

Elftes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum IKF vom 15. / 16. April 2004

FRANZISKA PIETZSCH* / MARION VIOL**

Das Elfte St. Galler Internationale Kartellrechtsforum IKF unter Leitung von Prof. Dr. Carl Baudenbacher, Präsident des EFTA-Gerichtshofs, fand Mitte April und damit zwischen zwei historischen Ereignissen statt, nämlich vor dem 1. Mai 2004, dem Inkrafttreten des modernisierten Europäischen Wettbewerbsrechts, und nach dem 1. April 2004 als «Startschuss» für das reformierte schweizerische Kartellgesetz.

In seinem Eröffnungsreferat zur Modernisierung des EU-Kartellrechts betonte Dr. Sven Norberg, Direktor in der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission, die Wichtigkeit der Einführung des ECN (European Competition Network) nach der VO 1/2003, und zwar nicht nur in Bezug auf die Osterweiterung der EU, sondern auch auf die zukünftige enge Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten. Die einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln ist und bleibt aus Sicht der Kommission von ausserordentlicher Wichtigkeit. Deshalb gilt es sicherzustellen, dass die Reform nicht zu einer «Re-Nationalisierung» der Umsetzung des Wettbewerbsrechts führt. Entsprechend soll die Kommission den nationalen Gerichten bei der direkten Anwendung der Art. 81 und 82 EG als *amicus curiae* zur Seite stehen.

Mit der spiegelbildlichen Rolle der nationalen Richter bei der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln des Vertrages setzte sich anschliessend Prof. Dr. Joachim Bornkamm, Richter am Bundesgerichtshof, auseinander. Er stellte sich die Frage, wie die GruppenfreistellungsVOen in das neue System der Legalausnahme passen würden und kam zu dem Ergebnis, dass diese nicht bloss den Zweck einer Auslegungshilfe für Art. 81 Abs. 3 EG für nationale Richter erfüllen werden, sondern vielmehr als materielle Gesetze angesehen werden müssen, welche es durch die nationalen Richter zu beachten gilt. Ferner behandelte er die Problematik der Bindung des nationalen Richters an Kommissionsentscheide. Er ging insbesondere auf Art. 16 der VO 1/2003 ein und hielt fest, dass die Kommission im Rahmen von Art. 10 der VO 1/2003 stets nur eine Entscheidung im Einzelfall treffen kann. Ob letztere rein deklaratorische Wirkung entfaltet oder bindend ist, kann auf Grund der Gesetzesmaterialien nicht abschliessend beantwortet werden, sodass Bornkamm vorschlägt, die Frage mit Blick auf den verfassungsmässig gewährleisteten Rechtsschutz zu beantworten.

Dr. Josef Azizi, Richter am Gericht Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG), sprach über die neuesten Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuG. Eröffnend besprach er einige Urteile, die von überragender Tragweite für das Wettbewerbsrecht sind. Er ging insbesondere auf den Begriff des Unternehmens (Fall Fenin), die Problematik der Verjährung zur Festsetzung von Bussen (Fall CMA CGM) und die (Un-)Angemessenheit der Verfahrensdauer von Kartellverfahren (Fall FEG und TU) ein. Abschliessend besprach er das Volkswagen-Urteil (vom 3. Dezember 2003) in Bezug auf den Begriff «Vereinbarung» im Rahmen selektiver Vertriebssysteme, wo das EuG festhielt, dass die stillschweigende oder ausdrückliche Annahme des Händlers zum Verhalten des Herstellers nachgewiesen werden muss, ansonsten sei keine Willensübereinstimmung zustande gekommen. Das Urteil rief nach Beendigung des Vortrags eine lebhaftige Diskussion unter den Teilnehmern hervor.

Zu Beginn seines Referates fasste Prof. Dr. Walter A. Stoffel, Präsident der schweizerischen Wettbewerbskommission, die wichtigsten Änderungen im schweizerischen Kartellrecht zusammen, insbesondere also die Einführung direkter Sanktionen, die Bonusregelung sowie die Aufnahme eines gesetzlichen Vermutungstatbestandes bezüglich Vertikalabreden (Art. 5 Abs. 4 KG). Im zweiten Teil seines Vortrags referierte er über die neuesten Entwicklungen in der Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission. Bei den angesprochenen Fällen handelte es sich hauptsächlich um die Bekämpfung des Missbrauchs marktbeherrschender Unternehmen in den Bereichen Telekommunikation, Detailhandel und Elektrizität sowie die wettbewerbsrechtliche Analyse von Vertikalabreden. Nach Ansicht Stoffels wird das neue Kartellgesetz gerade den Problemen im letztgenannten Bereich besser gerecht.

Die erste Panel-Diskussion der Tagung über «Private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht» eröffnete Prof. Clifford A. Jones, J.D., Ph.D., von der University Florida als Moderator mit einem kurzen historischen Überblick über die Entwicklung des «private enforcement» in Amerika und deren Auswirkungen auf Europa. Er sprach im Folgenden über die erlebten Vorteile von Entschädigungszahlungen, Sammelklagen und Erfolgshonoraren und stellte diese den spezifisch europäischen Interessen gegenüber. Dr. John Temple Lang, ehemaliger Direktor in der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission und Counsel für Cleary Gottlieb Steen Hamilton, zeigte anhand von Entscheidungen auf, wie nah sich die common-law-Länder England und Irland am europäischen Kartellrecht orientierten und forderte mehr Harmonisierung und Klarstellung auf nationaler Ebene bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegen private Unternehmen. Eric Morgan de Rivery, Partner im Pariser und Brüsseler Büro von Jones Day, sah bei der privaten Rechtsdurchsetzung im europäischen Kartellrecht nicht nur prozessuale Hindernisse, etwa bei der Schadensberechnung. Seiner Ansicht nach stellten auch Verzögerungen, Nichtbegreifen, Abweichungen und Uneinheitlichkeit Hindernisse dar, die nur durch Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und durch eine spezielle Ausbildung der nationalen Juristen überwunden werden können. Die Unsicherheit bei privaten Unternehmen wird nach Meinung von Dr. Marc Blessing, Partner bei Bär & Karrer in Zürich, durch das neue System verstärkt. Darüber hinaus ist seiner Ansicht nach keinerlei Erleichterung für private Unternehmen im neuen Art. 9 der VO 1/2003 bezüglich der Verpflichtungszusagen zu sehen. Entsprechend ist es nicht abwegig anzunehmen, dass Unternehmen vermehrt Schiedsgerichtsklauseln in ihre Vertragswerke aufnehmen, um eine Auseinandersetzung vor einem nationalen Gericht zu vermeiden. Nach den einzelnen Statements auf dem Panel wurde im Anschluss insbesondere über die gewollte bzw. nichtgewollte Übernahme von kartellrechtlichen Leitlinien aus dem amerikanischen Recht diskutiert.

Den ersten Tag des Forums beendete Dr. Frank Montag, Partner und Global Practice Leader der Praxisgruppe Antitrust, Competition and Trade bei Freshfields Bruckhaus Deringer, mit einer Antwort auf die Frage, ob es eine Entwicklung im Rahmen der Fusionskontrolle und des Art. 82 EG auf Grund der VO 1/2003 weg von der reinen Marktbeherrschung und hin zu einem SIEC-Test gibt. In Bezug auf die Fusionskontrolle beleuchtete er den Aspekt der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen mit Blick auf einen «more economic approach» an. Letztlich kam er zum Ergebnis, dass trotz SIEC-Test die allermeisten Einzelkriterien bei der Fusionskontrolle identisch mit den im Rahmen der Marktbeherrschung typischerweise geprüften Kriterien bleiben werden, und der in Art. 82 EG weiterhin zentrale Begriff der Marktbeherrschung ausreichend flexibel für eine ökonomieorientierte Anwendung ist.

Der zweite Tag der Tagung begann einmal mehr höchstrangig. Prof. Mario Monti, Mitglied der Europäischen Kommission, betonte in seinem Vortrag über internationale Aspekte der Wettbewerbspolitik zunächst die positiven Impulse, die vom International Competition Network (ICN) ausgehen. In seinem Referat ging er insbesondere auf die Osterweiterung der EU ein, die eine Herausforderung an das gesetzliche Verfahren und die Organisation stellt. Ausserdem sprach Monti über das «positive comity»-Abkommen zwischen der EG und Japan, das im Sommer 2003 in Kraft getreten ist. Neben der USA und Kanada ist Japan das dritte Land, mit welchem die EG eine derartige Kooperation institutionalisiert hat. Der Erfolg solcher Abkommen wird seiner Meinung nach bestens durch den Fall Microsoft veranschaulicht. Es war keine Überraschung, dass David Lawsky diesem Fall in seinem Bericht aus St. Gallen für Reuters breiten Raum gab. In Zukunft will die Europäische Kommission Monti zufolge die bilaterale Zusammenarbeit zu anderen Ländern ausbauen, z.B. gibt es bereits Gespräche mit China, um ein Zeichen für eine world-wide competition community zu setzen.

Dr. Ulf Böge, Präsident des deutschen Bundeskartellamtes, beleuchtete als Einleitung zur zweiten Paneldiskussion über «Untersuchungen und Sanktionen» vier Aspekte: Fallverteilung im Netzwerk (ECN), die Kooperation zwischen den involvierten Behörden, Schutz durch «Leniency-Programme» sowie Entscheidungen und Sanktionen der nationalen Wettbewerbsbehörden. Daraufhin schilderte Prof. DDr. Walter Barfuss, Generaldirektor der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde, die Möglichkeiten der Wettbewerbsbehörden im österreichischen Recht, besonders bei der Sachverhaltsforschung und Durchführung von Sanktionen. Er betonte, dass es in der Praxis meist bei Androhung der Sanktionen bleibt, woran die vielbeschworene österreichische Mentalität nicht ganz unschuldig zu sein scheint. Jean Mischo, ehemaliger Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, wies in seinem Beitrag auf die Probleme hinsichtlich der Schutzmassnahmen von Privaten bei ungerechtfertigten Untersuchungen der Kommission hin. Daraufhin ging er auf die Frage ein, ob die EMRK genug Beachtung bei der Ausdehnung der Untersuchungsmöglichkeiten der Kommission findet. Zu guter Letzt brachte Dr. Franz Hoffet, Partner und Leiter des Praxisteam's Wettbewerbsrecht

bei Homburger in Zürich die Untersuchungsmöglichkeiten nach neuem Schweizer Kartellrecht in die Diskussionsrunde ein, wobei die Wahrung des Anwaltsgeheimnisses und dessen Verwirklichung in diesem Zusammenhang bei der anschliessenden Diskussion weitere Problempunkte ans Licht brachte.

Prof. Lars-Hendrik Röller, Ph.D., der neue Chefökonom der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission, referierte erstmals in St. Gallen über die Rolle der ökonomischen Analyse in der Europäischen Wettbewerbspolitik und ging dabei insbesondere auf die Bestimmung der Marktbeherrschung mit Hilfe des Hirschman-Herfindahl-Indexes und der Berechnung der Marktanteile in der Fusionskontrolle ein. Er erwähnte die Berücksichtigung der Effizienzgewinne, vernachlässigte die Schwierigkeit ihrer Feststellung nicht, begrüßte aber in diesem Zusammenhang die «more economic approach»-Entwicklung.

Das Forum wurde mit einer dritten Diskussionsrunde über die «Kernelemente der Schweizer Kartellrechtsrevision im Lichte des EG-Rechts» beendet. Moderator und Botschafter Dr. Marino Baldi, Mitglied der Wettbewerbskommission und Rechtsberater der EFTA, gab einen Überblick über die Schwierigkeiten beim Gesetzgebungsverfahren zum neuen Kartellrecht, wobei er die Abweichungen zwischen den Vorstellungen vom Bundesrat und der Umsetzung im Parlament problematisierte. Das erste in detail diskutierte Thema war die Unzulässigkeitsvermutung bei Vertikalabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG. Rolf Dähler, Direktor des Sekretariats der Wettbewerbskommission, schilderte diesbezüglich den entstehungsgeschichtlichen Hintergrund des Artikels und Dr. Jürg Borer, Partner bei Pestalozzi Lachenal Patry, erläuterte die Zielsetzung dieser Vorschrift, namentlich die Verhinderung des Abschottungsbestrebens gegenüber der Schweiz. Er machte darauf aufmerksam, dass die Vermutungsregel als eingebaute Schlaufe durchaus zu einer Verschärfung des Schweizer Rechts gegenüber dem Europäischen Recht führen kann. Prof. Dr. Dr. h.c. HSG Helmut Schröter, Direktor und Anhörungsbeauftragter in der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission a.D., beurteilte das neue schweizerische Gesetz aus dem europäischen Blickfeld und meinte, dass die Schweiz mit einer europarechtskonformen Auslegung des Art. 5 Abs. 4 KG oder bilateralen Vereinbarungen die Marktabschottung seitens der Nachbarländer verhindern kann. Im zweiten Diskussionspunkt wurde die Konkretisierung des Marktbeherrschungsbegriffs in Art. 4 Abs. 2 KG behandelt, bei dem Dähler gewisse Fragezeichen sah, die nur in der zukünftigen Rechtsprechung zu lösen sind. Borer bezeichnete diese Konkretisierung sogar als Mogelpackung, mit der man Strukturschutz betreiben wolle. Schröter sah in dem eingefügten Zusatz eher eine Rechtsänderung, die nach dem Vorbild anderer europäischer Staaten vorgenommen worden ist.

Das St. Galler Kartellrechtsforum wurde in der diesjährigen Ausgabe von über 180 Personen aus 12 Ländern besucht. Die herausragende Qualität der Referenten und die überdurchschnittliche Diskussionsbereitschaft der Teilnehmer trugen einmal mehr zu einem regen Informationsaustausch bei, wie er für die wettbewerbsrechtliche Debatte in Europa und der Schweiz unerlässlich ist. Die Referate werden in Kürze in einem Sammelband in dem zur Beck-Gruppe gehörenden Verlag Helbing und Lichtenhahn erscheinen.

Informationen zu den St. Galler Rechtsforen sind beim Institut für Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen HSG1 erhältlich und unter www.sgikf.com bzw. www.sgiif.com abrufbar.

1 Institut für Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht
Dufourstrasse 59, CH-9000 St. Gallen
Tel: +41/71/2242616,
Fax: +41/71/2242611
E-Mail: Europarecht@unisg.ch

* Ref. iur., Konstanz.

** Ass. Iur., St. Gallen.