für Branchen- und Wirtschaftsverbände in Artikel 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 Zivilprozessrechts⁵⁶¹ – Artikel 12 KG um ein **Verbandsklagerecht für Wirtschafts- und Branchenverbände**, das sich an Artikel 10 (2 lit. a) UWG orientiert, zu ergänzen.⁵⁶² 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.

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.⁵⁶³ Das würde auch der Entwicklung in den EU-Ländern und auf Gemeinschaftsebene Rechnung tragen.

⁵⁶¹ Vgl. dazu Art. 87 E-ZPO, BBl. 2006 7413 (7432); Botschaft ZPO, BBl. 7221 (7288).

⁵⁶² Weiterführend zur Verbandsklage nach Art. 10 (2) UWG *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.

⁵⁶³ 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.

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.⁵⁶⁴ 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.⁵⁶⁵ 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.⁵⁶⁶

Sowohl der Vergleich als auch die einhellige Meinung in der schweizerischen kartellrechtlichen Literatur⁵⁶⁷ zeigen, dass ein Bedürfnis für weitere **Erleichterungen in der Beweisführung** in kartellzivilrechtlichen Verfahren besteht.⁵⁶⁸ Die Europäische Kommission hat zu Recht festgestellt, dass „Wettbewerbsfälle in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung und –bewertung aussergewöhnlich aufwändig sind“.⁵⁶⁹ Deshalb ein Pre-trial discovery-Verfahren in die schweizerische Rechtsordnung implementieren zu wollen, wäre jedoch unrealistisch. Ein solches Projekt wäre rechtlich mit grossen Hindernissen verbunden und aufgrund der Risiken des Missbrauchs nur sehr eingeschränkt

⁵⁶⁴ Vgl. Botschaft ZPO, BBl. 7221, 7289 f.

⁵⁶⁵ *Carl Baudenbacher/Klaus Banke*, in: Carl Baudenbacher, *Lauterkeitsrecht*, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/St. Gallen 2001, Art. 10 Rz. 28.

⁵⁶⁶ Vgl. z.B. die Darstellung der Diskussion über den kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz, in Botschaft zur schweizerischen ZPO, 69 f.

⁵⁶⁷ Christoph Lang, *Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, Bern 2000, 46 ff.

⁵⁶⁸ Vgl. dazu auch Art. 152 (2) E-ZPO.

⁵⁶⁹ Weissbuch der Europäischen Kommission, *Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts*, 2008, 5.

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.⁵⁷⁰ 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 Artikels 5 (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“).⁵⁷¹

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

⁵⁷⁰ 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.

⁵⁷¹ 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, Baden-Baden/Wien/Bern 2007, 283, 293 f.

ausgestaltet sein.⁵⁷² Im Einzelfall muss 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 Hemmung⁵⁷³ oder den Beginn einer neuen Verjährungsfrist nach Bestandskraft der Entscheidung⁵⁷⁴ 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 einer 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 sein, 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 Artikels 60 OR ein Jahr nach Bestandskraft der behördlichen 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 innerhalb dieser neuen Vorschrift angeordnet werden.

⁵⁷² Vgl. dazu *Jürgen Basedow*, Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren, in: Carl Baudenbacher, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - St. Galler IKF 2005*, Basel 2006, 353, 366; für das deutsche Recht vgl. Bundeskartellamt (Hrsg.), *Private Kartellrechtsdurchsetzung; 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.

⁵⁷³ Vgl. Art. 33 (5) GWB

⁵⁷⁴ Vgl. Weissbuch der Europäischen Kommission, *Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts*, 2008, 10.

Bezüglich der **Prozesskosten** zeigt v.a. die Initiative der Europäischen Kommission (und mit Einschränkung auch die aktuelle Entwicklung in Deutschland), dass in der Schweiz **Reformbedarf** 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 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 Artikel 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 Artikel 105 (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.⁵⁷⁵ Auch die Fälle einer unbegründeten Klageerhebung, wären dann von der neuen Vorschrift umfasst. Damit wird im Übrigen keineswegs gesetzgeberisches Neuland betreten. Nach Artikel 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.⁵⁷⁶ Das heisst z.B., dass zusätzlich zu einer klarstellenden Regelung der Geltung der von Artikel 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.

⁵⁷⁵ Vgl. z.B. die Darstellung der Diskussion in der Botschaft zur schweizerischen ZPO, 78.

⁵⁷⁶ Solche Regelungen sind auch nach der Reform z.B. im PatG und FusG anzutreffen, vgl. Art. 71 PatG bzw. Art. 105 (3) FusG.

Mittelfristig sollten ggf. Anpassungen im Verhältnis zwischen zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren vorgenommen werden.

Evaluation of some core fields of the Swiss Cartel Act: Institutional Setting – Vertical Agreements – Sanctioning of Individuals – Private Enforcement

English summary

Preface

The present chapter summarizes the report - drafted in German in its original and full version – which, on the basis of an international comparison, evaluates four important fields of Swiss competition policy: Institutional setting, vertical agreements, sanctioning of individuals and private enforcement. It analyzes the situation, states how the Swiss system deviates from international best standards and suggests actions that should be taken. The findings are based on relevant jurisprudence and literature, daily practice of the competition authorities, interviews of Swiss and foreign experts and the experience of the author as a European judge, academic, expert and chairman of the St. Gallen International Competition Law Forum. The study has been co-drafted with the research associates of the Institute of European and International Economic Law at the University of St. Gallen (Switzerland) Frank Bremer, Christian Mayer, Simon Planzer and Philipp Speitler. Laura Melusine Baudenbacher has been responsible for editing the English summary. I also would like to thank Sonja Greutmann and Felipe Perez Pose for their assistance in the reading of the main report.

Part 1 Institutional Setting

A.	Introduction	230
B.	Divergences between Swiss law and international best practice	230
I.	Composition and functioning of the Competition Commission	230
II.	Consequences of Switzerland's failure to take part in EC and EEA	233
C.	Recommendations	233
I.	Composition and functioning of the Competition Commission	233
II.	Conclusion of a cooperation agreement with the EU	239

Part 1 Institutional Setting

A. Introduction

The Swiss system of competition law follows the predominant model in **continental Europe** under which an administrative body is responsible for investigating and deciding on anticompetitive behaviour subject to review by the courts. A change to a system, in which the competition authority investigates a case in order to bring it before a court is not recommended. In fact, the Swiss legislature aimed at aligning Swiss law to the model of the European Community in the seminal reform of 1995.

B. Divergences between Swiss law and international best practice

I. Composition and functioning of the Competition Commission

The Swiss institutional setting diverges from international best practice on a number of points. Some of them have been criticized by the OECD.

The Swiss Competition Commission actually consists of 12 members. It is headed by a president and a vicepresident. The Commission is **too big** and shows **unprofessional structures** which are not in line with international best practice, the latter aiming at small, effective and professional authorities. No member of the Commission, not even its President, is employed on a full-time basis. As a consequence, practitioners report insufficient preparation of hearings. It has also been criticized that some members do not participate in all hearings, a fact which is questionable from the perspective of the right to be heard. In addition, the decision-making body heavily depends on the full-time Secretariat which is in charge of carrying out the investigations.

Switzerland also diverges from international best practice due to the fact that five out of twelve members of the Competition Commission are **representatives of associations**. This questions the independence of the decision-making body as a whole. The Competition Commission possesses delicate information on companies and markets.

The fact that the members of the Competition Commission are only part-time employed leads to a situation where members frequently have to **recuse** themselves from participating in a case.

There is **no public call** for applications to fill vacancies of the Authority, leading to appointments which may not be based on professional criteria.

Furthermore, it has been noted that in some cases, especially in the agricultural sector, members of parliament and the ministry of economics have attempted to **influence** the Commission's or the Secretariat's decision-making. Part of the problem is that the Competition Commission is not the master of its own **budget**. The administrative integration into the Ministry of Economic Affairs implies that the Ministry "loses" the money that goes to the Authority. On top of this, the revenues of the Commission go to the general budget of the Federal Government. In contrast, international best practice aims at protecting the independence of competition authorities.

The Competition Commission consists of two entities: the **Commission** in the narrow sense of the word and the so-called **Secretariat**. The Commission is the decision-making body whereas the Secretariat is, according to Article 27(1) of the Swiss Federal Act on Cartels and Other Restrictions of Competition ("Swiss Cartel Act", "SCA"), competent to open and carry out investigations. An investigation shall be opened if there are signs of an unlawful restraint of competition. The Commission in the narrow sense of the word is not involved in the investigation procedure. According to Article 30(1) SCA, the Secretariat shall submit a proposal for a decision on measures to be taken or on approval of an amicable settlement to the Commission. The participants in the investigation have the right to furnish their opinions on the Secretariat's proposal in writing (Article 30[2] SCA). This flows from the right to be heard.

At first glance, the Swiss competition authority would therefore appear to be a **two-tier authority**: the Secretariat acts as an investigation authority whereas the Commission in the narrow sense of the word constitutes the decision-making body. There is, however, **no clear separation** between the two entities. Article 27(1) SCA provides that the Secretariat needs to obtain the approval of a member of the presidency of the Commission if it wants to open an investigation. Under Article 30(2) SCA, the Commission itself may decide to hear the participants in an investigation, and it may also decide to interfere with the Secretariat's investigation power and order the latter to carry out further investigations.

Moreover, there are a number of overlaps:

(1) The Secretariat has many possibilities to **influence the Commission's decision-making process**. Unlike the members of the Commission, the

collaborators of the Secretariat are employed on a full-time basis. The Secretariat therefore disposes of considerable legal and economic insight leading to a significant **knowledge and power gap**. This makes the Commission dependent on the Secretariat in its decision-finding. A representative of the Secretariat participates in all the important meetings of the Commission. It is the case handlers and the members of the Secretariat's directory who know the details of a case. Even exponents of the Secretariat have voiced their concern about the Commission not being in a position to fully examine the factual and legal aspects of a case on its own. The Commission takes its decisions in non-public sittings, but in presence of representatives of the Secretariat. One may assume that it only learns about the position of the parties involved through the Secretariat. Lawyers criticize that the Secretariat enjoys a privileged access to the Commission and claim that representatives of the Secretariat tend to **escort the cases** through the Commission proceedings.

(2) On the other hand, the Commission gives **orders to the Secretariat**. The latter is therefore not fully independent.

(3) Observers deplore that the Secretariat is sometimes too **reluctant to open an investigation** under Article 27 SCA. They state that complainants have been told to bring a civil law action in court even when the requirements of Article 27 SCA were fulfilled.

(4) Lawyers in particular have stated that the Secretariat pursues a policy of **forcing parties to accept a consent decree** in cases in which the investigation has not been concluded or such a settlement is not appropriate. If a party does not share the legal assessment of the case by the Secretariat, it may nonetheless feel compelled to accept a settlement since it must assume that the Commission will take its decision based on information submitted by the Secretariat. If this is true, the Secretariat does in fact **exercise decision-making power**. Settlements are, as a rule, not published. This weakens transparency and legal certainty.

(5) The Commission itself has a tendency to **prefer a settlement** over a decision. This may have to do with the history of Swiss competition law and with the country's corporatist tradition. At any rate, this tendency is at odds with the need to develop a clear practice. In other words, the Commission's attitude impedes the emergence of a coherent system of decisions which provide sufficient guidance. The **lack of landmark decisions**, for instance in the areas of vertical restraints, the interface between competition law and intellectual property law, selective distribution, fidelity rebates or abuse of a dominant

position, is bad for businesses and their counsel from the perspective of predictability and legal certainty. This situation is aggravated because the courts are prevented from rendering precedents. Courts too need to have a critical mass of cases in order to be able to develop a consistent and sophisticated case law. Modern economic law in general and competition law in particular are to a large extent made up of **case law**. This holds true not only of the U.S., but also of the EC, the EEA and the European countries. One is almost tempted to say that the system practiced in Switzerland is aimed at alternatively resolving disputes rather than at rendering decisions by an independent authority.

(6) Obviously, the president of the Competition Commission manages a considerable volume of work. Since he does not dispose of a cabinet, he is dependent on the support of the Secretariat.

II. Consequences of Switzerland's failure to take part in EC and EEA

As a consequence of Switzerland's non-participation in the EC and the EEA, Swiss competition policy is **not exposed** to the respective **supranational pressure** to carry out reforms in a timely manner. Accordingly, changes occur later in Switzerland than in the leading EU/EEA states, despite the fact that the Swiss legislature intended to implement the essential notions and concepts of EC competition law in the 1995 Cartel Act. Moreover, the Competition Commission does not have access to the most important cooperation tool, the **European Competition Network** (ECN). Hence, there is no legal basis for an exchange of information and documentation.

C. Recommendations

I. Composition and functioning of the Competition Commission

Plans to reduce the number of Competition Commission members were already discussed during the 1995 reform. They were, however, not realized due to the resistance of certain interested circles. The Commission should consist of far less members, i.e. **five** or even **three**. The exact number will *inter alia* depend on whether the Commission will partly consist of part-time members.

The **President** must at any rate have a **full-time position**; ideally the other members should also be employed on a full time basis. The members must have the time to study the often complex and technical case files. A full-time employment would lead to a professionalization of the Commission's practice. The President should be a **nationally accepted** personality of **international**

reputation, giving face to the Commission and representing it in the framework of European and international cooperation. A model in this respect could be **Italy**, where the president must be chosen from a list of persons who are known for their independence and who have already held high public offices. The other four members of the Italian authority must also be known for their independence and must have served as judges of the *Consiglio di Stato*, the *Corte dei Conti* or the *Corte di Cassazione*, or have been full university professors or business people of recognized competence.

When queried, every practitioner opposed the idea of representatives of associations sitting on the Competition Commission. By their mere function, representatives cannot be independent. They find themselves in a **permanent conflict of interest**. This already follows from the fact that they are remunerated by their employers. The mere appearance of a partly biased Commission is untenable.

The reasons given for the existence of representatives in the Commission are **not convincing**. (1) The main argument, namely that membership of association representatives is beneficial because they dispose of valuable **knowledge and expertise**, must be rejected. This may be so in a particular case to which an association representative has a close link. But then, he or she will, as a rule, have to recuse himself or herself. In any case, as several national experts have observed, expertise is not assured by mere membership in an association. (2) The second argument, namely that businesses will **accept decisions** of the Competition Commission more easily if a representative of "their" association has participated in them, may have been plausible as long as the Competition Commission did not have real decision-making power, in particular no power to impose direct sanctions. Moreover, associations may pursue their own interests which are not necessarily identical to the ones of a company concerned. Finally, it must be emphasized that companies have to accept decisions by State authorities just like any ordinary citizen. (3) Thirdly, it has been claimed that associations are important actors in the legislative process and that therefore their membership in the Competition Commission could improve the general **acceptance of competition policy**. However, since the introduction of the 1995 SCA, there is a sociopolitical consensus according to which a credible competition policy is of decisive relevance not only for the domestic economy, but also for the export sector. Having a forceful competition policy has also become a requirement for the participation in regional and global networks. (4) On balance, membership of association representatives in the Competition Commission is a **relict** from a time when the Swiss Competition Authority was a kind of sociopolitical and economic discussion forum without any

decision-making power, a time when the Swiss economy was highly cartelized and cartels were not perceived as something negative.

Finally, the **international standing** of the Swiss Competition Authority is affected by its appearance of being biased. High officials of the EU Commission have long taken the view that they are not ready to negotiate a balanced cooperation agreement with Switzerland as long as the Competition Commission partly consists of representatives of industry and other interested circles. This must be seen in light of the fact that a cooperation would include the exchange of sensitive information and documentation. One Swiss practitioner has even stated that companies not listed on the stock exchange have refrained from contacting the Competition Commission or have dropped merger plans out of fear that sensitive information could end up **in the wrong hands**.

The market of highly qualified experts who are multilingual and ready to bring their experience to a public function and who have the necessary international standing is rather limited. The **employment conditions** for the members of the future Competition Commission must be highly attractive. The remuneration should be aligned to that of the judges of the Supreme Court. As a comparison: the Chief Executive of the British Office of Fair Trading (OFT) in the UK has an annual salary of GBP 250.000.

Another aspect of concern is the fact that members would have to find a new job once their term of office has ended. The limitation to twelve years should be reconsidered. Moreover, the following issues ought to be taken into account: (1) Membership in a fully independent, professional and fulltime Competition Commission will certainly be **more attractive** than membership in the current Authority. A professionalized Commission would have more weight both domestically and abroad. Competition law is a highly regionalized and globalized subject. The President would become an even more public figure than he now is. (2) Considering the remuneration situation, it is questionable whether specialized attorneys at law would be ready to serve as a member of the Competition Commission in the midst of their career. It is, however, possible that rather young attorneys would be prepared to become a member and to afterwards **offer the knowledge** they acquired on the free market, a career scheme which is, for instance, common in the U.S. It is also thinkable that a seasoned practitioner or academic might be ready to end his or her career by serving the *res publica*. In that respect, the example of Prof. Dr. Dr. *Walter Barfuß* may be quoted, who, after a long career as a business attorney, became the first Director General of the newly created Austrian Competition Authority. (3) Finally one could think of choosing some members of the Competition

Commission from the ranks of the **judges** of the Swiss Supreme Court or of the Federal Administrative Tribunal. To hire elder politicians with a high standing who have the necessary legal and economic competence would also be an option. Last but not least, members of the new Competition Commission could also come from **academia**.

The attractiveness of the position could further be enhanced by allowing for certain **side activities**. In that respect, the Dutch regulation could serve as a model. Under Article 4 of the Dutch Competition Act, board members shall not exercise any side activities affecting their independence. Acting as an arbitrator can, however, be permitted. All side activities must be published. In Ireland, the position of a board member is a full-time position. Side activities such as teaching assignments at universities are possible when permitted by the minister. Acting as an arbitrator is possible. At the end, all depends on whether the board member is still able to fulfill his/her duties.

For members of the future Competition Commission who do not come from academia, the possibility of being offered an **honorary professorship** at a university might be appealing. The additional reputation that comes with such an appointment may pay off once the member (re-)enters the private sector. Even though possible, an **extraordinary professorship** should be assessed critically considering the time commitment it can include. Acting as an **arbitrator** may be permissible, too. However, it must be assured that members will not accept positions on a board of directors, as executive officers in companies or as practicing attorneys. As a general rule, activities that may affect the **independence** of a member or compromise his or her **time commitment** must be excluded.

In view of the small market of possible members, it should be considered to make **foreigners** members of the Competition Commission if they best fulfill the job profile. **Ireland** is an outstanding example in that respect: the first board of the competition authority did not include a single Irish citizen. Currently, only one member is of (sole) Irish citizenship. All the foreign members are experienced lawyers, who have worked in a foreign competition authority or in leading competition law firms. The vacancies in Ireland are publicly announced and open for applicants of all nationalities. One of the most prominent members was *Terry Calvani*, a former Chairman of the U.S. Federal Trade Commission and professor at Harvard University. The UK is another example of an open-minded approach towards availing oneself of foreign expertise. The Irish citizen John *Fingleton*, a former Professor at the University of Chicago and former Chairman

of the Irish Competition Board, became Chief Executive of the British Office of Fair Trading (OFT) in 2005.

Under the **current Swiss regime**, foreigners may be appointed as members of the Competition Authority. Any person who can apply for a job as a civil servant with the Swiss Confederation can also apply for a position with the Competition Commission (see Article 7 of the Ordinance on the Commissions [SR 172.31], in combination with Articles 23 – 24 of the Ordinance on the Federal Civil Servants [SR 172.220.111.3]). Besides bringing expertise, a foreign expert would also be particularly independent.

In most European countries, the members of the competition authorities are **appointed** by the Minister of Economic Affairs or by the government on a proposal of the Minister of Economic Affairs. The latter system applies to Switzerland. With the creation of a professionalized, smaller and full-time Competition Commission, the appointment procedure would also have to be professionalized. Any vacant position would have to be publicly announced and candidates would have to apply. The suitable criteria should be defined in the Cartel Act or in a specific ordinance, since the general criteria of the Ordinance on the Commissions [SR 172.31] would not be adequate for a professional decision-making body in the field of competition law.

An interesting alternative to a system of appointment by the **Government** would be one by the **Federal Parliament**. This is the case with regard to the judges of the Swiss Supreme Court. Appointment by the parliament would improve the standing and independence of the members. A downfall would certainly be the possibility of a “politization” of the election procedure by taking into account political party affiliations and other criteria that are not directly relevant for the position. However, nothing prevents the government from doing the same thing under the current system. If the legislature decides to maintain the procedure of appointment by the government, an **appointment committee** should be established, whose task would be to set up a shortlist of candidates based on professional criteria. These suggestions could only be overruled for objective reasons.

The **independence of the Commission** must be strengthened further. In this regard, the Dutch model stands for international best practice standards. After the 2005 reform, the Dutch Minister of Economic Affairs can only to a very limited extent give general instructions. The details are laid down in a specific document. Until a reform takes effect in Switzerland, it is suggested that any

kind of intervention by the administrative or legislative branch is noted in a journal with the Secretariat and the Competition Commission itself.

International comparison shows that best practice regarding the **structure** of a competition authority can consist in both a single-tier or two-tier system (single-tier: e.g. the German Federal Cartel Office; two- or even three-tier: e.g. the Netherlands, France). A **single-tier system** creates efficiencies: the staff working on a given case knows that case perfectly well and accompanies it through the entire procedure. The relation of the Secretariat to the Competition Authority would be comparable to that of legal secretaries towards their judges in a court of law. As a consequence, the Commission should be given the power to appoint the key positions in the Secretariat. A **two-tier system**, on the other hand, is intended to guarantee that the investigation is led in an independent manner, i.e. independent from the decision-making body. The decision-making body must thus be able to take its stance impartially and without bias. In any case, the close links between the Secretariat and the Authority would have to be cut and the decision on the opening of investigations and procedural decisions would have to be left with the Secretariat. Parallel to that, the Secretariat would have to act as a non-privileged party before the Commission, thus ensuring the private parties' equal rights.

The case load and the resources of the Competition Commission are, as a matter of principle, limited. This should lead to the establishment of an institutional setting with a **single-tier structure**. Both the German and the EC system are based on this model, both authorities are famous for their substantial experience and effectiveness. A strict separation between investigation, prosecution and decisionmaking is not necessary under generally recognized principles such as fair trial. What is crucial from a human rights law perspective is that the **Federal Administrative Tribunal** and the **Supreme Court** fully exercise their competences, thus making the system compatible with the guarantees stipulated in the **Constitution** and in the **European Human Rights Convention**.

Should the legislature opt for a two-tier system, it would have to ensure that the Commission has the right to employ its own staff. As far as the relationship between the Commission and its staff is concerned, it may be interesting to mention that in the European Courts there are basically **two models**: that of the European Court of Human Rights and that of the Courts of the EC and of EFTA in Luxembourg. The former maintains a pool of lawyers who are assigned to a given case and work with different judges. The latter work under a cabinet system where each judge chooses his/her own legal secretaries. The cases are assigned to judges who always work with the same lawyers. Both systems have

advantages and disadvantages. The cabinet system obviously allows for more influence of the members on the outcome, and discussions tend to be more controversial in the deliberation phase. The dialectic discourse is thus strengthened, an element that will favour clear cut solutions.

II. Conclusion of a cooperation agreement with the EU

Switzerland should aim at concluding a cooperation agreement with the EU. To have a professionalized Competition Commission would thereby certainly be an advantage. As mentioned above, such a cooperation would include the exchange of sensitive data. The EU will wish to see that the confidentiality of information is fully guaranteed.

The 1972 Free Trade Agreement, constituting a treaty that primarily concerns trade, cannot serve as model for a cooperation agreement. The same goes for the 1999 Air Traffic Agreement. Under this agreement, the EC Courts, ironically, have, jurisdiction over Switzerland. One will remember that avoiding to be subject to foreign judges was one of the main arguments that led to the negative Swiss referendum on the EEA Agreement in 1992. Rather, the **administration agreements** concluded between the EC and both the U.S. and Canada ought to be taken as guidelines.

A one-way street practice to the advantage of the European Commission must not be feared. Cooperation in competition policy is about **fighting economically harmful behaviour**. This holds true for the Swiss economy as for other economies. The EU also has an interest in concluding such an agreement: there are still numerous cartels operating from Swiss soil, producing negative effects on the EU/EEA single market. Swiss companies have also been members of European cartels. Finally, meetings in which concerted practices are discussed (also) take place in Switzerland. In all these situations, the European Commission lacks information.

The cooperation agreement should deal with **administrative aid** in cases concerning cartels, abuses of a dominant position and mergers. It would also eliminate the existing legal uncertainty with regard to the applicability of Articles 271 and 273 of the Swiss Criminal Code. Article 271(1) of that Code threatens with imprisonment, and in serious cases with reclusion, any person who, without authorization, has conducted on Swiss territory for a foreign State acts that are a matter for public authorities, any person who has conducted such acts for a foreign party or another foreign organization and anyone who has furthered such acts. Article 273 of the Code states that any person who has sought to discover a

trade or business secret in order to make it accessible to an official or private foreign body, or to a private foreign company, or to their agents, any person who has made a trade or business secret accessible to an official or private foreign body, or to a private foreign company, or to their agents, will be punished by imprisonment or, in serious cases, by reclusion, eventually by a fine. The Swiss Supreme Court in its 1978 *Stanley Adams* judgment held that the 1972 Free Trade Agreement does not exclude the application of these provisions.

Moreover, a clear basis for the **exchange of staff** from the Competition Commission and the Secretariat with the European Commission should be created. It makes sense to have the opportunity to train staff with the European Commission in Brussels since Switzerland has taken over the essential concepts of EC competition policy. In addition, it may prove helpful to create stronger personal ties between the staff of both authorities. A position with the Swiss Competition Commission may become more attractive if there is a possibility of being posted in Brussels for a certain period. Already today it is important to ensure that staff members will not continue working on the same or related cases on which they worked on at the European Commission. Finally, the Swiss Competition Commission should aim at taking decisions in parallel procedures at the same time as the European Commission.

It might, however, be very difficult for Switzerland to obtain access to the European Competition Network (ECN).

Part 2 Vertical Agreements

A. Introduction	242
I. General	242
II. The Swiss legal framework	243
1. SCA	243
2. Vertical Notice	244
B. Divergences between Swiss law and international best practice	246
I. Predominant role models	246
1. U.S. law	246
2. EC law	247
II. Article 5(4) SCA and its interpretation by the Competition Commission	250
III. Price recommendations	251
C. Recommendations	253
I. Preliminary remarks	253
II. Article 5(4) SCA and its interpretation by the Competition Commission	253
III. Price recommendations	255

Part 2 Vertical Agreements

A. Introduction

I. General

Assessing vertical agreements requires a **more sophisticated approach** than – for instance – horizontal agreements, whose anti-competitive effects are more likely to be evident. This is mainly due to the fact that vertical agreements must, on the one hand, be considered a necessary tool for the establishment of efficient sales, which ultimately is to the benefit of consumers. On the other hand, vertical agreements can result in an elimination or a significant restriction of competition, be it in the form of resale price maintenance or of territorial exclusivity. Accordingly, a restriction of competition within a single brand (**intra-brand competition**) due to a vertical agreement might at the same time trigger, or actually even enable, competition between different brands (**inter-brand competition**). As a result, both market foreclosure and market opening are conceivable effects of vertical agreements. In general, it must nevertheless be noted that the majority of vertical agreements should be qualified as harmless from the perspective of competition law.

The **ambivalence** of vertical agreements has always posed special challenges to competition authorities and courts. It is thus not surprising that any projected evaluation of the existing methods of assessment or any change in policy is accompanied by heated discussions. On the level of national legislation, policy considerations concerning the position of the respective national economy in global and regional markets and concerning the state of market integration must be made. The perspective of **integration** is of course of particular importance for Switzerland, given its non-membership in the European Union and the European Economic Area.

Apart from such political and legal considerations, the assessment of vertical agreements in competition law is to a significant extent driven by **economic analysis**. As far as the European Union is concerned, the so-called "*more economic approach*" has not only confirmed but increased the importance of an economic angle to the legal analysis. But even before the launch of this approach, economic theories and findings were used on a regular basis in the assessment of vertical agreements. In this respect, consumer behaviour and consumer choice as well as an economy's willingness and readiness to invent have always been considered in the course of the legal analysis.

When the need for a complex and detailed legal and economic assessment of each individual case is emphasized, the economic actors' legitimate demand for legal certainty and foreseeability of decisions must not be ignored. At the same time, competition authorities should be provided with an efficient and transparent toolbox in order to fulfill their complex duties. In legal terms, the right to **individual justice** faces the necessity to guarantee **legal certainty**.

Even if the importance of economic analysis in competition law is by now undisputed, one should not fall for the illusion that economic theory, contrary to legal theory, could offer final solutions to the problems occurring. The former President of the Court of First Instance of the European Communities, Dr. h.c. HSG *Bo Vesterdorf*, explained at the XV. St. Gallen International Competition Law Forum that, during the first years of its existence, the Court of First Instance had actually employed an economist. But after the judges regularly received answers framed according to the scheme "on the one hand [...] on the other hand", they decided not to prolong this engagement. In the field of vertical restraints, it becomes particularly obvious that economics involve **value judgments**. The U.S. Supreme Court was recently faced with such a situation in the *Leegin* case, which once again highlighted the ambivalence of vertical agreements even when it comes to alleged hardcore restraints such as minimum resale price maintenance. The Supreme Court's exhaustive discussion of economic theory in *Leegin* is proof that economics have hardly produced any fundamentally new findings as to the pro- and anticompetitive effects of vertical restraints since the 1970s. However, in view of the fact that the U.S. Supreme Court based its decision upon a broad economic analysis, *inter alia*, by admitting several prominent economists as *amici curiae*, it can be argued that *Leegin*, regardless whether or not the majority's opinion is shared, is a strong indication of what appears the present *state of the art*.

In Switzerland, the most important questions arise in the fields of **absolute territorial protection**, **resale price maintenance** and **price recommendations**. When the relevant provisions of Swiss law are analyzed in the international context, the focus is put on the reasons behind the respective rules and on their function.

II. The Swiss legal framework

1. SCA

Article 5(1) of the Swiss Cartel Act declares "[a]greements that significantly affect competition in the market for certain goods or services and are not

justified on grounds of economic efficiency, and all agreements that lead to the suppression of effective competition [...] unlawful." Article 5(3) of the Act states under the heading of "unlawful agreements":

"The following agreements among actual or potential competitors are presumed to lead to the elimination of effective competition when they:

- a) directly or indirectly fix prices; or
- b) restrict the quantities of goods or services to be produced, bought or supplied; or
- c) allocate markets geographically or according to trading partners."

In the framework of the 2003 revision, a **presumption** of the elimination of effective competition was also introduced into the SCA for certain categories of **vertical agreements**. Pursuant to Article 5(4) SCA "[t]he elimination of effective competition is also presumed in the case of agreements between enterprises at different levels in the market regarding fixed or minimum prices as well as in the case of agreements in distribution contracts regarding the allocation of territories in so far as sales by other distributors into these territories are not permitted". With this provision the Swiss legislator, clearly with a view towards Community law, intended to place the same legislative assessment on said categories of vertical agreements as had already been in place for certain types of hardcore horizontal restrictions under Article 5(3) SCA. Whenever comparisons with Community law are made it must, however, be born in mind that the legal order of the European Community, as well as that of the European Economic Area, has always been interpreted in a way to **foster integration**, which in this case means the opening of national boundaries between the Member States and the creation of a single market.

In Swiss competition law, any agreement is assessed according to the **intensity of the restraint of competition** it causes. Basically, an "escalation system" consisting of three stages is applied. The first stage contains insignificant admissible restraints. The second stage covers agreements that are inadmissible, because they significantly impede competition and are not justified on grounds of economic efficiency. On the third stage, agreements that eliminate effective competition are held inadmissible. With respect to vertical agreements in particular, this relates to price fixing and absolute territorial protection.

2. Vertical Notice

The legal framework as set out by the SCA is supplemented by the Competition Commission's Notice Regarding the Competition Law Treatment of Vertical

Agreements ("Swiss Vertical Notice", "SVN"), issued by a decision of 2 July 2007 and entered into force on 1 January 2008. The SVN replaced an earlier notice of 2002. Although it does not have the quality of statutory law and, most importantly, does not bind the courts, it is of great practical importance since it is meant to codify the **Competition Commission's intended interpretation** of the rules set forth in the SCA.

Section 10(1) SVN establishes a legal presumption, according to which two categories of vertical agreements eliminate competition pursuant to Article 5(4) SCA: First, the setting of fixed or minimum prices and, second, the allocation of territories under the condition that sales by sales partners from outside the allocated territory are not permitted. Furthermore, Section 10(2) SVN corroborates this presumption by stipulating that **it cannot be rebutted simply by providing evidence of the existence of interbrand competition**. In cases where the presumption can be rebutted, the agreement in question is, according to Section 10(3) SVN, still considered a significant restriction of competition within the meaning of Article 5(1) SCA. It may only be justified on grounds of economic efficiency in a further, separate step.

Section 12 SVN lists categories of agreements which are deemed to constitute **significant restrictions** of competition irrespective of the market share of the undertakings concerned. Apart from the direct or indirect setting of minimum or fixed prices for resale, this list includes, for example, the direct or indirect restriction of the geographical territory into which products may be resold or of the customer to whom products may be resold (with a detailed regime of exceptions), the restriction of active or passive sales to end users by members of a selective distribution system operating at the retail level, or the restriction of cross-supplies between distributors in a selective distribution system.

Pursuant to Section 13 SVN, vertical agreements not falling within the scope of either section 10(3) or Section 12 SVN, "do not normally lead to a significant restriction of competition", provided that none of the involved undertakings' **market share** exceeds 15% in the market affected by the agreement and there is no cumulative effect of several similar parallel vertical distribution networks.

For **price recommendations**, Section 11 SVN establishes a detailed regime which basically requires a case-by-case analysis of whether or not the recommendation in question constitutes an unlawful agreement within the meaning of Article 5(1) SCA. Thereby, certain factors mentioned in paragraph 2 are declared to be of special importance. These factors are: The price recommendations are not communicated openly; they are combined with

pressure or specific incentives; they are in Swiss Francs and not expressly stated to be non-binding; the price levels for the concerned products are considerably higher than in the neighbouring countries despite similar specifications; the price recommendations are adhered to by a large number of resellers and distributors. In any event, Section 10(1a) SVN states that the assumption of elimination of effective competition equally applies to agreements “expressed as recommendations on maintaining minimum or fixed prices”.

B. Divergences between Swiss law and international best practice

I. Predominant role models

1. U.S. law

The discussion on the relationship between **interbrand and intrabrand competition** has its origin in the **United States**. Moreover, the roots of the so-called **economic analysis** can be found in the U.S., although important European influences, such as the theories of the Austrian School of Economics, must not be overlooked. On balance, however, the discussion on vertical agreements has been dominated by the Chicago School.

Based on the Sherman Act and the Clayton Act, **U.S. courts** have to a large extent shaped the assessment of vertical agreements in U.S. antitrust law. For nearly 100 years, **resale price maintenance** was governed by the doctrine of ***per se* illegality**, established by the U.S. Supreme Court in its 1911 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* landmark ruling. Although the *per se* rule was gradually weakened over the years and decades, it was until recently upheld at least with respect to the setting of minimum prices. Supreme Court judgments such as *United States v. Colgate & Co.*, *United States v. General Electric*, *Continental T.V. v. GTE Sylvania Inc.*, *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* and *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronic Corp.* scaled down the originally broad applicability of the *Dr. Miles Medical* doctrine.

In 1997 the U.S. Supreme Court in *State Oil Co. v. Khan* unanimously revised the established *per se* illegality of resale price maintenance for **maximum prices** in favour of a *rule of reason* analysis. In its reasoning, the Court highlighted that, in its view, the primary purpose of the antitrust laws was to protect interbrand competition. Following this approach, the Supreme Court in *Leegin Creative Products Inc. v. PSKS* in 2007 **abolished the doctrine of *per se* illegality** for the remaining forms of resale price maintenance including the setting of **minimum prices** and introduced the requirement of a *rule of reason* analysis.

The judgment was taken by 5:4 votes. Justice *Anthony Kennedy*, who is known to act as a swing vote in certain cases, wrote the opinion of the Court in a rather moderate language, expressing a certain degree of understanding for the overruled doctrine of *per se* illegality. As a starting point, the majority, relying on *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronic Corp.*, emphasized that *per se* rules which eliminate the necessity of an analysis in the light of real market forces were "confined to restraints 'that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output'". With reference to well known economists as well to as older and more recent publications, the Court subsequently argued that the fixing of minimum prices in fact **increased interbrand competition by reducing intrabrand competition**. By this reduction of intrabrand competition, the maintenance of minimum resale prices would motivate retailers to invest in the improvement of service quality and in marketing efforts. Thereby the individual producer's position vis-à-vis competing manufactures would be strengthened. Additionally, the majority pointed at the prevention of "free-riding", the enhancement of competition in the field of service features and, most importantly, the incentive for new market entries, all caused by resale price maintenance. Evidently the Court applied a concept of competition that exceeds the limits of pure price competition. In view of these and other pro-competitive effects of resale price maintenance, the Court concluded that "it cannot be stated with any degree of confidence that resale price maintenance 'always or almost always tend[s] to restrict competition and decrease output'". Apart from material considerations the judgment also made it clear that "administrative convenience" alone could not justify the upholding of *per se* illegality.

The dissenting opinion, written by Justice *Stephen Breyer*, referred to economic studies and put forward arguments in favour of upholding the doctrine of *per se* illegality. Apart from emphasizing the risk of **rising consumer prices**, the dissenting Justices, whilst recognizing the complexity of the problem and showing understanding for the call for a *rule of reason* analysis, strongly relied on methodological considerations by insisting that the circumstances in the case at hand **did not justify an overruling** of the Supreme Court's well established case law.

2. EC law

Community competition law has established a very detailed regime for the assessment of vertical agreements. This regime mainly consists of Article 81 EC itself, a Block Exemption Regulation, the Commission's Guidelines on Vertical Restraints, its *De Minimis* Notice and the case law of the Community Courts.

Historically, vertical agreements constituted the first area in which the Commission fought practices restricting competition. The basic principles set out in the ECJ's 1966 *Grundig/Consten* judgment are of relevance until today.

Although the so-called **modernization** of Community competition law at the turn of the century was primarily directed at its enforcement, the governing substantial approach was also affected. In essence, the **more economic approach** aimed at replacing formalistic assessment mechanisms by a flexible analysis taking into account in particular pro-competitive effects and efficiency gains. According to this theory, consumer welfare and the reduction of market entry barriers in the light of real market conditions are considered to be more important than the safeguarding of a certain market structure.

Central tool in the assessment of vertical agreements in the **Commission's practice** are **market share thresholds**. For vertical agreements, the Commission's *De Minimis* Notice sets out a threshold of 15% for each involved undertaking below which the agreement is deemed not to appreciably restrict competition. In case of cumulative effects, a 5% threshold applies. Simultaneously, the Commission's Block Exemption Regulation for Vertical Agreements and Concerted Practices ("V-BER") is built upon market share thresholds. Accordingly, the exemption from Article 81(1) EC applies if the market share of the involved supplier or, in case of exclusive supply obligations, of the involved buyer does not exceed 30% of the relevant market. This methodology confirms that, in Community law, vertical agreements are considered anti-competitive especially in connection with a certain amount of **market power**.

Neither the exemptions provided for in the *De Minimis* Notice nor those granted in the V-BER apply to expressly listed **hardcore restrictions**. Pursuant to Article 4 lit. a V-BER such hardcore restrictions include, *inter alia*, price fixing and, with a detailed set of exceptions, territorial restrictions. The fixing of maximum prices and price recommendations are explicitly defined as non-hardcore restrictions, "provided that they do not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties". Consequently, price recommendations are only dealt with as hardcore restrictions if they are legally or factually binding. As a unilateral act on the part of a supplier a noncommittal price recommendation cannot, by its very nature, fall within the scope of application of Article 81 EC, as this provision requires at least a concerted practice. As to the qualification of certain price recommendations as hardcore restrictions, note 47 of the Commission's Guidelines on Vertical Restraints ("V-

GL”) further clarifies that the provision of a list of recommended prices in itself does not constitute a form of resale price maintenance.

With a view towards the expiry of the V-BER on 31 May 2010, the European Commission is currently evaluating its past and current policy in the field of vertical agreements. Although the Commission is rather unlikely to deviate from the chosen path, it will probably look into possible **modifications** with respect to the calculation of market shares, the harmonization of the assessment criteria under Articles 81 and 82 EC and the list of hardcore restrictions.

As early as 1966, the **ECJ** in *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH* rejected the idea of a *per se* illegality of an “exclusive right of sale” and required an economic assessment of the individual clause. With this, the Court recognized the **ambivalent effects** of vertical agreements and expressly refrained from applying a strict formalistic test. Only some weeks later, the ECJ in *Consten/Grundig* refused to carry out a *rule of reason* analysis of a contractual export prohibition clause which caused market foreclosure. With this judgment, the ECJ came close to establishing a **per se illegality of vertical agreements** that have a foreclosing effect. In its subsequent case law, however, the Court repeatedly called for the assessment of contracts in light of the **legal and economic context** in which they were concluded. In cases *Musique Diffusion Française* and *Javico/Yves Saint Laurent* the ECJ found that even absolute territorial protection could escape illegality if the agreement concerned only insignificantly affected the market. According to the Court, the **position of the persons concerned on the market for the products in question** was to be taken into account.

Overall, the ECJ has established assessment criteria that take into account the **legal and economic environment** of the vertical agreement in question and are thus characterized by significant elements of a *rule of reason* analysis. As a result the Commission faces a considerably higher burden of proof, and the possibilities to base its assessment on presumptions are more and more limited. According to recent case law this seems to hold true even for agreements whose **object** is to restrict competition.

A similar tendency can be observed in the area of **price recommendations**, where the ECJ also imposed a comparatively high burden of proof on the Commission in particular with regard to the binding character of the recommendations. In cases where the effects of an alleged price fixing by price recommendations cannot be sufficiently established, the ECJ applies a rather generous approach.

II. Article 5(4) SCA and its interpretation by the Competition Commission

The comparative analysis has shown that the assessment of vertical agreements is nowadays significantly driven by an **analysis of the market conditions** and market forces in each individual case. In the U.S. all forms of vertical agreements are meanwhile subject to a *rule of reason* test. In EC law the ECJ has given clear indications in favor of an effects-based analysis in the field of vertical restraints even when a hardcore restriction is concerned. Admittedly, the question has not fully be settled.

In 1995 and 2003 the Swiss legislature adopted central features of EC competition law. The legal situation in Switzerland is therefore similar to the one in the Community. Article 5(4) SCA, however, constitutes a significant deviation from the European tendency towards a flexible case-by-case assessment of vertical agreements. By virtue of this provision, a **two stage rebuttal and justification mechanism** on vertical agreements has been introduced. It must be conceded that the legislature in 2003 intended to allocate particular importance to the protection of intrabrand competition. Nevertheless the idea that in Swiss law vertical agreements, which are found to be of ambivalent character in European and U.S. law, are subject to a two stage assessment which is exacerbated by a presumption of the elimination of effective competition seems disproportionate in some cases.

The SVN suffers from a fundamental flaw: It has been enacted **without any experience** in the form of decision practice. Article 5(4) SCA was *inter alia* introduced in order to fight what has been termed the "high price island Switzerland". Already with the first SVN of 2002, the Competition Commission intended to make its contribution to reach this goal by establishing a clear practice. However, in its 2003 Annual Report the Commission had to admit that out of 120 cases looked into by the Secretariat none was found to be problematic and not a single investigation was opened. Against this background it is rather surprising that the Commission, apparently against the advice of an influential civil servant with the Directorate General for Competition in the European Commission, adopted the current SVN.

Many commentators have gained the impression that Section 10(2) SVN devaluates the importance of interbrand competition compared to other legal orders by not allowing the rebuttal of the presumption of the elimination of competition by evidence of the **existence of interbrand competition** alone. If this interpretation were true, the Swiss Competition Commission, acting only as a part-time authority, would be the only competition authority establishing a

bright-line rule for a problem that neither economic theory nor decades of jurisprudence in Europe and the United States were able to resolve.

Former and current members of the Competition Commission emphasize, however, that such an interpretation of Section 10(2) SVN misses its true intention and that interbrand competition is meant to play an important role. The Competition Commission in its 2007 Annual Report also states that the SVN does not set out stricter assessment criteria than those in place in **European Community law**. Furthermore, according to the Commission intrabrand competition is of special but not uniquely decisive importance.

In any case, the different interpretations of Section 10(2) SVN are proof of the existence of an **uncertainty** concerning a crucial question. It is, for instance, disputable whether the Competition Commission's interpretation is compatible with the wording of the provision. In addition, the rule does not seem to provide for a justification of exclusive territorial protection. In EC competition law this is possible under certain circumstances. Even in its later interpretation, the Competition Commission does **not ultimately clarify** the role of interbrand competition in the rebuttal of the presumption of the elimination of effective competition. In light of these considerations it is at least possible that the SVN establishes a regime that is **stricter** than the one practiced in the European Union.

III. Price recommendations

In Section 11 SVN the Competition Commission has created a regime for price recommendations which, from an international perspective, is rather unique in terms of extensiveness and detail. This was apparently indicated by the assumption that, in Switzerland, price recommendations are specifically **likely to be followed**. Although the Commission claims to have consulted economic actors beforehand, the assumption lacks empiric evidence and is not based on case law.

The basic concept of assessing whether an alleged recommendation constitutes an unlawful agreement, on a case-by-case analysis, is in line with international developments. Still, the amount of attention drawn to price recommendations is surprising. More importantly, when it comes to the so-called list of factors "of special importance" mentioned above, a certain **lack of precision** is to be noted. There is, for example, no indication on how or in what proportion the individual factors have to be weighed. The Competition Commission's wish to dispose of bright-line rules is understandable. It appears, however, that the

Commission has **reduced its burden of proof** by mainly relying on external factors which can be established more easily. By contrast, in the European Union and the United States solid evidence for concurring wills in the form of an agreement or a concerted practice must be established. In addition, external factors such as the existence of a considerably higher price level than in neighbouring countries and the fact that a recommendation is adhered to by a large number of resellers and distributors are probably **inappropriate criteria** to turn a price recommendation into an unlawful agreement.

Admittedly, the President of the Competition Commission *Walter Stoffel* has shed some light on the treatment of price recommendations by clarifying that “real” price recommendations could still be availed of, but that they should be formulated in a transparent way, expressly declared non-committal and not be indirectly enforced. This guidance is to be highly appreciated. President Stoffel further elaborated that the two external factors would only be problematic in combination with one of the first three factors mentioned above. Such important information on the weighing of the assessment criteria should, however, be contained **in the SVN itself**, since it clarifies, for instance, that a price recommendation is not deemed to be illegal only because the price level of the product concerned is considerably higher in Switzerland than in the neighboring countries.

At any rate, important **concerns remain** even after this clarification. If, for example, the price level for a product in Switzerland is considerably higher and the supplier failed to explicitly declare the recommendation non-committal (one of the first three factors), the presumption of elimination of competition pursuant to Section 10(1) SVN could apply. Consequently, the recommendation in question would be subject to the same sanctions as horizontal price fixing. The potential sanction would thus be decisively dependent upon a factor beyond the control of the business which issued the recommendation. It appears to be **disproportionate** that the issuer who only forgot to call its recommendation non-committal would have to undergo the complex and costly rebuttal and justification procedure in order not to be punished. After all, one must not overlook that in the absence of any established consent on the part of the reseller or distributor, no vertical agreement exists and the SVN is not applicable at all.

C. Recommendations

I. Preliminary remarks

As in any comparative analysis, the question which findings can be transferred to the target country arises. In the author's view, it would be appropriate to adopt a flexible test along the lines of a *rule of reason* analysis. Even the dissenting Justices in the U.S. Supreme Court's *Leegin* judgment, whilst arguing in favour of *per se* illegality of resale price maintenance, recognized the importance of such an **individual assessment**. The findings of the U.S. Supreme Court and the ECJ, that decisions in the area of vertical restraints have to be taken in light of real market conditions and real market forces, can and must also be transferred to Switzerland. The same applies to **economic theories**.

On the other hand, findings closely linked to the **specific market conditions** in the United States, in particular in relation to the high level of integration, **cannot be transferred** to Switzerland. The high degree of integration in the U.S. has been achieved not least due to the existence of a common language, a uniform common-law-tradition and legal culture (with the exception of Louisiana) and a common educational system. U.S. competition law therefore pursues a one goal approach only, focusing on the protection of competition and, due to the prevailing theories of the Chicago School, on consumer welfare. The emphasis on interbrand competition in the U.S. must also be understood against this background. New market entries are economically more promising and thus more likely than in a small market such as the Swiss market. Consequently, restrictions of intrabrand competition are less serious. Such a policy benefits the producers who are granted more autonomy as to the organization of their sales networks.

II. Article 5(4) SCA and its interpretation by the Competition Commission

Due to Section 10(2) SVN Swiss competition policy might fail to adequately take into account the complexity of the market in the field of vertical restraints. Admittedly, this **provision caused confusion** even before its first application. The Competition Commission's reaffirmations that the SVN does not introduce a stricter regime than the one created with Article 5(4) SCA does not correspond to the wording of the Notice. It must be recalled that the mechanism of presumption which led to the adoption of Article 5(4) SCA in 2003 was introduced in 1995 for the sole reason that an open cartel prohibition modeled on the the template of Article 81 EC was thought to be unconstitutional. This

mechanism must not be availed of in order to create a stricter mechanism than is in place in Community law.

Competition does not only concern prices. It also takes place by means of **innovation and quality**. The SCA is based upon an open concept of effective competition. The object of protection is not a certain market structure but the functioning of the market. Due to its tendency of avoiding landmark decisions and preferring amicable settlements, the Secretariat, and partly also the Competition Commission, have failed to further elaborate on the theoretical model behind Swiss competition law. However, in view of the necessity of an interpretation in line with the Constitution, resale price maintenance and absolute territorial protection, which eliminate intrabrand competition and at the same time significantly increase interbrand competition, must be examined not only by relying on a formalistic set of rules, but also by applying an **effects-based analysis**. This holds all the more true as the rebuttal of the presumption of the elimination of competition does not necessarily render the agreement in question admissible. On the other hand, the question arises whether a disproportionate promotion of intrabrand competition might sometimes cause exactly those social or economic damages which Swiss competition policy is obliged to eliminate.

The first specific recommendation is therefore to **modify Section 10(2) SVN**, as its current wording does not sufficiently take into account the importance of interbrand competition. The fact that, in some situations, absolute territorial protection may be justified, must be respected. In some cases rebuttal must be possible only on the basis of the existence of interbrand competition. The **intensity of interbrand competition** very likely constitutes the most important factor in this assessment. A possible decrease of the protection of intrabrand competition can easily be counterbalanced in the assessment of grounds of economic efficiency on the second stage of justification.

On a more abstract level, the second recommendation would eventually be to **review Article 5(4) SCA**, provided that Switzerland, by legislative means, increases its integration in its European economic environment. If the Swiss market were more easily accessible for foreign producers, market foreclosure were less likely to occur. It may be recalled that, when preparing the 2003 reform, the Federal Council defined the prevention of the foreclosure of the Swiss market as a primary goal of competition policy. Article 5 (4) SCA must be viewed as an **as long as provision**: It needed as long as the Swiss market is not sufficiently integrated into the European market

III. Price recommendations

Price recommendations are subject to a strict regime in Switzerland. The necessity of such a detailed assessment mechanism is disputed. The interpretation of the five factors of special importance causes legal uncertainty. President *Stoffel's* clarifications should thus be embedded **in the Notice itself**, provided the detailed regime is upheld. In any event, a producer must be able to freely prove that the price recommendation in question does not constitute an agreement or a concerted practice. If the producer is successful, the presumption of the elimination of competition must fall and no justification must be necessary. Section 11 SVN should therefore be modified in this sense.

Part 3 Sanctioning of Individuals

A. General	257
I. Survey of different legal orders	257
1. Switzerland	257
2. United States	258
3. European Community	259
4. United Kingdom	260
5. Germany	262
6. France	264
7. Other EC Member States	264
II. Theoretical Considerations	265
1. Limited deterrent effect of corporate fines	265
2. Advantages of introducing individual sanctions	265
3. Arguments against the introduction of individual sanctions	266
4. Assessment	267
B. Divergences between Swiss Law and international best practice	268
C. Recommendations	268

Part 3 Sanctioning of Individuals

A. General

I. Survey of different legal orders

1. Switzerland

The SCA does not provide for direct sanctions against individuals. According to Article 49a SCA, direct sanctions, i.e. sanctions against horizontal (Article 5(3) SCA) and vertical agreements (Article 5(4) SCA) in restraint of effective competition and the abuse of a dominant position (Article 7 SCA), may only be imposed on **undertakings**.

However, Articles 54 and 55 SCA provide for the possibility of **indirect sanctions** against individuals. They are indirect because they are imposed neither for unlawful agreements nor for the abuse of a dominant position.

Article 54 SCA reads:

“Violation of amicable settlements and administrative decisions

Any person who intentionally violates an amicable settlement, a legally enforceable decision of the competition authorities or a decision of an appeals body shall be required to pay a fine not exceeding 100.000 Swiss francs.”

Article 55 SCA reads:

“Other violations

Any person who intentionally fails to comply or complies only partially with a decision of the competition authorities concerning the obligation to provide information (Article 40) or carries out a concentration of undertakings without giving due notice thereof or violates decisions relating to concentrations of undertakings shall be required to pay a fine not exceeding 20.000 francs.”

A **leniency program** is laid down in the Ordinance regarding the Sanctions for Unlawful Restrictions of Competition. Only undertakings may profit from a full exemption or reduction of fines.

Only in 2003 was the Competition Commission given the competence to impose direct sanctions on undertakings. Before that, only violations of a cease and desist order could be sanctioned. The former President of the Competition Commission, *Roland von Büren*, used to paraphrase this situation by remarking that the first murder was gratuitous. Since receiving the respective competence, the Competition Commission has imposed only very few sanctions under the SCA. All of them concerned fines against undertakings. It follows that the Swiss sanctioning practice against undertakings is still in its infancy.

2. United States

In the U.S., both **undertakings** as well as **individuals** may be criminally prosecuted for antitrust violations. Section 1 of the Sherman Act declares illegal every contract, combination, or conspiracy, in restraint of interstate trade or commerce, or trade between the U.S. and foreign states. Individuals violating Section 1 of the Sherman Act may be punished with imprisonment up to 10 years or/and fines up to \$1 million. According to Section 2 of the Act, the same criminal sanctions may be imposed for monopolizing or attempting to monopolize the interstate trade or commerce, or trade between the U.S. and foreign states. Other criminal provisions are included in the Clayton Act and the Robinson-Patman Act. Although those provisions have played a role in the past, they are currently not enforced. Finally, almost all U.S. States have their own antitrust laws which provide for criminal sanctions against individuals involved in cartel activities.

The Department of Justice, the responsible authority for enforcing the Sherman Act, generally proceeds by criminal prosecution where ***per se* violations involving horizontal agreements** such as price fixing, bid rigging, and customer and territorial allocations are concerned. For other suspected antitrust violations, in particular those requiring analysis under the *rule of reason* (such as vertical agreements and acts of monopolization under Section 2 of the Sherman Act), private enforcement is preferred.

There are no special requirements regarding the mental element. Where the alleged behaviour is *per se* illegal under Section 1 of the Sherman Act, the prosecutor need only prove the existence of an **agreement** and that the defendant **knowingly** entered into the alleged agreement or conspiracy.

In addition to its **corporate leniency program**, the Department of Justice has issued a **leniency policy for individuals**. Under this policy, leniency will be granted to an individual who reports illegal antitrust activity before an

investigation has started if **three conditions** are met: (1) At the time the individual comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source; (2) the individual reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation to the Division throughout the investigation; (3) the individual did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity.

Persons not being the first to come forward to report illegal activity and who are therefore not eligible for leniency can nevertheless receive sentencing discounts by entering into **plea agreements**. The defendant has to plead guilty, and fully and continuously cooperate with the Department of Justice. In exchange, he will receive a favourable sentencing recommendation by the government. Albeit not formally binding, the sentencing recommendations are very likely to be followed by the courts.

Apart from direct sanctions, individuals can also face **indirect sanctions** related to antitrust proceedings. The most important ones are contempt of court, perjury, false declaration, mail fraud and obstruction of justice.

The Department of Justice pursues a strict sentencing practice for antitrust violations. According to its workload statistics for 2007, **34 individuals were sentenced to incarceration** amounting to 31'391 days of incarceration in total.

3. European Community

Under Article 23(2a) of Regulation 1/2003, the European Community is entitled to impose administrative fines for violations of Articles 81 and 82 EC. These sanctions may only be directed against **undertakings and associations of undertakings**. Although in theory a natural person could qualify as an undertaking, until now there has not been a single case where an individual has been addressed by a decision of the European Commission, even where the Commission could have felt invited to do so.

Neither the EC Treaty nor Regulation 1/2003 provide for any criminal sanctions against undertakings or individuals. Article 23(5) of Regulation 1/2003 explicitly states that decisions imposing fines taken pursuant to paragraphs (1) and (2) shall not be of criminal nature.

The majority of academic writers argue that Article 83 EC does not give the Council the power to enact any regulation permitting administrative fines or criminal sanctions to be imposed on individuals.

Whilst the European Community does not possess any competence to sanction individuals for the violation of European competition law, no such restrictions are placed on the **Member States**. Art 5 of Regulation 1/2003 stipulates that, apart from fines or any periodic penalty payments, the Member States may impose "any other penalty provided for in their national law". It follows that the Member States are free to enact sanctions that provide for **criminal fines** and even **imprisonment**.

With the entering into force of the **Treaty of Lisbon**, further competences in the area of criminal sanctions against individuals could possibly accrue to the European Union. Thus, if the approximation of criminal laws and regulations of the Member States proves essential to ensure the effective implementation of a Union policy in an area that has been subject to harmonisation, Article 83 (2) TFEU allows the adoption of directives that establish minimum rules with regard to the definition of criminal offences and sanctions. However, whether there would be sufficient consensus among Member States for the enactment of such a directive remains questionable.

4. United Kingdom

With the enactment of the Enterprise Act 2002, Parliament introduced the concept of "**cartel offence**". Section 188 of the Act states that an individual is guilty of an offence if he or she dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements on price-fixing, restriction of supply or production, market sharing and bid rigging. Section 189 of the Act specifies that only **horizontal agreements** can be criminally prosecuted.

The mental element of the offence is based on the concept of "**dishonesty**". In order to establish dishonesty (at least in England and Wales) the so called *Ghosh* test must be applied (*R v Ghosh* [1982] 2 All ER 689). According to the ordinary standards of reasonable and honest people, a jury must first decide whether what was done was dishonest and if it was dishonest by those standards, whether the defendant himself must have realized that what he was doing was dishonest by those standards.

The cartel offence provides for imprisonment for up to 5 years and unlimited fines if tried and convicted in the Crown Court. A Magistrates Court can impose imprisonment for up to 6 months and a fine of currently £5,000. In 2008, the first three criminal convictions against individuals under the cartel offence took place in the *Marine Hoses Cartel* case. The defendants were sentenced to imprisonment ranging from three to two and a half years. These sentences have been slightly reduced by the Court of Appeal.

Section 9A of the 1986 Company Directors Disqualification Act (CDDA) enables the Office of Fair Trading (OFT) to seek **disqualification orders against directors** of companies who have been found guilty of infringing competition law. Apart from a breach of competition law by the company, the court has to consider how the personal conduct of the director makes him or her unfit to be concerned in the management of a company. A person may qualify as "director" even without a formal appointment. The only requirement is that the person concerned undertook functions in relation to the company concerned that could only have been properly discharged by a director. Matters to be considered when deciding whether a person is "unfit" are set out in Section 9A(6) CDDA. Unfitness may be assumed when the director's actions contributed to the breach, when he or she had reasonable grounds to suspect a breach and took no steps to prevent it or even when he or she did not know but ought to have known that the conduct of the undertaking constituted a breach. According to Section 13 CDDA, it is a criminal offence to act in contravention of a disqualification order. On indictment, a contravention is punishable by up to 2 years imprisonment and/or a fine. In the *Marine Hoses Cartel* case, the three defendants were given directors disqualification orders between 5 and 7 years.

Under Section 190(4) of the Enterprise Act, the OFT can issue **no-action letters** to individuals. A no-action letter guarantees immunity from prosecution (England, Wales, Northern Ireland), provided that the person (1) admits participation in the criminal offence, (2) provides the OFT with all information available regarding the existence and activities of the cartel, (3) tells the OFT about the cartel activity before any other individual or company and there is no pre-existing criminal or civil investigation, (4) cooperates fully with the investigation conducted by the OFT and (5) refrains from further participation in the cartel from the time of its disclosure to the OFT (except as may be directed by the investigating authority). Immunity granted by no-action letters extends to both criminal prosecution as well as directors disqualification orders. The purpose of no-action letters is to protect the efficiency of the OFT's **corporate leniency policy**. If employees of an undertaking were at risk to be prosecuted under the cartel offence, their willingness to disclose information regarding any activities of

the company would be limited. The no-action policy is therefore designed to work closely together with the OFT's corporate leniency policy. A successful corporate leniency application (type A or type B immunity) will automatically lead to a blanket individual immunity for all current and former employees and directors of the company.

Further **indirect cartel sanctions** can be found in Section 201 of the Enterprise Act. This provision declares non-compliance with certain investigatory powers of the OFT under Section 193 and 194 of the Enterprise Act a sanctionable offence. The House of Lords held that secret price fixing was not in itself dishonest and, thus, could not constitute conspiracy to defraud unless it was accompanied by "aggravating features".

5. Germany

In Germany, direct sanctions against individuals for violations of competition law are provided for by the Criminal Code and the Act against Restraints of Competition (ARC).

The ARC only addresses regulatory offences (*Ordnungswidrigkeiten*). Such offences may result in non-criminal fines. As minor offences, they do not incur the level of social opprobrium which is considered necessary for criminalization. Section 81(1) ARC states that the infringement of Articles 81(1) and 82(2) EC constitutes a **regulatory offence**. Further regulatory offences are defined in Section 81(2) ARC, the most important of which are violations of Section 1 and 19 ARC. While Section 1 ARC prohibits horizontal and vertical agreements which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition, Section 19 prohibits the abuse of a dominant position by one or several undertakings.

The ARC contains a variety of further sanctions related to non-compliance with official orders of the competition authority or with certain obligations to disclose information. For instance, Section 81(2) ARC declares that sanctions may be imposed if a person, contrary to Section 39(1) ARC, fails to notify a concentration correctly or completely. However, these are only **indirect sanctions** insofar as they do not penalize the cartel agreement or the abuse of a dominant position as such.

According to Section 81(4) ARC, serious regulatory offences may be punished with **fines** of up to €1.000.000 **against individuals**. In case of a minor regulatory offence an individual may not incur a fine higher than €100.000.

While many of the regulatory offences provided by the ARC refer to undertakings, their applicability to **individuals** follows from Section 9 of the Regulatory Offences Act (ROA). The regulatory offences require either criminal intent or criminal negligence, with the exception of regulatory offences included in Section 81(3) ARC, where criminal intent must be proven. An additional regulatory offence is defined in Section 130 ARC. According to this provision, the owner of an undertaking can be fined if he willfully or negligently fails to exert the control required to prevent violations of business-related obligations, which themselves are punishable by criminal penalties or fines.

In 2007, the German Federal Cartel Office (FCO, *Bundeskartellamt*) fined **26 individuals** for regulatory offences. The fines amounted to €1.800.000 in total, with the highest single fine being €215.000 and the lowest €15.000.

The German **leniency program** (Notice no. 9/2006) is applicable to individuals. The FCO will grant a natural person immunity from a fine if he or she (1) is the first participant in a cartel to contact the FCO before it has sufficient evidence to obtain a search warrant, (2) provides the FCO with oral and written information and, where available, evidence which enables it to obtain a search warrant, (3) was not the sole ringleader of the cartel nor coerced others to participate in the cartel and (4) cooperates fully and on a continuous basis with the FCO. Cartel members who do not meet the conditions for immunity can benefit from a reduction of the fine. It is to be noted that the leniency program of the FCO does **not apply to criminal sanctions** under the German Criminal Code as discussed below.

The German Criminal Code does not criminalize violations of competition law in general. With the adoption of Section 298, the legislature has decided to criminalize only **collusive tendering** (bid rigging). It is thus following a piecemeal approach. According to Section 298 of the German Criminal Code, persons who, on an invitation to tender in relation to goods or commercial services, make an offer based on an unlawful agreement which has as its aim to cause the organizer to accept a particular offer, shall be punished with imprisonment for not more than five years and/or a fine. Under the current Criminal Code, a fine could not exceed the amount of €3.600.000. Although highly contested by scholars, the Federal Court of Justice considers collusive tendering in certain cases also to be a fraud (*Submissionsbetrug*) under Section 263 of the Criminal Code. In contrast to Section 298, a conviction under Section 263 of the Criminal Code requires that a pecuniary damage has been caused.

6. France

French law mainly provides for **criminal sanctions** against individuals. According to Article L 420-6 of the Commercial Code (CC), a criminal penalty of up to 4 years of imprisonment and/or a fine not exceeding €75.000 may be imposed on natural persons if they have fraudulently taken a personal and decisive action in the conception, organization or execution of **cartel behavior** as defined by Article L. 420-1 and L. 420-2 CC. The requirement of "personal action" implies that a natural person will only incur responsibility if he or she was actively involved in the conception, planning and implementation of the cartel. An action is fraudulent if the individual has intentionally breached the relevant competition rules. Just as its German counterpart, the French legislature has criminalized **bid rigging** in a separate provision of the Criminal Code. Article 313-6 of the Criminal Code states that collusive tendering shall be punished by imprisonment of up to six months and/or a fine of up to €22.500.

Although Article L. 464-2-IV of the CC does not provide for immunity from criminal proceedings for individuals, the Procedural Notice of 17 April 2007 lays out that when individuals, who are employed by an undertaking for which **immunity has been granted**, could be prosecuted, the Competition Council (*Conseil de la Concurrence*) will not pass the case file on to the office of the state prosecutor.

Finally, under Article L. 464-2-I CC an individual can also be charged with an **administrative fine** in connection with an official order to cease non-competitive practices within a specified period or a commitment to discontinue non-competitive practices. The maximum penalty amounts to €3.000.000. However, individual responsibility will only come into play if there is no corporate offender to which the relevant violation could be attributed.

7. Other EC Member States

The Dutch Competition Act does not provide for criminal sanctions against individuals. However, a bill introducing individual criminal sanctions is currently in preparation. The bill allows to impose prison sentences on individuals who have ordered or committed an infringement of competition law. Since 2007, **administrative fines** with a maximum of up to €450.000 can be levied against individuals who have given instruction or exercised de facto leadership in a cartel. Apart from undertakings, individuals are eligible to apply for immunity under the Dutch leniency program.

Individual sanctions are further possible, *inter alia*, in Denmark, Austria and Ireland. In this respect, the **Irish Competition Act** deserves special attention. According to its Section 8(7), an individual with managerial functions shall be presumed to have consented to the cartelistic behaviour of the undertaking, until the contrary is proven, provided that the activity of the undertaking itself is sanctionable under the Competition Act.

II. Theoretical Considerations

1. Limited deterrent effect of corporate fines

Corporate sanctions do **not** afford effective **deterrence** against anticompetitive behaviour. There is a variety of reasons for this assumption. First, in order to make corporate fines deterring enough, it would be necessary to set them at a level which would lead many companies into **bankruptcy**. Bankruptcy is not desirable as it leads to higher social costs. Not only would employees of the company or its suppliers be likely to suffer redundancy and as a result to become dependent on welfare. The disappearance of a company would in some cases also contribute to the creation of oligopolistic market structures, resulting ultimately in higher prices for customers. Second, corporate fines are **only rarely passed on to the individuals** who are personally responsible for the anticompetitive behaviour of the undertaking. Against the background of immense pressure to achieve higher business profits and the lure of considerable profit-related bonus payments, the financial incentives for the management to abstain from anticompetitive behaviour are limited. Third, even when corporate sanctions are passed on to the management, in most cases only **a small fraction can be recovered**. The deterrent effect of personal liability is, thus, lessened by the often limited amount of individual financial resources which are at stake. By the same token, managers may be willing to accept the risk of dismissal, as in many cases alternative employment opportunities will be on offer. This will in particular hold true for persons who can provide important business information in competitive markets.

2. Advantages of introducing individual sanctions

Introducing individual sanctions can significantly **increase the overall deterrent effect** of the sanctioning system. The most effective deterrence is achieved by **criminal sanctions**. A criminal conviction will severely harm the reputation of the person concerned, which in business is of paramount importance. In this respect, the prospect of imprisonment serves as a particular deterrent. Imprisonment not only carries a unique social stigma but also causes

a loss of quality of life which typical cartel offenders, often leading privileged lives, will consider as particularly distressing. In addition, whereas there is always the risk that individuals are indemnified for personal fines, such compensation is not available for imprisonment. Criminal fines also create considerably more reputational harm than mere civil fines. Administrative sanctions too have some negative implication for the personal reputation, albeit to a significantly lesser degree than criminal penalties. Since criminal fines are directly addressed to the individual, it is not at the discretion of the undertakings to decide whether to recover money from individuals, as would be the case with corporate fines.

Individual sanctions not only deter from cartel activities, they also increase the **risk of disclosure of the cartel**. As long as only corporate sanctions exist, employees involved do not have a genuine interest in revealing any information about the cartel to the competition authorities since they are the main financial beneficiaries. The introduction of individual sanctions, combined with a leniency program applicable to individuals, helps **break this parallelism of interest**. Individuals engaged in a cartel have to face the constant threat that other individuals or cartel members could make use of the leniency program, leaving them exposed to severe sanctions. The result of this general atmosphere of distrust is that all those involved in the cartel, individuals and companies alike, are put into a **race for leniency**. The more members a cartel has, the more compelling is the incentive to avail oneself of the leniency program.

Finally, criminalizing cartel violations has the potential to **change moral opinions** and sentiments, not only of the involved business actors, but of the society as a whole. It could therefore further raise awareness that cartel activity is no longer dealt with as a peccadillo, but as a serious transgression of law with wide-ranging negative social implications. In addition, it could be argued that, irrespective of any reputational harm, criminalizing competition law would be useful insofar as the moral self-image of many businessmen forbids them to engage in criminal activity.

3. Arguments against the introduction of individual sanctions

One could argue against the introduction of individual sanctions that, until now, there are no comprehensive empirical studies regarding their effectiveness. Most arguments are exclusively based on **theoretical considerations**. This is not least due to the fact that, with the exception of the U.S., imposing individual sanctions for cartel violations has only recently gathered momentum. Strong reservations are also voiced with regard to additional **social costs** caused by individual sanctions. In particular, imprisonment is seen as an additional cost

factor for the public, be it in the form of money for the maintenance of prisons, salary for prison personnel or the loss of productivity of the imprisoned persons. Attention is also drawn to the fact that, because of the threat of individual sanctions, many business managers will be more hesitant to engage in cooperation with other companies, so that in some cases they will refrain from entering into **lawful agreements** that could benefit the public. Yet another argument is that individual sanctions could lead to the paradox that cartel participants would be even more vigilant in suppressing any information which could possibly lead to the detection of the cartel. Proponents of this argument thus fear that, instead of increasing the risk of detection, rather the opposite result is promoted. Lastly, some argue that to engage in a cartel constitutes only a minor offence which does not merit severe sanctions.

4. Assessment

The study comes to the conclusion that the positive aspects of individual sanctions clearly outweigh the arguments against it. Individual sanctions combined with leniency programs for individuals will, as a matter of principle, strongly boost the **detection of cartels**. Even if cartel members will act more secretly to avoid individual sanctions, it would be a mere illusion to think that all cartel evidence could be controlled. What is more, the availability of leniency will tempt cartel members to retain incriminating material, be it to shield themselves against extortionate practices of other members or to leave a backdoor to leniency. Even assuming that sanctions would cause higher social costs, it is clear that they would not amount to a mass phenomenon. The additional costs of imprisoning competition law offenders would thus not put significant strains on the public budget. Further, limiting individual sanctions to hard-core violations would ensure that companies do not refrain from beneficial forms of cooperation whose lawfulness is doubtful. As regards the argument that empirical knowledge about the effectiveness of individual sanctions is missing, one could at least take the view that corporate sanctions have proven to be very influential on the corporate governance of many businesses. There are no obvious reasons why individual sanctions should not have a similar impact. Ultimately, **considerations of fairness** would appear to strongly militate for the introduction of individual sanctions. Corporate sanctions will always hit the company as a whole while in many cases only a small minority, most of the times the higher management, is responsible for the anticompetitive activity. Individual sanctions are a helpful instrument to reflect different grades of responsibility within a corporate entity and therefore offer a more proportionate reaction to violations of competition law.

B. Divergences between Swiss law and international best practice

As was set out above, there exist currently **neither direct administrative nor direct criminal sanctions** for anticompetitive behaviour in Swiss law.

The sanctions foreseen in Articles 54 and 55 SCA, although formally criminal in nature, only provide for financial penalties. They are therefore more akin to the regulatory offences under German law than to criminal sanctions. However, the provisions on regulatory offences in German law have a much broader scope of application. With fines of respectively €1.000.000 and €100.000, they allow for considerably higher penalties. Compared to the systems of the examined countries, the individual sanctioning regime in Switzerland is of **rudimentary character**. This may not least be due to the fact that, in contrast to other countries, Switzerland has only very limited experience, both in administrative sanctioning and in private enforcement. **Practical experience** in those areas would appear to be a pivotal prerequisite for introducing and consistently applying an individual sanctioning system.

In contrast to the U.S. and the UK in particular, the public prosecutor is under the current law not allowed to enter into any deals or plea agreements with the defendant. The corporate leniency program cannot, therefore, be extended to criminal sanctions. Introducing criminal sanctions would thus risk to discourage employees for fear of personal sanctions to come forward with information regarding cartel activities of their undertakings. The **effectiveness of the corporate leniency program** and with it the effectiveness of the detection of cartels could be severely undermined.

C. Recommendations

In order to draw on the experience of countries like the U.S., the UK or Germany, it is indispensable to first develop a **consistent corporate sanctioning practice**. To this end, the Swiss legislature should prioritize the professionalization of the Competition Commission as set out in the first part of the study. The Commission would then have to render a coherent set of decisions on corporate sanctions providing predictability and legal certainty for the undertakings. On that basis, the courts would be in a position to create **case law**, providing further clarification on the remaining contentious points of law.

Claims to introduce individual sanctions and in return to exonerate undertakings with an excellent compliance program are by all means premature. A member of the Swiss Parliament has proposed the introduction of criminal sanctions for

individuals and the State Council has reacted positively. This venture is an **experiment on an unfit object**. Its background is obviously the fine imposed by the European Commission on the Swiss undertaking *Schindler* for allegedly having been part of the elevator cartel. Whether the Commission's action has been lawful will be determined by the Community courts. If a Swiss undertaking is unsatisfied with the European Commission's fining practice, it may, if need be in cooperation with other undertakings, challenge that practice on the European level. But this cannot be taken as a **pretence** to push through an amendment of the SCA since the Swiss corporate sanction practice is still in its infancy.

However, the introduction of **individual administrative sanctions** is an option which should be considered for the **future**. They could, in any event, only complement the existing corporate sanctions, thereby helping to achieve a more balanced assignment of responsibility between individuals and company. This would make it necessary to abandon the strict liability of companies under the current Article 49a SCA. If a company can prove that it implemented all necessary organizational safeguards to prevent violations of competition law by its employees, it must be eligible for a reduction of the fine. The introduction of administrative fines necessitates the extension of the existing leniency program to individuals. Otherwise, the threat of administrative sanctions would constitute a considerable disincentive to disclose any information about violations, in all likelihood frustrating the corporate leniency program.

Direct criminal sanctions against individuals would have the strongest deterrent effect. However, considering that the widening of the leniency program to individuals is not possible under the current law, criminal sanctions would severely impede the detection of violations of competition law. Therefore, the Swiss legislature **at this time** cannot be advised to introduce direct criminal sanctions.

Whether the Swiss legislature will allow leniency vis-à-vis criminal sanctions is a matter of speculation. In any event, criminalizing anticompetitive behaviour would in many cases **shift the functional responsibility** from the Competition Commission to the public prosecutor and the judiciary. This could result in a loss of expertise since public prosecutors as well as courts lack the degree of familiarity with matters of competition law the Competition Commission has acquired. An interesting solution to this problem was found in the UK where the OFT cooperates closely with the Serious Fraud Office (SFO), which acts as a public prosecutor in the most serious and complex cases of fraud in England, Wales and Northern Ireland.

Ultimately, the fact that direct criminal sanctions are, with the exception of the U.S., of rather limited practical significance speaks against their introduction into Swiss law. As the legal system of Switzerland is much more similar to the legal systems of the EC and the EEA Member States, their experiences would appear to be decisive. All things considered, it is therefore suggested that the **introduction of criminal sanctions should be postponed** until Switzerland has gained more experience with corporate administrative sanctions, and the developments in the EC and EEA Member States provide a much more conclusive picture as to their effectiveness. If the Swiss legislature should, however, decide to provide for criminal sanctions, it is advised to follow the German example and, as a first step, criminalize bid rigging.

Part 4 Private Enforcement

A.	Introduction	272
B.	Divergences between Swiss Law and international best practice	272
I.	Relationship between private and public enforcement	273
II.	Collective action	273
III.	Rules of evidence	274
IV.	Passing on defense	274
V.	Multiple damages	275
VI.	Pre-trial interest	275
VII.	Limitation periods	275
VIII.	Costs	276
C.	Recommendations	276
I.	General	276
II.	Collective Action	277
III.	Rules on burden and standard of proof	278
IV.	Passing on defense	279
V.	Renewal or suspension of limitation periods	280
VI.	Costs	280

A. Introduction

The ongoing debate on private enforcement in Europe is to a large extent influenced by the **legal situation in the U.S.**, since about 90 percent of the antitrust proceedings are private actions. The particular framework of private enforcement actions in the U.S. serves as a runway for the development of new approaches in the European discussion. Whereas American authors allude that the overall experiences made under the U.S. competition law regime must be seen in a positive manner, one can recognize opposite notions for instance in Germany. The European Commission has paraphrased its recent suggestions in its "White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules" to enhance private enforcement by encouraging a "competition culture" rather than a "litigation culture". The author of this study reacted by saying that this approach could be regarded as an attempt of "swimming without getting wet". This perception met with great approval, especially in the Anglo-Saxon world.

In this section, the following issues are considered: the relationship between public and private enforcement, collective actions, the rules of evidence including pre-trial discovery, the passing on defense, punitive/multiple damages, pre-trial interest, limitation periods and legal costs. This choice is based on the assessment of Swiss competition law experts, actual developments on the European level, in particular the aforementioned White Paper, as well as developments in the legal orders of countries such as the U.S., Germany, France, the Netherlands and the United Kingdom.

Whereas the study has up until now the law on the books, followed by a survey of actual trends in the case law, this section focuses on the core of the survey: **divergences** between Switzerland and other legal orders as well as **suggested improvements** of the legal framework in Switzerland.

B. Divergences between Swiss law and international best practice

It follows from comparative analysis that Swiss law on the books and in action differs from the situation in the examined countries and from the suggestions made in the White Paper on private enforcement on key points. However, comparison has also shown that not only in Switzerland is private enforcement still in its childhood.

I. Relationship between private and public enforcement

As regards the relationship between private and public enforcement, the divergence between Switzerland and international best practice is rather small. Under the SCA, breaches of competition law can be pursued in private (Articles 12 et seqq. SCA) and public proceedings (Articles 18 et seqq.) at the same time, i.e. in parallel. In general, civil courts and the Competition Commission take their decisions autonomously on the same legal grounds. However, civil courts have to **ask the Competition Commission for an opinion** if the latter has not investigated the case or has not reached a decision yet (Article 15 SCA). Although there is no binding effect of the opinion rendered, it will have great impact on the court's decision in fact. This holds also true on final decisions of the competition authority since they too are not binding.

Thus Switzerland ranks between national legal orders not containing an obligation to inform national competition authorities of new proceedings and courts not being bound by national competition authorities' final decisions on the one side and legislations requesting both on the other, as in Germany, for instance. On the European level there is a clear tendency towards **creating a close liaison between public and private enforcement**, since the suggestions made in the White Paper aim at giving binding effect to national competition authorities' final decisions or to final judgments finding an infringement themselves or upholding the national competition authority's decision.

II. Collective action

In the field of collective actions, the analysis has unveiled **great disparities** between the actual Swiss law and the legal orders of the other countries examined. A collective action cannot be brought under the SCA. The introduction of **U.S.-style class actions** was **rejected** during the legislation proceedings which led to a new Federal Code of Civil Procedure. Thus, the options available are limited to certain measures and claims based on civil and civil procedure law. This high degree of limitation is unknown in the other legal orders examined. They all provide for a right to bring collective actions to court; it is only the form that differs. The laws in Sweden, the U.K. and the U.S. as well as in the Netherlands go even further. As the first civil law country, Sweden introduced a group action bearing great similarities to U.S. class actions.

III. Rules of evidence

The survey of the applicable rules of evidence, in particular of the standard and burden of proof, has shown a great need to **alleviate the information asymmetry between plaintiffs and defendants**. Since there is no *lex specialis* on the burden of proof in private enforcement actions, the general rule of Article 8 of the Swiss Civil Code applies. Thus, the plaintiff bears the burden of proof in general. Except for certain alleviations, rendered for example by the legal presumptions of Articles 5(3) and 5(4) SCA, the plaintiff therefore could face great difficulties proving his/her claim, since key evidence is often not known to him in sufficient detail.

A major disparity exists between the situation in Switzerland and the common law countries, since only in the latter's legal orders are **discovery procedures** available. Another, albeit smaller gap, is to be found between the situation in Switzerland and in Germany since measures covering the aforementioned need were introduced there. On the European level, the European Commission in its analysis identified a general need within the European Union to improve the victims' access to relevant evidence. This corresponds to the actual Swiss situation where the general procedural rules, particularly the ones governing the burden of proof, create a substantial **obstacle on the plaintiff** in a private proceeding.

IV. Passing on defense

The answer to the question of whether the passing on defense is available is quite similar in Switzerland as in the examined countries. Save for a few exceptions, the legal situation is characterized by **great uncertainty**. This is not the case in the U.S., where no passing on defense is available under the Sherman Act. In Germany, a majority opinion seems to agree on the following point: If one considers the passing on defense to be applicable it shall be governed by the principle of adjustments of damages by benefits received (so-called *Vorteilsausgleichung*). Whether and to what extent the passing on defense as such should be regarded as permitted is still open. Those who consider it as permitted seem to agree that its use should be limited. On the European level, the Commission suggests to **allow the passing on defense under certain conditions**.

V. Multiple damages

It is hardly surprising that there is a great accordance between the examined countries and Switzerland on whether multiple/punitive damages are available. Such damages are only provided for in the national legal orders of the **common law countries**. Under Swiss private international law, Swiss courts may not award punitive or multiple damages in an antitrust case even if foreign antitrust laws, which provide for such damages, apply (see Articles 17 I, 137 II Swiss Federal Act on Private International Law). According to the Swiss Supreme Court, granting punitive damages is contradictory to the general rules of Swiss tort law and, even more, they are regarded as a breach of the "ordre public" (ATF 122 III 463, 467).

VI. Pre-trial interest

The analysis has also shown great consensus on whether pre-trial interest is available. This issue is of particular significance if a legal order fails to provide for multiple or punitive damages. Awarding interest from the date the loss has occurred may remarkably **strengthen private enforcement**. Especially in the case of follow-on actions the obligation to pay such an interest is of importance, since the monetary obligations could reach remarkable sums and thus have a high deterrent potential. The result of the analysis is that Swiss law, like the law of almost all other countries examined, awards **interest from the date the loss arises**. This must be deemed as highly welcome.

VII. Limitation periods

The survey has shown a notable difference regarding the relative/knowledge based limitation period. The latter's term is remarkably short in Swiss law when compared with international best practice (1 year after the victim becomes aware of the damage and of the identity of the tortfeasor, whereas the non-knowledge based limitation period is 10 years from the date the act causing the damage took place, see Article 60 Swiss Code of Obligations). The impact of that provision is particularly **critical** because Swiss law does not provide for a suspension or a new limitation period if public proceedings have commenced. A first alternative is provided by Article 33(5) of the German Act against Restraints of Competition, which states that the limitation period of a claim for damages shall be suspended if proceedings are initiated by the cartel authority for infringements of the German Act against Restraints of Competition, Articles 81 or 82 of the EC Treaty or a decision taken by the cartel authority, or if proceedings are initiated by the Commission of the European Community or the competition

authority of another Member State of the European Community for infringement of Article 81 or 82 of the EC Treaty. The European Commission, in Pt. 2.7. of its White Paper, favours with good reasons a new limitation period of at least two years starting once the infringement decision on which a follow-on claimant relies has become final. Since Swiss law does not provide for one of these possibilities, victims can face practical difficulties. This is particularly the case in follow-on proceedings, since potential plaintiffs could lose the possibility to await the decision of the competent competition authority before bringing an action.

VIII. Costs

The legal cost situation is also quite similar in the analyzed countries. Generally speaking, the losing party bears the costs, although there are differences with regard to the extent. As the European Commission rightly stated in its White Paper on private enforcement, the cost rules as well as the cost allocation rules can be **a decisive factor** for the decision to bring an antitrust claim before a court or not. The Commission therefore suggests the introduction of different measures to help reduce cost related obstacles such as fostering settlement. Germany has for the same reasons introduced a provision that allows the judge to **reduce the amount in dispute** under certain conditions. Nevertheless, contingency fee agreements are not an option in the majority of the countries examined.

C. Recommendations

I. General

The following recommendations are given in view of the question of which role private enforcement shall play within the overall system of competition law enforcement in Switzerland. Another aspect is the compatibility of the measures proposed with common legal principles. Furthermore, it is considered whether possible new instruments fit in the Swiss legal culture and tradition.

A total rearrangement of the relationship between private and public enforcement of competition law is currently not necessary. Some of the developments identified are due to the decentralization of competences within the European Union and the European Economic Area. Thus, some of the European Commission's proposals aim at a more consistent application within the EU/EEA. This situation is less important for Switzerland since the country is neither part of the EU nor the EEA. The Swiss Competition Commission and the Swiss courts have to deal with the cases that are brought before them. For sure,

this does not imply that a close orientation of Swiss competition policy towards the EU would not be desirable. However, private and public enforcement can be harmonised on the national level through the provision of Article 15 SCA. One must bear in mind though, that this provision is not free of concerns regarding the **independence of judges**. Thus, it is recommended to reconsider this provision at a later date, especially if private enforcement actions should have gained more importance.

Moreover it must be emphasized that, for the time being, enforcement of competition law must essentially remain the task of the **Competition Commission**. At the same time it will be important to keep a close look at the actual European developments in the field of private antitrust litigation. One should in particular monitor the situation in Germany, since tort law has always been quite similar in both countries.

II. Collective action

The lack of the possibility to bring collective actions often leads to a situation where victims' interests remain uncompensated. Situations where a recipient or a supplier is **deterred from bringing an individual action** before court out of fear of reprisals occur quite frequently. Other reasons that could prompt a victim to refrain from seeking compensation are the burdens and costs of a private litigation proceeding. Further, private associations could step in cases in which enforcement is not carried out by the Competition Commission. Thus, it is of even greater importance that the national legal order provides measures to ensure enforcement by private associations, as this is the case in the countries examined, even though in different ways and to a different extent.

Therefore - subject to the further developments on the introduction of a federal civil procedure act - Article 12 SCA should be expanded by a provision governing representative actions which are brought by qualified entities, such as **private associations of companies and industrial sectors**. This new rule should be formulated on the template of the corresponding provision of the Swiss Unfair Competition Act (Art 10 para 2). One must, however, not overlook that private associations do not make much use of the right granted there. Therefore the legislature has to give adequate incentives for bringing such actions before court.

The need to enhance the framework conditions for private enforcement actions is less urgent if the Competition Commission effectively combats detrimental restrictions on competition. Thus, one has to stress once more the need for the development of a broad and consistent decision practice of the Competition

Commission and of a respective case law of the Federal Administrative Court and the Supreme Court.

At any rate, **damage claims** in the field of collective actions should be made possible. Otherwise compensation of scattered and low-value damages cannot be reached. Such a step would also take the actual developments in EC Member States and on the European level into account. However, such an adjustment could only be reached through considerable changes of the actual legal order. The legislature answered the question of introducing a collective claim for private associations negatively when dealing with the new Federal Civil Procedure Code. The introduction of an **opt-in collective action** for damages, as currently discussed at European level, must therefore be based on solid arguments. After all, the developments in EC law are basically relevant when it comes to reshaping Swiss competition law. Introducing a class action would be a clear improvement of collective actions. Since the latter is most effective to compensate scattered and low-value damages, it is even more important for consumers than for competitors.

For the same reasons, **actions of consumer associations** should be made possible. It is thus suggested to introduce measures not only for injunctive relief but also for compensation. Further instruments, as for instance discussed at European level (opt-in class actions), should be considered as well.

III. Rules on burden and standard of proof

Both the international comparison and the unanimous opinion in Swiss competition law literature indicate a **great need** for facilitating the burden and standard of proof in Swiss private competition proceedings. The European Commission's statement that "competition cases are particularly fact-intensive" is convincing. However, it would be far from realistic to propose the implementation of pre-trial discovery procedures in the SCA. The latter would face legal hurdles not easy to overcome. To follow the European Commission's suggestion in the White Paper of having a **minimum level of disclosure *inter partes***, appears to be a solution that should be considered for Switzerland. The approach that "[...] national courts should, under specific conditions, have the power to order parties to proceedings or third parties to disclose precise categories of relevant evidence [...] is most likely a feasible enhancement of the access to evidence issue. The conditions for such a disclosure order should particularly include that [...] the presented facts show plausible grounds to suspect that he/she suffered harm as a result of an infringement of competition rules by the defendant and that the disclosure measure is both relevant to the

case and necessary and proportionate. [...] Furthermore courts shall have the power to impose sanctions that are suitable to deter the party bearing the burden of proof to destroy relevant evidence or refusing to comply with a disclosure order [...].”(European Commission, White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, pp. 4-5, COM(2008) 165 final.). One could also think of a shift in the burden of proof if a final/binding decision of the Competition Commission exists. In this context one has to take in regard the presumptions stated in Article 5(3) and (4) SCA. It seems very likely that under such a new rule the plaintiff would only have to **give evidence of the binding decision** and not of the requirements laid down in Article 5(3) or (4) SCA. Last but not least, it goes without saying that the suggested measures should come along with means of adequate protection of corporate self reports/leniency statements.

IV. Passing on defense

A regulation covering the issue of whether the passing on defense is permitted is lacking in most of the countries examined, including Switzerland. Since there is also no clear line of case law, there is great legal uncertainty. To overcome this situation it is suggested to introduce a provision in the SCA allowing for the **defensive use** of that instrument. Such a provision should state that the passing on defense must be governed by the principle of adjustments of damages by benefits received. This would result in a shift of the burden of proof since the party in breach of competition law would have to bear it. Since the full exclusion could result in an obligation to compensate the suffered damage not only once, it would not be in accordance with the principle of compensation. In the draft process of such a rule one should also consider the significance of private antitrust litigation for the maintenance of a well-functioning market economy. Bearing that in mind, the possibility to raise this objection shall be very limited. In Germany the following situation is often quoted as an example: a direct purchaser of the infringer fully passed on the excessive prices to its own customers, did not suffer any drop in sales and this was neither a risk nor the result of an unreasonable effort.

Such a new rule should, in addition, be complemented by means **excluding or at least minimizing the risk of over-compensation** of the harm caused by an infringement of competition law.

V. Renewal or suspension of limitation periods

The survey has shown that Swiss limitation rules do not foresee the renewal or the suspension of limitation periods, as is the case, for instance, in Germany. As mentioned before, this could have a **negative impact on follow-on actions**, since limitation periods could expire before a decision in administrative proceedings is rendered. On these grounds there is a strong need to amend the SCA accordingly. The suggestion of the European Commission in its White Paper to introduce a new limitation period, which starts once a competition authority or a review court adopts an infringement decision, is based on convincing arguments against a suspension of the limitation period. The author shares the Commission's respective arguments: [...] claimants (and defendants) will sometimes find it difficult to calculate the remaining period precisely, given that the opening and closure of proceedings by competition authorities are not always publicly known. Moreover, if a suspension were to commence at a very late stage of the limitation period, there may not be enough time left to prepare a claim [...]. On these grounds the recommencing of the limitation period is suggested. It would amount to 1 year according to the limitation period provided in Article 60 of the Swiss Code of Obligations and should start once the infringement decision on which a follow-on plaintiff relies has become final ("small solution").

Alternatively, one could aim at a "big solution" by introducing a new provision into the SCA which only covers limitation periods of private competition proceedings. Such a rule would have to prolong the relative/knowledge-based limitation period up to 3 years and regulate the recommencing of this limitation period.

VI. Costs

The initiative of the European Commission and to a considerable extent the actual developments in Germany show that there is a need to improve the provisions of Swiss law on procedural costs. The classical "loser pays"-rule could have a **deterrent effect** to bring a private antitrust action, since such proceedings may turn out to be extremely costly. Companies with market power can abuse the judicial system against less powerful plaintiffs ("sham litigation"). Such effects are further enhanced by the obligation to generally pay deposits upfront, at least as it is construed today.

To a certain degree Article 105 of the Draft Federal Procedural Code could improve the actual situation if applied in an adequate manner by the courts. It gives the judge a margin of discretion to decide on the costs under certain

conditions. Of particular importance is Article 105 para 1 lit. f. where the following is stated: Costs can be allocated at the court's discretion if a cost allocation according to the result of an action seems to be inequitable due to other specific circumstances not explicitly mentioned in Article 105 para 1 lit. a-d. The Report of the Federal Government states in that respect that situations shall be covered which are characterized by a great **discrepancy of the parties' economic power**. Even unsuccessful actions could be dealt with under that new provision. A comparable regulation has already been incorporated in Swiss Corporate Law. According to Article 706a of the Code of Obligations the judge has the discretionary power to allocate the costs between the defending corporation and the plaintiff in case of an action brought before court by the board of directors or **a shareholder** contesting resolutions of the shareholders' meeting which violate the law or the articles of incorporation.

The disincentives created by cost rules could be eliminated by a new provision that would refer to the peculiarities of competition law and of private enforcement actions. For instance, such a provision should include a clause clarifying that the alleviations rendered in Article 105 Draft Federal Code of Civil Procedure apply and a clause empowering courts to issue a "reduced" cost order allocating costs according to the courts discretion, preferably upfront in the proceedings.

Literaturverzeichnis

1. Literatur

Jürg-Beat Ackermann, Submissionskartell als Betrug am Staat?, Aspekte des Eingehungsbetrugs, in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg (Hrsg.), *Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Prof. Dr. Niklaus Schmid*, Zürich 2001, 291 ff.

Marc Amstutz/Mani Reinert, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Absatz 4 KG, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), *Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen*, Zürich 2004, 70 ff.

Phillip E. Areeda/Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, Volume VIII, 2nd Edition 2004.

Philip E. Areeda/Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, 1st Edition 1995.

Dominick T. Armentano, Antitrust Reform: Predatory Practices and the Competitive Process, 3 *The Review of Austrian Economics* (1989), 61 ff.

Baker & Mckenzie (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz*, Bern 2007.

Marino Baldi, Zur Rechtsnatur des Freihandelsabkommens Schweiz/EWG, *Wirtschaft und Recht* 2/1984, 83 ff.

Thomas O. Barnett, Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model, in: Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Huntington, New York 2007, 1 ff.

Jürgen Basedow, Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - St. Galler IKF 2005*, Basel/Genf/München 2006, 353 ff.

Carl Baudenbacher, Discussion: The Role of National Judges in Competition Law, in: Carl Baudenbacher (ed.), *Current Developments in European and International Competition Law: 14th St. Gallen International Competition Law Forum ICF 2007*, Basel 2008, 301 ff.

Carl Baudenbacher, The CFI's Microsoft judgment – Three seconds that changed the IT world, ELR 10/2007, 342 ff.

Carl Baudenbacher, The CFI's Gencor Judgment – Some Remarks on its Global Implications, in: Carl Baudenbacher/Claus Gulmann/Koen Lenaerts/Emmanuel Coulon/Emmanuel Barbier de la Serre (eds.), Liber Amicorum en l'honneur de/in honour of Bo Vesterdorf, Brussels 2007, 543 ff.

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, Judicialization of European Competition Policy, in: Barry E. Hawk (ed.), International Antitrust Law & Policy, Huntington, New York 2002.

Carl Baudenbacher, Kartellrechtsreform 2001 - Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga 1995 nun die Qualifikation für die Champions League?, in: Juerg Furrer/Bruno Gehrig (Hrsg.), Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik: Festschrift für Franz Jaeger, Chur 2001.

Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/St. Gallen 2001.

Carl Baudenbacher, Vertikalbeschränkungen im neuen schweizerischen Kartellgesetz, AJP 1996, 826 ff.

Carl Baudenbacher, Zur Revision des schweizerischen Kartellgesetzes, AJP 1994, 1367 ff.

Carl Baudenbacher, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 144 (1980), 145 ff.

Carl Baudenbacher, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Schweizerische Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 28, Diss. Bern, Zürich 1978.

Rainer Bechtold, Kartellgesetz: GWB, Kommentar, 5. Auflage, München 2008.

Rainer Bechtold, EG-Gruppenfreistellungsverordnungen - Eine Zwischenbilanz, EWS (2001), 49 ff.

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

Jörg Biermann, Neubestimmung des deutschen und europäischen Kartellsanktionenrechts: Reformüberlegungen, Determinanten und Perspektiven einer Kriminalisierung von Verstößen gegen das Kartellrecht, *ZWeR* 1/2007, 1 ff.

Ulf Böge, Baustellen im nationalen und europäischen Wettbewerbsbereich, in: Mario Monti/Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein/Bo Vesterdorf/Jay Westbrook/Luzius Wildhaber (eds.), *Economic Law and Justice in Times of Globalization*, FS Carl Baudenbacher, Baden-Baden/Wien/Bern 2007, 283 ff.

Jürg Borer, Vertikalabreden, in: Carl Baudenbacher (ed.), *Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007*, Basel 2008, 329 ff.

Jürg Borer, Zivil- und strafrechtliches Vorgehen, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.), *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Basel/Genf/München 2005, 523 ff.

Jürg Borer, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 2005.

Jürg Borer, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1998.

Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York 1978.

William Breit/Kenneth G. Elzinga, Antitrust Penalties and Attitudes Toward Risk: An Economic Analysis, 86 *Harvard Law Review* (1973), 693 ff.

Peter G. Bryant/Eckhard Woodrow, Price Fixing: The Probability of Getting Caught, *Review of Economics and Statistics* (1991), 531 ff.

Roland von Büren, Zur Zulässigkeit der „passing on defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, *SZW* 2007, 189 ff.

Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Band V/2, Basel 1994-2000.

Richard M. Buxbaum, *Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen*, Karlsruhe 1972.

Dermot Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004.

Terry Calvani, Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cornwall 2006, 270 ff.

Terry Calvani, Enforcement of Cartel Law in Ireland, in: Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Huntington, New York 2003, 1 ff.

Benedict F. Christ, *Die Submissionsabsprache: Rechtswirklichkeit und Rechtslage*, Freiburg (Schweiz) 1999.

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* (1992), 1875 ff.

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), 215 ff.

John M. Connor/Robert H. Lande, How High Do Cartels Raise Prices: Implications for Reform of Antitrust Sentencing Guidelines, *Tulane Law Review*, Vol. 80 (2005); American Antitrust Institute Working Paper No. 01-04.

Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O.W. Vogelaar, Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cornwall 2006, 1 ff.

Rolf Dähler, Wettbewerbsbehörden: Aufgaben und Befugnisse, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Basel 2002, 549 ff.

Andreas Donatsch (Hrsg.), *StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Zürich 2006.

Dorothe Dalheimer/Christoph T. Feddersen/Gerald Miersch (Hrsg.), *EU-Kartellverfahrensverordnung: Kommentar zur VO 1/2003*, München 2005.

Felix Dasser, Punitive damages: Vom "fremden Fötzel" zum "Miteidgenoss"?, SJZ 96/2000, 101 ff.

Michael E. DeBow, Markets, Government Intervention, and the Role of Information: an "Austrian School Perspective", with an Application to Merger Regulation, 14 Georg Mason University Law Review (1991), 31 ff.

Volker Emmerich, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008.

John Fingleton/Marie-Barbe Girard/Simone Williams, The Fight Against Cartels: Is a "Mixed" Approach To Enforcement The Answer?, in: Barry Hawk (ed.), International Antitrust Law & Policy, Huntington, New York 2007, 9 ff.

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 ff.

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.

Mark Furse, Competition Law of the EC and UK, 5. Aufl., Oxford 2006.

David J. Gerber, Law and Competition in Twentieth Century Europe, Oxford 1998.

David J. Gerber, The Origins of the European Competition Law Tradition in Fin-de-Siècle Austria, 36 American Journal Legal History (1992), 405 ff.

Walter van Gerven, Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – *Courage v. Crehan* and the way ahead, in: Jürgen Basedow (ed.), Private Enforcement of EC Competition Law, The Netherlands 2007, 25 f.

Douglas Ginsburg, Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe, Journal of Competition Law and Economics 1 (3) (2005), 428 ff.

Global Competition Review/*Stephen Kinsella* (Contributing Editor), Getting the Deal through: Vertical Agreements 2008, London 2008.

Global Competition Review/*Samantha Mobley* (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Private Antitrust Litigation 2008*, London 2008.

Global Competition Review/*William Rowley*/*Martin Low*/McMillan Binch Mendelsohn (Contributing Editor), *Getting the Deal through: Cartel Regulation 2008*, London 2008.

Erich Göhler (Hrsg.), *Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar*, 14. Auflage, München 2006

Christian Göertz, *Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Berlin 2007.

Lino Graglia, *Economic Rights*, in: Bernard Schwartz (ed.), *The Burger Court: Counter-Revolution or Confirmation?*, Oxford 1998, 147 ff.

Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Bd. 2, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.

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*, Aldershot u.a.O. 1989, 38 ff.

Yvo Hangartner, *Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003*, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), *Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen*, Zürich 2004, 267 ff.

Friedrich A. von Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in: ders., *Freiburger Studien*, Tübingen 1969.

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

Peter Hettich, *Wirksamer Wettbewerb: Theoretisches Konzept und Praxis*, Diss. St.Gallen, Bern 2003.

Günther Hirsch/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker (eds.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, 1st edition, London 2008.

Günther Hirsch, Die Rolle der nationalen Richter im Kartellrecht aus der Sicht eines nationalen Richters, in: Carl Baudenbacher (ed.): Current Developments in European and International Competition Law - 14th St. Gallen ICF 2007, Basel 2008, 279 ff.

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

Franz Hoffet, Die schweizerische Kartellgesetzrevision von 2003 – ein zweiter Paradigmenwechsel, in: Ingo Brinker/Dieter H. Scheuing/Kurt Stockmann (Hrsg.), Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, München 2006, 191 ff.

Erich Hoppmann/Ernst-Joachim Mestmäcker, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974.

Samuel Howald, Preisempfehlungen in der Vertikalbekanntmachung vom 02.07.2007 im Vergleich zur Regelung in der EU, Masterarbeit vom 30. Mai 2008 an der Universität Bern.

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.

Laurence Idot, Private Enforcement of Competition Law – Recommendations flowing from the French Experience, in: Jürgen Basedow (ed.), Private Enforcement of EC Competition Law, The Netherlands 2007, 94 ff.

Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1/Teil 1: EG, 4. Auflage, München 2007.

Sir Francis G. Jacobs, The Role of national judges in competition law- a European perspective, in: Carl Baudenbacher (ed.), Current Developments in European and International Competition Law - 14th St.Gallen ICF 2007, Basel 2007, 291 ff.

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, 117 ff.

Wolfgang Joecks/Klaus Miebach u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, München 2006.

Wolfgang Joecks/Klaus Miebach u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, München 2003.

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.

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

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 (eds.), Economic Law and Justice in Times of Globalization, FS Baudenbacher, Baden-Baden/Wien/Bern 2007, 419 ff.

Clifford A. Jones, Private Competition Law Enforcement in Europe: A Growth Market, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Elfte St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004, Basel/Bern/Genf 2005, 369 ff.

Otto Kahn-Freund, On Uses and Misuses of Comparative Law, 37 Mod. L. Rev. (1974), 1 ff.

Erhard Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967.

Christian Kaufmann, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Diss. Zürich, Zürich 2004.

Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Leipzig 1960.

Israel M. Kirzner, Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach, 35 Journal of Economic Literature (1997), 60 ff.

Blaise Knapp (Hrsg.), Lehrgang zum Verwaltungsrecht, Basel 1994.

Patrick Krauskopf/Olivier Schaller/Simon Bangerter, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005.

Patrick Krauskopf/Oliver Riesen, Selektive Vertriebsverträge, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellrecht in der Praxis, Zürich 2006, 81 ff.

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

Christoph Lang, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000.

John Temple Lang, Practical Experience of National Common Law Courts in Competition Cases, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 11. St.Galler IKF 2004, Basel/Genf/München 2005, 137 ff.

Eugen Langen/Hermann-Josef Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 10. Auflage, München 2006

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.

Jeremy Lever/John Pike, Cartel Agreements, Criminal Conspiracy and the Statutory „Cartel Offence“ - Part 2, ECLR 2005, 164 ff.

Peter Lewisch, Enforcement of antitrust law: the way from criminal individual punishment to semi-penal sanctions in Austria in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 290 ff.

Arthur L. Liman, The Paper Label Sentences: Critique 86 The Yale Journal (1977), 619 ff.

Ulrich Loewenheim/Karl Meessen/Alexander Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1, Europäisches Recht, München 2005.

Philip Lowe, Preventing and Sanctioning Anticompetitive Conduct: Effective Use of Administrative and Criminal Sanctions, Leniency Programmes and Private Action in the EU, in: Barry Hawk (ed.), International Antitrust Law & Policy, Huntington, New York 2007, 87 ff.

Patrick Massey, Criminalization and leniency: will the combination favourably affect cartel stability? in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 176 ff.

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

Christian Mayer, Zwischen Innovation und Preisvorteil: Die Beschränkung des Parallelhandels mit Arzneimitteln ist nicht zwingend unzulässig, oder etwa doch?, ELR 1/2007, 12 ff.

Christian J. Meier, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, 2 Bände, Diss. Bern 1979, Diessenhofen 1979.

Hans Merz, Schweizerisches Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, Basel 1984.

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.

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

Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2004.

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

Ludwig von Mises, Artikel Markt, in: Erwin v. Beckerath, Walter Adolf Jöhr et al. (Hrsg.), Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 7, 1961, 131 ff.

Wernhard Möschel, Erweiterter Privatrechtsschutz im Kartellrecht?, WuE 2006, 115.

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, *Europarättslig tidskrift*, Årg. 9 Nr. 3 (2006), 445 ff.

Sven Norberg, Making Private Enforcement Work, in: Carl Baudenbacher, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht - 13. St. Galler IKF 2006*, Basel 2007, 283 ff.

Niklaus Oberholzer, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 2. Auflage, Bern 2005.

Karl Oftinger/Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 1995.

Thomas R. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theory and Empirical Evidence*, Washington, D.C. 1983.

Emil Paulis, Vertical Restraints Revisited: Where Are We After 7 Years?, in: Carl Baudenbacher (ed.), *Current Developments in European and International Competition Law: 14th St.Gallen International Competition Law Forum ICF 2007*, Basel 2008, 315 ff.

Emil Paulis, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law, in: Jürgen Basedow (ed.): *Private Enforcement of EC Competition Law*, The Netherlands 2007, 12 f.

Melissa Pientka, Antitrust Violations, 41 *Am. Crim. L. Rev.* (2004), 267 ff.

A. Mitchell Polinsky/Steven Shavell, Should Employees Be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability?, 13 *International Review of Law and Economics* (1993), 239 ff.

Ludwig Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summum ius summa iniuria*, 1963, 145 ff.

Jörg Rehberg (Hrsg.), *StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Zürich 1999.

Andreas P. Reindl, How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases? in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cornwall 2006, 110 ff.

Barry J. Rodger, The Competition Act and The Enterprise Act Reforms: Sanctions and Deterrence in UK Competition Law, in: Gerhard Dannecker/Oswald Jansen (eds.), Competition Law Sanctioning in the European Union, The Hague/London/New York 2004, S. 101 ff.

Barry J. Rodger, Competition Policy, Liberalism and Globalization: A European Perspective, 6 Columbia Journal of European Law (2000), 289 ff.

Markus Ruffner, Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht. Möglichkeiten und Grenzen einer markt- und institutionentheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Diss., Zürich 1990.

Walter R. Schluep, Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Riccardo L. Jagmetti/Walter R. Schluep (Hrsg.), Festschrift für Walther Hug zum 70. Geburtstag, Bern 1968, 25 ff.

Walter R. Schluep, Der Alleinvertriebsvertrag - Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966.

Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine interdisziplinäre Einführung, 8 Auflage, Stuttgart 2005.

Adolf Schönke/Horst Schröder (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Auflage, München 2006.

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, 189 ff.

Martin Schubarth, Submissionsbetrug: Zu einem Urteil des deutschen BGH, in Baurecht (1993), H. 2, 56 ff.

Marc Schütt, Individualrechtsschutz nach der GWB-Novelle, WuW 2004, 1124 ff.

Renate Schwob, Verwaltungsstrafrecht des Bundes V, SJK 1290 1985, 1ff.

Lothar Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Auflage, München 2006.

Giancarlo Spagnolo, Criminalization of cartels and their internal organization, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (Hrsg.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 133 ff.

Philippe Spitz, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes, SZW 2005, 113 ff.

Ernst Steindorff, Politik des Gesetzes als Auslegungsmassstab im Wirtschaftsrecht, in: Gotthard Paulus/Uwe Diederichsen/Claus Wilhelm Canaris (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, 217 ff.

Hubert Stöckli, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung: ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Freiburg 1999.

Walter Stoffel, Swiss Competition Law: Where from and where to?, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (eds.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf/Zürich/Basel 2008, 677 ff.

Walter Stoffel, Die schweizerische Wettbewerbspolitik im internationalen Kontext, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, 1 ff.

Walter Stoffel, Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Roger Zäch, (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 87 ff.

Christoph Tagmann, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Absatz 1 Kartellgesetz, Zürich 2007.

Pierre Tercier/Christian Bovet (eds.), Droit de la concurrence, Commentaire, Genf/Basel/München 2002.

Klaus A. Vallender/Peter Hettich/Jens Lehne, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Auflage, Bern 2006.

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, No. 2 (2005), 3 ff.

Astrid Waser, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002.

Alan Watson, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, Second Edition, Edinburgh 1974.

Nonthinka Wehmhörner, Optimal pecuniary sanctions and the US sentencing and EU fining guidelines, in: Katalin J. Cseres/Maarten-Pieter Schinkel/Floris O. W. Vogelaar (eds.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, Cornwall 2006, 217 ff.

Wouter P. J. Wils, Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer?, in: Claus-Dieter Ehlermann/Isabela Atanasiu (eds.), European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibitions of Cartels, Oxford 2007, 267 ff.

Wouter P. J. Wils, The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Hague/London/New York 2002.

Michael Owen Wise, The System of Sanctions and Enforcement Co-operation in US Antitrust Law, in: Gerhard Dannecker/Oswald Jansen (eds.), Competition Law Sanctioning in the European Union, The Hague/London/New York 2004, 195 ff.

Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005.

Daniel Zimmerli, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, Bern 2007.

Manfred Zuleeg, Criminal Sanctions to Be Imposed on Individuals As Enforcement Instruments, in: Claus Dieter Ehlermann/Isabela Atanasiu (eds.), European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, Oxford 2003, 453 ff.

Philipp Zurkinden/Hans Rudolf Trüeb, Das neue Kartellgesetz: Handkommentar, Zürich 2004.

2. Berichte

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

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

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2008/7

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2008/6

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2008/1

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2007/4

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2007/2

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2007/1

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2006/4

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2006/1

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2005/1

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2002/4

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2002/3

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2000/2

United Nations Conference on Trade and Development, Model Law on Competition, 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.

Wettbewerbskommission WEKO, Jahresbericht 2007

Wettbewerbskommission WEKO, Jahresbericht 2006

Wettbewerbskommission WEKO, Jahresbericht 2005

3. Internetquellen

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.

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.

Ashurst, Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules, prepared by Denis Waelbrock/Donald Slater/Gil Even-Shosan, Brussels; 2004, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, zuletzt besucht am 26. Juni 2008.

Bundeskartellamt (Hrsg.), Private Kartellrechtsdurchsetzung; Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005; http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf, zuletzt besucht am 28. Juli 2008.

Department of Justice, Antitrust Enforcement and the Consumer; http://www.usdoj.gov/atr/public/div_stats/211491.htm, zuletzt besucht am 28. Juni 2008.

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.

Hammonds LLP, Response to OFT informal consultation – Private actions in competition law: effective redress for consumers and business;
http://www.of.gov.uk/sharEd_of/consultations/Private-responses/Hammonds.pdf, zuletzt besucht am 25. Juli 2008.

OECD Roundtables 2007: Competitive Restrictions on Legal Professions;
http://www.oecd.org/document/38/0,3343,en_2649_34753_2474918_1_1_1_1,00.html, zuletzt besucht am 25. 7. 2008.

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.

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.

Dirk Wiemer, Keine Klagen? Private Enforcement im Kartellverfahren;
<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.

4. Vorträge

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.

Jürgen Basedow, Referat an der Internationalen Kartellkonferenz in München vom 26./27. März 2007.

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.

Carl Baudenbacher, Was ist vom guten alten Modell der Wettbewerbspolitik übriggeblieben?, Vortrag anlässlich des XXXIX. FIW-Symposiums, Innsbruck, 1. März 2006.

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

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

Scott Hammond, Recent Developments, Trends, and Milestones In The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, Vortrag im Rahmen des 56. Annual Spring Meeting (26. März 2008), abrufbar unter <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/232716.htm>, zuletzt besucht am 3. Juli 2008.

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

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.

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.

Claes Norgren, Criminal Enforcement of Antitrust Law, Rede des Generaldirektors
der Schwedischen Wettbewerbsbehörde 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.

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.

Walter Stoffel, Vertikalabsprachen und Marktabstottung: 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=d](http://www.weko.admin.ch/publikationen/00276/VertBek_Redetxt_3.pdf?lang=de)
e, zuletzt besucht am 20. Juli 2008.

In der Reihe „Strukturberichterstattung“ des Staatssekretariats für Wirtschaft sind seit 2000 erschienen:

1	Arvanitis, S. u.a. (2000) Die preisliche Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Wirtschaftszweige	22.-
2	Arvanitis, S. u.a. (2001) Untersuchung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Wirtschaftszweige anhand einer „Constant Market Shares“-Analyse der Exportanteile	18.-
3	Raffelhüschchen, B. u.a. (2001) Zur Nachhaltigkeit der schweizerischen Fiskal- und Sozialpolitik: Eine Generationenbilanz (ohne Software GAP)	21.-
4	Arvanitis, S. u.a. (2001) Unternehmensgründungen in der schweizerischen Wirtschaft	26.-
5	Arvanitis, S. u.a. (2001) Innovationsaktivitäten in der Schweizer Wirtschaft. Eine Analyse der Ergebnisse der Innovationserhebung 1999	34.-
6	Crivelli, L. u.a. (2001) Efficienza nel settore delle case per anziani svizzere	26.-
7	Hollenstein, H. (2001) Die Wirtschaftsbeziehungen zwischen der Schweiz und Osteuropa	23.-
8	Henneberger, F. u.a. (2001) Internationalisierung der Produktion und sektoraler Strukturwandel: Folgen für den Arbeitsmarkt	21.-
9	Arvanitis, S. u.a. (2002) Finanzierung von Innovationsaktivitäten. Eine empirische Analyse anhand von Unternehmensdaten	22.-
10	Arvanitis, S. u.a. (2002) Qualitätsbezogene und technologische Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Industriezweige. Beurteilung auf Grund der Export- bzw. Importmittelwerte und der Hochtechnologieexporte	18.-
11	Ott, W. u.a. (2002) Globalisierung und Arbeitsmarkt: Chancen und Risiken für die Schweiz	28.-
12	Müller, A. u.a. (2002) Globalisierung und die Ursachen der Umverteilung in der Schweiz. Analyse der strukturellen und sozialen Umverteilungen in den 90-er Jahren mit einem Mehrländer-Gewichtsmodell	24.-
13	Kellermann, K. (2002) Eine Analyse des Zusammenhangs zwischen fortschreitender Globalisierung und der Besteuerung mobiler Faktoren nach dem Äquivalenzprinzip	18.-
14	Infras (2002) Globalisierung, neue Technologien und struktureller Wandel in der Schweiz	28.-
15	Fluckiger, Y. u.a. (2002) Inégalité des revenus et ouverture au commerce extérieur	20.-
16	Bodmer, F. (2002) Globalisierung und Steuersystem in der Schweiz	22.-
17	Arvanitis, S. u.a. (2003) Die Schweiz auf dem Weg zu einer wissensbasierten Ökonomie: eine Bestandesaufnahme	28.-
18	Koch, Ph. (2003) Regulierungsdichte: Entwicklung und Messung	23.-
19	Iten, R. u.a. (2003) Hohe Preise in der Schweiz: Ursachen und Wirkungen	36.-
20	Kuster, J. u.a. (2003) Tourismusdestination Schweiz: Preis- und Kostenunterschiede zwischen der Schweiz und EU	23.-
21	Eichler, M. u.a. (2003) Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU. Eine empirische Untersuchung zum Ausmass, zu Erklärungsansätzen und zu volkswirtschaftlichen Konsequenzen	34.-
22	Vaterlaus, St. u.a. (2003) Liberalisierung und Performance in Netzsektoren. Vergleich der Liberalisierungsart von einzelnen Netzsektoren und deren Preis-Leistungs-Entwicklung in ausgewählten Ländern	37.-
23	Arvanitis, S. u.a. (2003) Einfluss von Marktmobilität und Marktstruktur auf die Gewinnmargen von Unternehmen – Eine Analyse auf Branchenebene	23.-
24	Arvanitis, S. u.a. (2004) Innovationsaktivitäten in der Schweizer Wirtschaft – Eine Analyse der Ergebnisse der Innovationserhebung 2002	28.-
25	Borgmann, Ch. u.a. (2004) Zur Entwicklung der Nachhaltigkeit der schweizerischen Fiskal- und Sozialpolitik: Generationenbilanzen 1995-2001	20.-
26D	de Chambrier, A. (2004) Die Verwirklichung des Binnenmarktes bei reglementierten Berufen: Grundlagenbericht zur Revision des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt	19.-
26F	de Chambrier, A. (2004) Les professions réglementées et la construction du marché intérieur: rapport préparatoire à la révision de la loi sur le marché intérieur	19.-
27	Eichler, M. u.a. (2005) Strukturbrüche in der Schweiz: Erkennen und Vorhersehen	23.-
28	Vaterlaus, St. u.a. (2005) Staatliche sowie private Regeln und Strukturwandel	32.-
29	Müller, A. u.a. (2005) Strukturwandel – Ursachen, Wirkungen und Entwicklungen	24.-
30	von Stokar Th. u.a. (2005) Strukturwandel in den Regionen erfolgreich bewältigen	22.-

31	Kellermann, K. (2005) Wirksamkeit und Effizienz von steuer- und industriepolitischen Instrumenten zur regionalen Strukturanpassung	22.-
32	Arvanitis, S. u.a. (2005) Forschungs- und Technologiestandort Schweiz: Stärken-/Schwächenprofil im internationalen Vergleich	25.-
33E	Copenhagen Economics, Ecoplan, CPB (2005) Services liberalization in Switzerland	31.-
34	Arvanitis, S. u.a. (2007) Innovationsaktivitäten in der Schweizer Wirtschaft - Eine Analyse der Ergebnisse der Innovationsserhebung 2005	34.-
35/1	Brunetti, A., und S. Michal (eds.) - 2007 - Services Liberalization in Europe: Case Studies (vol. 1)	37.-
35/2	Brunetti, A., und S. Michal (eds.) - 2007 - Services Liberalization in Europe: Case Studies (vol. 2)	26.-
36/1	Balastèr, P., et C. Moser (éd.) - 2008 - Sur la voie du bilatéralisme: enjeux et conséquences (vol.1)	38.-
36/2	Balastèr, P., et C. Moser (éd.) - 2008 - Sur la voie du bilatéralisme: enjeux et conséquences (vol. 2)	41.-
37	Kellermann, K. (2007) Die öffentlichen Ausgaben der Kantone und ihrer Gemeinden im Quervergleich	25.-
38	Ecoplan (2008) Benchmarking: Beispiel öffentlicher Regionalverkehr	15.-
39	Filippini, M. & M. Farsi (2008) Cost efficiency and scope economies in multi-output utilities in Switzerland	18.-
40	Kuster, J., und H.R. Meier (2008) Sammlung von Altpapier durch die Gemeinden - statistische Benchmarking-Methoden im Test	12.-
41	Frick, A. (2008) Benchmarking öffentlicher Leistungen anhand des Fallbeispiels "Berufsbildung": Vergleich der kantonalen Ausgaben für die Berufsbildung	14.-
42	Schoenenberger, A. u.a. (2008) Efficacité de la production de bois des entreprises forestières suisses	<i>offen</i>
43	Arvanitis, S. u.a. (2008) Innovation und Marktdynamik als Determinanten des Strukturwandels	14.-
44/1	Worm, H. u.a. (2009) Evaluation Kartellgesetz: Volkswirtschaftliche Outcome-Analyse	28.-
44/2	Hüschelrath, K. u.a. (2009) Evaluation Kartellgesetz: Fallstudien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes	36.-
44/3	Baudenbacher, C. (2009) Evaluation Kartellgesetz: Institutionelles Setting Vertikale Abreden Sanktionierung von Einzelpersonen Zivilrechtliche Verfahren - with an English summary	36.-

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik

Effingerstrasse 31, 3003 Bern
Vertrieb: Tel. +41 (0)31 324 08 60, Fax +41 (0)31 323 50 01, 03.2009 100
www.seco.admin.ch, wp-sekretariat@seco.admin.ch
ISBN 3-907846-77-X