

Swiss Commercial Law Series

Marc Blessing

**EG / U.S. Kartellrecht
in internationalen Schiedsverfahren –
77 Aktuelle Fragen aus der Praxis**

Helbing & Lichtenhahn

Swiss Commercial Law Series
edited by Nedim Peter Vogt

Volume 13

**EG / U.S. Kartellrecht
in internationalen Schiedsverfahren –
77 Aktuelle Fragen aus der Praxis**

Marc Blessing

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Blessing, Marc:

EG / U.S. Kartellrecht in internationalen Schiedsverfahren -
77 aktuelle Fragen aus der Praxis / by Marc Blessing.
[Hrsg.: Nedim Peter Vogt]. – Basel ; Genf; Frankfurt am
Main : Helbing und Lichtenhahn, 2002

(Swiss Commercial Law Series; Vol. 13)

ISBN 3-7190-2133-5

Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (technisch, elektronisch und/oder digital) zu übertragen, zu nutzen oder ab Datenbank sowie via Netzwerke zu kopieren und zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag.

ISBN 3-7190-2133-5

© 2002 by Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basle, Switzerland

Vorwort des Autors

Es ist nicht selbstverständlich, dass privaten Schiedsrichtern heutzutage gerade die schwierigsten und komplexesten Streitfälle des internationalen Handels zur Beurteilung anvertraut werden.

Es ist nicht selbstverständlich, dass ein eindrücklicher Prozentsatz dieser Streitfälle (beispielsweise zwischen amerikanischen und osteuropäischen oder asiatischen Parteien, oder zwischen skandinavischen und afrikanischen Parteien) durch Schiedsgerichte *mit Sitz in der Schweiz* beurteilt werden, beispielsweise im Bereich des Anlagenbaus, der grossen Infrastrukturprojekte, der *cross-border mergers*, der Privatisierung, der Telekommunikation etc.

Und es ist nicht selbstverständlich, dass selbst Parteien, welche ein Schiedsverfahren in der Schweiz im wesentlichen verloren hatten, weiterhin in ihren Verträgen den Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz vereinbaren, sei es in einem *ad hoc* Schiedsverfahren reglementiert durch das 12. Kapitel des CH-IPRG, allenfalls durch die *UNCITRAL Arbitration Rules*, sei es in einem institutionellen Schiedsverfahren unter der Aegide der ICC, der Zürcher oder der Genfer Handelskammer; sie geben damit zum Ausdruck, dass das Verfahren ihren hohen Erwartungen an die Professionalität der schiedsgerichtlichen Beurteilung entsprochen hat.

In den vergangenen 20 Jahren haben die *Komplexität* der Schiedsverfahren und deren Ansprüche sowohl an die Parteivertreter wie auch an die Schiedsrichter stets zugenommen: Nicht nur, dass die Verträge viel komplexer geworden sind, sondern es sind auch die *rechtlichen Rahmenbedingungen* komplexer und vielschichtiger geworden. Während zwar noch heute zahlreiche internationale Verträge zwischen nicht-schweizerischen Vertragspartnern dem schweizerischen materiellen Recht (als einer Rechtsordnung des beidseitigen Vertrauens) unterstellt werden, sind andererseits die *zwingend anwendungswilligen Eingriffsnormen fremden Rechts* immer häufiger anzutreffen und von Schiedsgerichten zu berücksichtigen. Oder aber es ist auf das Vertragsverhältnis insgesamt ein ausländisches Recht (zum Beispiel das Recht eines Schwellenlandes) anzuwenden.

Verhältnismässig jüngeren Datums ist die *Bedeutung des Schiedsgerichtsplatzes Schweiz bei der Handhabung des europäischen oder amerikanischen Kartellrechts*, wie sie sich anfangs der 1990er Jahre abzeichnen begann. Parteien finden in der Schweiz ein geeignetes Forum und kompetente Schiedsrichter auch zur Beurteilung von so komplexen Fragen wie solche

bezüglich der Kompatibilität unter den vielfältigen Gesichtspunkten der Artikel 81/82 EGV, der Zusammenschlusskontrolle, der Vorschriften bezüglich öffentlicher Unternehmen, des Beihilfenrechts und des Vergaberechts. Sie gelangen in die Schweiz im Fiduz, hier langjährige Erfahrung im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gepaart mit Fachwissen vorzufinden. Und sie kommen mit der Erwartung, hier ein «besseres», effizienteres und unter Umständen viel rascheres Verfahren vorzufinden, als dies vor staatlichen Gerichten möglich wäre, beispielsweise eine *fast track arbitration*, oder ein Schiedsverfahren, welches unter der Aegide des Schiedsgerichtes in ein *negotiated settlement* mündet, oder ein Mediationsverfahren mit einem Zeithorizont von nicht mehr als beispielsweise drei Monaten.

Neu ist insbesondere auch, dass die mehreren Parteien, welche in einem Kartellverfahren vor der Kommission involviert sind/waren, sich während oder aber nach Abschluss des Administrativverfahrens darauf einigen, die (von der Kommission selbstverständlich nicht beurteilte) zivilrechtliche Auseinandersetzung untereinander einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz zu unterbreiten, durch Abschluss einer entsprechenden Schiedsvereinbarung oder einer Mediationsvereinbarung.

Dem Autoren wurden in den letzten ca. 12 Jahren *zahlreiche Schiedsverfahren mit kartellrechtlichen Streitfragen* zur Beurteilung als Vorsitzender von internationalen Schiedsgerichten (oder als Mediator) anvertraut. Die vielfältige Problematik, welche sich in diesen Verfahren gestellt hat, soll hier anhand von *Q & A* skizziert werden. Es sind sehr summarische Antwortskizzen im eigentlichen Sinne, nicht mehr. Einzelne der hier aufgegriffenen Fragen wurden von den Parteien in Rechtsschriften und Rechtsgutachten über zuweilen mehrere tausend Seiten abgehandelt, und waren Gegenstand extensiver *Hearings*. Eine umfassendere Darstellung würde den vorliegenden Rahmen sprengen.

Die nachfolgend publizierte Schrift ist (bis auf wenige Korrekturen) das Manuskript zum Vortrag, welcher der Verfasser anlässlich des *Neunten St. Galler Kartellrechtsforums vom 25./26. April 2002* zu diesem Thema gehalten hat.

Marc Blessing

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkungen

A. Die Schweiz belegt zwei Spitzenplätze	7
B. Heutige Bedeutung des Kartellrechts in der Schiedsgerichtspraxis	9
C. Anforderungen an die Schiedsrichter	9

II. Ausgewählte praktische Fragen

A. Notwendiger Kenntnisstand	11
B. Europäisches und Schweizerisches Kartellrecht: Im Gleichschritt?	14
C. U.S. Antitrust Law sowie <i>Private Antitrust Enforcement</i> in den USA	19
D. Übrige Länder, deren Kartellgesetze für Schiedsverfahren in der Schweiz eine Rolle spielen	29
E. Typologie der kartellrechtlichen Szenarien in der Schiedsgerichtspraxis	30
F. Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Anwendung von EG-Wettbewerbsrecht	35
G. Extraterritoriale Rechtsanwendung durch das Schiedsgericht	36
H. <i>Ex officio</i> Anwendung – oder ein Schiedsverfahren «mit Scheuklappen»?	45
I. Zurechnung des Verhaltens der Tochtergesellschaft bei der Muttergesellschaft: Wird letztere Partei des Verfahrens?	50
J. Interrelation bei Parallelverfahren vor der Kommission und dem EuG/EuGH	55
K. Verfahrensfragen, insbesondere Vorlage von Dokumenten	66
L. Rechtsfolgen unter Art. 81 EGV	75
M. Problematik und Rechtsfolgen unter Art. 82 EGV: Im Clinch zwischen Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht	79
N. Erschöpfungsproblematik und Parallelimport	102

III. Ausblick

A. Zukunftsperspektiven	103
B. Vom Schiedsverfahren zur Mediation	107

IV. Literatur und Materialien

V. Anhang: 12. Kapitel des CH-IPRG (deutsch und englisch)

I. Vorbemerkungen

A. Die Schweiz belegt zwei Spitzenplätze

Unerfreulich: Die Schweiz dürfte mit Abstand an der Weltspitze stehen im Bezahlen von **Kartellbussen** (zumindest in diesem Bereich leisten wir einen grossen Beitrag nach Brüssel und zahlen Tribut nach Washington).

Erfreulich: Die Schweiz belegt ausserdem einen Spitzenplatz im Bereiche der internationalen **Schiedsgerichtsbarkeit**. Es hat dies vielerlei Gründe: Politische Neutralität, kulturelle Neutralität, Tradition im Bereiche der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit seit 50 und mehr Jahren, etablierte und vor allem schiedsgerichtsfreundliche Rechtsordnung, gut funktionierende Gerichte zur Unterstützung der Schiedsgerichtsbarkeit, gute Verbindungen und Infrastruktur und vor allem: ein sehr gutes *Renommé*, erworben durch die Zufriedenheit von Tausenden von Parteien und weltweit tätigen Unternehmen, welche Schiedsgerichtsverfahren in der Schweiz durchgeführt haben und gerne wiederkommen. Diese schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit beruht auf dem **12. Kapitel IPRG** (Art. 176 bis 194), in Kraft getreten per 1. Januar 1989, einer ausserordentlich liberalen Gesetzgebung. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Die schweizerische und internationale Literatur zur Schiedsgerichtsbarkeit ist äusserst umfangreich.¹

Keinen Spitzenplatz, sondern eher im Mittelfeld (aber mit guten Aufstiegschancen) steht die Schweiz auf der «Landkarte» des Kartellrechts. Seit dem mittelalterlichen Zunftwesen ist die Schweiz **ausgesprochen kartellistisch** geprägt. Die mittelalterlichen Zünfte bevorzugten eine friedliche Koexistenz. Unter honorigen Kaufleuten bekämpft oder konkurrenziert man sich nicht. Kartellistische Absprachen gehörten zum guten Ton.

Das schweizerische *Kartellgesetz vor 1985* war höchstens ein lauwarmes Bekenntnis zu einer kompetitiven Marktwirtschaft. Unter dem *1985 revidierten Kartellgesetz* wurde ein lauwarmer Versuch gestartet, die *basics* eines

¹ Zum Einstieg sei verwiesen auf Marc BLESSING, Einleitung zum 12. Kapitel: Grundlegendes zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 1996, S. 1285–1410; ausserdem Marc BLESSING, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, Swiss Commercial Law Series Vol. 10, 1999. Ein umfassendes Literaturverzeichnis findet sich in SMIT/PECHOTA (Parker School), Commercial Arbitration – An International Bibliography (ein Loseblattordner, enthaltend auf ca. 1'000 Seiten eine Auflistung der wichtigsten Publikationen im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, aufgeschlüsselt nach Sachgebieten).

wirksamen Wettbewerbs gesetzlich zu verankern. Ein Lippenbekenntnis verbunden mit viel Augenwischerei. Der Rückstand zum Europäischen Kartellrecht wurde 1995 weitgehend aufgeholt, allerdings mit einer grossen «Zahnlücke» (nämlich der fehlenden Sanktion bei einem erstmaligen Verstoss).² Die *2001 eingeleitete Kartellrechtsreform* verspricht, demnächst einen Gleichschritt zum EG-Wettbewerbsrecht herzustellen. Tatsache ist indessen noch heute, dass 50% oder mehr der Preise für Waren und Konsumgüter in der Schweiz kartellistisch geschützt und somit hochpreisig sind. Die schweizerischen Unternehmen agieren somit einerseits auf einem **biotopisch geschützten Binnenmarkt** und haben andererseits, soweit sie international tätig sind, in einem ganz anderen Umfeld des härteren internationalen Wettbewerbs zu bestehen.

Es hat lange gedauert bis die schweizerischen Unternehmen realisiert haben, dass kartellistische Absprachen und missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen **nicht bloss Kavaliersdelikte** sind, sondern ernst zu nehmende Gesetzesverstösse, sanktioniert durch äusserst empfindliche Bussgelder sowie in einzelnen Staaten (USA, Kanada, England) mit Gefängnisstrafen für die verantwortlichen Organe.³

Das hier skizzierte und bis vor wenigen Jahren bestehende gesplante Verhältnis der Schweiz zum Kartellrecht scheint sich teilweise in der früheren Haltung schweizerischer **Schiedsgerichte** gegenüber dem EG-Kartellrecht niedergeschlagen zu haben. Seit ca. 10 Jahren hat sich dieses Bild jedoch nachhaltig gewandelt, wie die nachstehende Diskussion zeigen wird. Längst ist die Zeit vorbei, in welcher ausländische Parteien ihr Schiedsverfahren in die Schweiz verlagern konnten mit der Spekulation, dadurch dem EG-Wettbewerbsrecht (oder dem amerikanischen Antitrust-Recht) zu entgehen.

² Statt vieler: Carl BAUDENBACHER, Kartellrechtsreform 2001 – Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga 1995 nun die Qualifikation für die Champions' League? In: Festschrift für Franz Jaeger/Jürg Furrer, Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik, 2001, S. 353–372.

³ Hoffmann-La Roche bezahlte für die Absprachen im Vitaminsektor über CHF 3,5 Milliarden. Der Gesamtschaden für das Unternehmen dürfte indessen mehr als doppelt so hoch zu liegen kommen, infolge der Entschädigungszahlungen an die Vertragsparteien (*class-action* in den USA) sowie infolge des gewaltigen Image-Schadens.

B. Heutige Bedeutung des Kartellrechts in der Schiedsgerichtspraxis

In den letzten 10 Jahren hat die Anzahl der Schiedsfälle, welche hauptsächlich oder teilweise kartellrechtliche Fragen aufwerfen, exponentiell zugenommen. Auffallend ist dabei zunächst das bestehende Bedürfnis an Vertraulichkeit des Verfahrens. Nur wenige Verfahren werden bei einer schiedsgerichtlichen Institution (ICC, LCIA, Zürcher Handelskammer, DIS etc.) eingebracht. Weit überwiegend handelt es sich um Verfahren der **ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit** (wobei in vielen Fällen die Parteien sich auf die Anwendung der *UNCITRAL Arbitration Rules* von 1976 einigen).

Aus dem Rückblick auf zahlreiche Verfahren innerhalb der vergangenen zehn Jahre haben sich zahlreiche Fragen ergeben, welche in diesem Beitrag aufgeworfen und skizzenhaft diskutiert sein sollen, wobei ich mich auf die wesentlichsten Grundzüge beschränken werde.

C. Anforderungen an die Schiedsrichter

Die Anforderungen an die **Kompetenz** der Schiedsrichter ist, so scheint mir, in den letzten Jahren sehr *erheblich gestiegen*. Die (noch immer überschaubare) Zahl der weltweit prominenten Schiedsrichter befasst sich typischerweise mit einem breiten Spektrum von Schiedsgerichtsfällen, von Schiedsfällen über grosse Infrastrukturanlagen, Pipelines, Erdöl-Plattformen, Konzessionen sowie Schiedsfälle in allen kommerziellen Belangen bis hin zu komplexen Fällen in der Telekommunikation, im Weltraumrecht, Umweltschutz usw. Daneben sind sie tätig und gefordert im Bereich des Kartellrechts, und es wird von ihnen erwartet, sowohl mit dem amerikanischen Antitrust-Recht, dem Europäischen Wettbewerbsrecht oder auch etwa dem russischen Wettbewerbsrecht vertraut zu sein, daneben das Immaterialgüterrecht zu beherrschen, ganz zu schweigen von so «trivialen» Gebieten wie dem Schweizerischen Obligationen- und Handelsrecht sowie dem Finanzmarktrecht. Und so ganz nebenbei müssen die Schiedsrichter (zumindest der Präsident) über ausgesprochene *case management skills* verfügen, denn meistens geht es insbesondere auch darum, dass ein Schiedsgericht in der Lage ist, ein Verfahren effizient, strukturiert und gleichwohl ohne Auferlegung von Zwangsjacken und unter strikter Beachtung der Gleichbehandlung zu leiten, zu Ende zu führen und in einem (oft sehr komplexen) Schiedsspruch zu beurteilen.

Und auch dieses fachliche Rüstzeug genügt nicht, wenn der Schiedsrichter nicht gelernt hat, ausserdem ein *sehr guter Kommunikator* zu sein, wenn es ihm nicht gelingt, die Verhandlungen proaktiv zu führen, komplexe Zeugen- einvernahmen und Expertenbefragungen zu leiten (Letzteres immer häufiger im Stil von gleichzeitigen Anhörungen mehrerer Zeugen oder Experten in einem kontradiktorischen, allseits offenen, jedoch vom Vorsitzenden klar strukturierten und moderierten Verhandlungsverfahren).

Schliesslich, wer als **Mediator** erfolgreich sein möchte, muss in der Lage sein, noch ganz andere Saiten aufzuziehen, nämlich die Saiten eines «**Disputologen**», eines «*messenger of reality*», mit Durchblick zum Erkennen der essentiellen Schwerkraftlinien eines Falles und Weitblick für die Erkennung der Interessenlagen der Parteien, deren Potential im Markt, deren Alternativen zur Erzielung einer kreativen *win/win*-Lösung.

* * *

Im nachfolgenden II. Teil möchte ich einige sich stellenden Fragen gesondert ansprechen. Ich werde mich mit kurz gefassten und bloss skizzierten Hinweisen begnügen müssen.

II. Ausgewählte praktische Fragen

A. Notwendiger Kenntnisstand

Frage 1: Welches kartellrechtliche Rüstzeug muss ein Schiedsrichter mitbringen? Genügt die Lektüre von Art. 81/82 EGV?

Das Kartellrecht erschliesst sich nicht schon durch die bloße Lektüre einzelner Bestimmungen. Es genügt auch nicht, mit den blossen *Augen des Juristen* den Text zu erfassen. Das Kartellrecht erschliesst sich erst demjenigen, der sich die Mühe nimmt zu forschen, was sich *unter und hinter* dem geschriebenen Text verbirgt.

Was sich verbirgt, ist ein enorm vielschichtiger Unterbau: der Unterbau der **Wirtschaftspolitik und Wettbewerbspolitik**. «Reine» Juristen sind mit diesem Unterbau nicht oder nur wenig vertraut. Zum Verständnis des Kartellrechts ist es jedoch unabdingbar, sich mit dieser hoch interessanten wirtschaftspolitischen und wettbewerbsökonomischen Grundlage eingehend vertraut zu machen. Nur so erschliesst sich ein «dreidimensionales» Verständnis der gesetzlichen Vorschriften, beispielsweise der Blankettnormen eines *Sherman Act*, des *Clayton Act* oder eben der Art. 81/82 EGV und der weiteren «Grundpfeiler» des EG-Kartellrechts⁴ oder der entsprechenden Bestimmungen des Schweizerischen Kartellgesetzes.⁵

Frage 2: Genügt es, sozusagen beim «Stand heute» einzusteigen, oder ist es notwendig, sich mit dem Europäischen Kartellrecht bis zurück zu den Wurzeln vertraut zu machen?

Der Einstieg auf dem «Stand heute» genügt meines Erachtens nicht. Zum Verständnis des Kartellrechts ist es unabdingbar, sich die Mühe zu nehmen, den Werdegang des EG-Kartellrechts (beispielsweise ab 1962, dem «Geburtsjahr» der Kartellverordnung No. 17) aufzuarbeiten. Die essentielle Aufarbeitung besteht insbesondere im Studium der Kommissionsentscheidungen, der Entscheidungen des EuGH sowie seit (1991) der Entscheidungen

⁴ Dazu gehören als weitere Pfeiler die Zusammenschlusskontrolle, die Einbeziehung der öffentlichen Unternehmen, das Beihilfenrecht sowie das öffentliche Beschaffungswesen.

⁵ Die Literatur im Bereich der Wettbewerbspolitik ist äusserst weitläufig, und die Diskussion ist in einem stetigen Fluss. Als hervorragenden Einstieg betrachte ich die Schrift von Markus RUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht*, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Bd. 32, 1990.

des EuG, verbunden mit dem Studium der Verordnungen,⁶ der Richtlinien⁷ der Kommission, der Empfehlungen⁸ und der Bekanntmachungen⁹ und. Dazu gehört insbesondere auch das Studium zur Praxis der Zusammenschlusskontrolle und der Gemeinschaftsunternehmen, somit der ca. 17-jährigen Genese der FKVO, der entsprechenden Entscheidungspraxis und der dazugehörigen Änderungsverordnungen. Dazu gehört weiters das Verständnis des Beihilfenrechts, des öffentlichen Beschaffungswesens sowie die Behandlung der öffentlichen Unternehmungen.

Bei der Aufarbeitung der Entwicklung des EG-Kartellrechts wird auch deutlich, dass sich die Haltung der Kommission sowie des EuGH über die Jahre

⁶ **Verordnungen** (*regulations*) haben allgemeine (generell-abstrakte) Bedeutung, sind verbindlich und gelten in EU Mitgliedstaaten unmittelbar, somit ohne weitere staatliche Massnahme zur Umsetzung ins nationale Recht. Zuständig zum Erlass: der Europäische Rat, jedoch mit Kompetenz zur Delegation an die Kommission.

⁷ **Richtlinien** (*directives*) sind für jeden Mitgliedstaat hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, wobei jedoch die Wahl der Form und der Mittel den innerstaatlichen Stellen überlassen bleibt. Adressaten sind die Staaten. Richtlinien gelten somit *für* die Staaten, aber nicht *in* den Staaten. Sie entfalten, im Unterschied zu Verordnungen, somit keine unmittelbare Wirkung, sondern müssen zuerst umgesetzt werden. Die Umsetzungsfrist wird festgelegt. Weil zur Umsetzung ein mitgliedstaatlicher Akt notwendig ist, sind die nationalen Gerichte und Rechtssubjekte nicht direkt gebunden. Zuständig zum Erlass: Der Europäische Rat oder die Kommission. Gemäss Rechtsprechung werden Richtlinien jedoch unter drei Voraussetzungen *self-executing*: (i) wenn die Umsetzungsfrist abgelaufen ist, (ii) wenn die Bestimmung den Einzelnen gegenüber dem Mitgliedstaat begünstigt, und (iii) wenn der Inhalt der Richtlinien unbedingt, hinreichend genau und deshalb unmittelbar anwendbar ist.

⁸ **Empfehlungen** der Kommission werden (im Unterschied zu Stellungnahmen der Kommission) auf eigene Initiative erlassen und sind (ähnlich wie Richtlinien) nur hinsichtlich des Ziels verbindlich. Empfehlungen können nicht nur an Staaten, sondern auch an Unternehmungen gerichtet sein. Sie sind für die Kommission unverbindlich, haben aber dennoch rechtliche und politische Auswirkungen. Empfehlungen werden insbesondere dann erlassen, wenn nach Ansicht der Kommission (oder eines anderen EG-Organs) keine Notwendigkeit besteht, eine zwingende Regelung zu erlassen. Innerstaatliche Gerichte müssen solche Empfehlungen berücksichtigen, soweit sie Aufschluss über die Auslegung der innerstaatlichen Durchführungsgesetzgebung geben.

⁹ **Bekanntmachungen** (*notices*) der Kommission sind formale oder informelle Selbstfestlegungen oder Auffassungen der Kommission. Sie bedürfen keiner besonderen Rechtsgrundlage. Dasselbe gilt für die Leitlinien, mit welchen die EG-Kommission ihre Politik erläutert. Für Gericht und Schiedsgerichte sind diese Auslegungshilfen nicht verbindlich. Dennoch werden sie diesen Texten besondere Aufmerksamkeit widmen. Siehe hierzu auch Wolfgang JAEGER, Die möglichen Auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrechts für die nationalen Gerichte, WuW 11/2000, 1070. Rechtsvergleichend, siehe Roland von BÜREN/Christoph G. LANG, Freistellungen und Bekanntmachungen im europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Festschrift für Roger Zäch, Zürich 1999, 241 ff. Demnach bestehen durchaus Unterschiede zwischen dem EG-Verständnis und dem CH-Verständnis über den normsetzenden Charakter von Bekanntmachungen; indessen stimmen die Verständnisse mindestens theoretisch dahingehend überein, dass für Zivilgerichte die Bekanntmachungen keine Bindungswirkung entfalten (aaO 255).

in verschiedenen Bereichen geändert hat. Dies ist insbesondere der Fall im – für Schiedsverfahren besonders wichtigen – **Spannungsfeld zwischen Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht**. Siehe hierzu die Fragen unter Kapitel II. M.

Frage 3: Wie erschliessen sich die neuesten Entwicklungen im Kartellrecht?

Die «Flussgeschwindigkeit» in Bezug auf die Weiterentwicklung des Kartellrechts hat sich in den letzten Jahren an allen Fronten erhöht, sowohl in den USA als auch im Rahmen der EU und in der Schweiz. Es vergeht kaum eine Woche, in welcher nicht Neuentwicklungen zu vermelden wären. Das EG-Kartellrecht ist derzeit **in einem fundamentalen Umbauprozess**, gekennzeichnet durch (i) die Neuorientierung in Bezug auf der vertikalen Vereinbarungen (inklusive die noch im Gang befindliche Revision der Technologietransfer-GVO¹⁰), (ii) die Neuorientierung in Bezug auf die horizontalen Vereinbarungen, (iii) die im Gang befindliche Neuorientierung bezüglich der Zusammenschlusskontrolle, (iv) die Praxis zur Kronzeugenregelung¹¹, (v) die *de minimis* Regelung¹², (vi) die Revision der Kartellverordnung No. 17 (welche letztere bis Ende 2002 abgeschlossen sein dürfte) sowie (vii) die pendente Revision der FKVO.¹³

Unerlässlich erscheint es, sich den sehr umfangreichen Materialien aus dem Hause der Kommission vertraut zu machen und die ausserordentlich hilfreichen Bekanntmachungen, Richtlinien und **Leitlinien** zu studieren. Dazu gehören insbesondere die Leitlinien der Kommission vom 13. Oktober 2000 betreffend die Beurteilung vertikaler Beschränkungen, die Leitlinien der Kommission vom 6. Januar 2001 über horizontale Vereinbarungen, die Mitteilung der Kommission betreffend Unternehmenskooperationen vom 29. November 2000, das Weissbuch 1999 über die Modernisierung der Kartellverordnung und der entsprechende Verordnungsvorschlag der Kommission vom 28. September 2000. Unerlässlich für das Verständnis erscheint das Studium der massgeblichen Kommentare (siehe Literaturverzeichnis im Kapitel IV unten), der Entscheidungspraxis der Kommission sowie der Europäischen Gerichte.¹⁴

¹⁰ Siehe den Bericht der Kommission zur TT-GVO vom 20.12.2001, KOMM 2001, 786 und die darin enthaltene kritische Analyse.

¹¹ Siehe die neue Bekanntmachung vom 13.2.2002, ABl. 2002/C 45/03.

¹² Bekanntmachung vom 22.12.2001, ABl. C 368.

¹³ Grünbuch der Kommission vom 11.12.2001.

¹⁴ Sehr nützliche Hilfsmittel sind auch die Einzelfallbesprechungen, vor allem von Valentine KORAH, *Cases and Materials on EC Competition Law*, 1998; eine nur sehr selektive/beschränkte Auswahl einiger kartellrechtlicher Fälle findet sich bei HUMMER/SIMMA/VEDDER,

B. Europäisches und Schweizerisches Kartellrecht: Im Gleichschritt?

Frage 4: Wie vergleicht sich das CH-KG mit dem Europäischen Wettbewerbsrecht?

Das CH-Kartellrecht hat grundsätzlich und gewolltermassen den gleichen Aufbau wie das Europäische Kartellrecht. Das Vorbild ist unübersehbar. Art. 5 CH-KG ist inspiriert von Art. 81 EGV; die Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 lehnen sich an die Freistellungsvoraussetzungen von Art. 81 (3) EGV an, ebenso die Vermutungstatbestände von Art. 5 (3). Art. 7 CH-KG orientiert sich konzeptionell und inhaltlich an Art. 82 EGV, und die in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre entwickelten Kriterien übernehmen die Kriterien der EU-Kommission und der Europäischen Gerichte. Die Zusammenschlusstatbestände von Art. 4 (3) CH-KG sind praktisch identisch mit denjenigen von Art. 3 FKVO.

Hingegen fehlt dem CH-Kartellrecht naturgemäss die integrationspolitische Zielsetzung des Europäischen Kartellrechts. Mithin gewissermassen auch die gewisse Schärfe, mit welcher die EU Gebietsaufteilungen, Marktabschottungen, Preis- und Konditionenbindungen etc. sanktioniert (bzw. sanktionieren muss, um einen gemeinschaftsweiten Binnenmarkt zu verwirklichen). Andererseits geht ein durchaus ähnliches Ziel des CH-Kartellgesetzes dahin, die dualistische Wirtschaftspolitik und Marktstruktur (einerseits biotopisch geschützter Binnenmarkt, andererseits liberalisierte Exportwirtschaft, mit entsprechend hohem Preisgefälle) aufzugeben, zwecks Stärkung des Wirtschaftsstandortes Schweiz.

Ein Unterschied, welcher jedoch leicht überbewertet wird und wohl vorwiegend dogmatisch ist, besteht darin, dass das Europäische Kartellrecht wettbewerbsbeschränkendes Verhalten *verbietet*, wogegen die schweizerische Gesetzgebung *lediglich die Missbräuche sanktioniert*. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass das CH-KG keine Einzelfreistellungsmöglichkeit (wie sie derzeit noch unter Art. 81 (3) EGV möglich ist, jedoch in absehbarer Zeit abgeschafft wird) kennt. Auch Gruppenfreistellungen sind in der kleinen Schweiz unbekannt (aber Art. 6 CH-KG bildet eine Rechtsgrundlage für Verordnungen und Bekanntmachungen, wovon die Wettbewerbskommission in Bern («**WeKo**») nur spärlich Gebrauch gemacht hat; siehe die in der nächsten Frage angesprochene Bekanntmachung über Vertikalabreden vom 18.2.2002).

Europarecht in Fällen, 1999, sowie bei KOENIG/PECHSTEIN, Entscheidungen des EuGH, 1998. Im übrigen siehe Literaturverzeichnis.

Bezüglich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und der grundsätzlichen Konzeption betreffend der Zusammenschlusskontrolle bestehen nur geringfügige konzeptionelle Unterschiede zwischen der Schweiz und dem EG-Kartellrecht.¹⁵

Der gravierendste Unterschied besteht in der **bisher «zahnlosen» Sanktionsmöglichkeit** in der Schweiz; *die erste «böse Tat» bleibt straffrei; erst der Wiederholungstäter wird bestraft*. Zur pendenten Revision des KG in diesem Punkt, siehe die nächste Frage.

Frage 5: Hält das Schweizer Kartellrecht mit dem EG-Kartellrecht Stand oder hinkt es hinterher?

Der recht langsame Aufstieg des schweizerischen Kartellgesetzes,¹⁶ von einer Gesetzgebung auf der Stufe des «Amateur-Fussball» im Jahre 1962 zum «Zweit-Liga-Fussball» im Jahre 1985 und zur *obersten Liga* mit der Revision 1995 und dem nunmehr wirklichen Aufstieg in die Champions' League durch die Revision 2001¹⁷ ist von Karl BAUDENBACHER in herausragender Prägnanz charakterisiert worden.¹⁸ Diese Revision 2001 erscheint mehr als angezeigt.¹⁹ Dem KG 95 fehlt ein wirkungsvolles Instrumentarium zur Bekämpfung volkswirtschaftlich schädlicher Kartelle, indem auf Grund der geltenden Regelung (Art. 50 und 54 KG) die WeKo keine direkten Sanktionen wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen aussprechen kann. Sie kann lediglich mittels Verfügung feststellen, dass eine Gesetzeswidrigkeit vorliegt. Erst wenn gegen diese Verfügung erneut verstossen würde, können gemäss bisher geltender Regelung Sanktionen verhängt werden. «Zahnlos» dürfte eine zutreffende Umschreibung sein. Auch in Bezug auf das Instrumentarium zur Durchführung von Untersuchungen ist die WeKo bis anhin ungenügend dotiert. Es soll mit der Revision 2001 somit der WeKo

¹⁵ Begrüssenswert ist die im pendenten Revisionsvorhaben vorgesehene Änderung in Art. 4 (2) CH-KG, wonach bei der Frage der Marktbeherrschung nicht bloss auf die Marktstruktur abgestellt werden soll, sondern ausserdem die jeweiligen konkreten Abhängigkeitsverhältnisse berücksichtigt werden sollen.

¹⁶ Jens I. DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht – Competition Law – Droit de la concurrence: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1997.

¹⁷ Vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Revision des KG, vom 7.11.2001, BBl. 2002, S. 2022 ff.

¹⁸ Karl BAUDENBACHER, Kartellrechtsreform 2001 – Nach dem Aufstieg in die oberste Liga 1995 nun die Qualifikation für die Champions' League? Festschrift für Franz JAEGER/Jürg FURRER, Zürich 2001, 353–372.

¹⁹ Rechtsvergleichend, siehe: Jürg BORER, Schnittstellen der Schweizerischen mit der Europäischen Wettbewerbsordnung, in: Festschrift Roger Zäch, Zürich 1999, 217 ff.; von BÜREN/COTTIER, Die neue Schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997

die Kompetenz eingeräumt werden, Hausdurchsuchungen durchzuführen. Der Revisionsvorschlag wird indessen im Vergleich als eher zaghaft qualifiziert, indem beispielsweise die von Managern privat genutzten Räume nicht durchsucht werden dürfen.

Die bisherige **Sanktionslosigkeit** für Erstverstösse wird mit der pendenten Revision des KG (falls sie in der Sommersession 2002 des Parlamentes durchkommt) in Bezug auf *hard core* Verstösse sowie bei Missbrauch gemäss Art. 7 KG wohl **beseitigt** werden, mit einem Bussenrahmen bis 10% des Jahresumsatzes (auf der Basis der letzten drei Jahre). Indessen werden direkte Sanktionen bei Vertikalabreden wohl fehlen.

Neu ist auch die vorgesehene **Meldemöglichkeit** an die WeKo, falls ein Unternehmen über die Beurteilung des eigenen Verhaltens im Unklaren ist, womit alsdann eine direkte Sanktionierung dahinfallen soll (analog der Bussefreiheit bei Meldung an die EU-Kommission).

Ein weiterer Revisionspunkt ist die «berühmte» **Kronzeugenregelung**, nachempfunden dem in den USA schon seit mehr als 20 Jahren bestehenden *leniency programme* und der 1996 von der Europäischen Kommission eingeführten Kronzeugenmitteilung.²⁰ Auch Grossbritannien, Kanada und die Bundesrepublik Deutschland haben im Jahre 2000 die Kronzeugenregelung (oder in Deutschland: Bonus-Regelung) eingeführt. Dass diese Kronzeugenregelung rechtsdogmatisch in jeder Beziehung fragwürdig ist, braucht nicht besonders erwähnt zu werden. Man kann sie zutreffend als **«notwendiges Übel»** bezeichnen. Einerseits *«notwendig»* (weil nur so vermehrte Chancen bestehen, dass Kartelle aufgedeckt werden), andererseits ein *«Übel»*, weil es an sich kaum zu rechtfertigen ist, dass der Täter für seine «böse Tat» prämiert wird oder gar völlig straffrei ausgehen kann. Das amerikanische DoJ bietet sogar den *ring-leaders* den Anreiz, Selbstanzeige zu erstatten. Dies ist besonders effizient, weil amerikanische CEOs bekanntlich mit einem Fuss bereits im Gefängnis stehen. Die EU ist in dieser Hinsicht zurückhaltender.²¹

Kommt das pendente Revisionsvorhaben durch, so dürfte die Schweiz zu Recht darauf stolz sein, ein modernes und griffiges Kartellgesetz zu haben,

²⁰ Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbussen in Kartellsachen, ABl. 1996, Nr. C207/4, sowie die neuere Mitteilung der Kommission vom 19.2.2002 über Erlass und Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen, publiziert auch in WuW 4/2002, 367–371.

²¹ Siehe auch Ulf BOEGE, Bonus- und Kronzeugenregelungen in Deutschland und in der EU; Karl BAUDENBACHER, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, 2002, 149–163; Martin KLUSMANN, Internationale Kartelle und das Europäische *Leniency Programme* aus Sicht der Verteidigung, WuW 9/2001, 820–833.

administriert von der WeKo, welche sich sowohl im Inland als auch im Ausland ein hohes Mass an Ansehen erworben hat und deren Sachkompetenz sich den Vergleich mit Brüssel nicht zu scheuen braucht.²² Auf einzelne konzeptionelle Unterschiede ist oben hingewiesen worden.

Speziell zu erwähnen bleibt die **Bekanntmachung der WeKo** betreffend die Beurteilung von **Vertikalabreden** (somit Verträge zwischen Unternehmen, welche auf verschiedenen Vertriebsstufen tätig sind, wie Alleinbezugsverträge, Alleinvertriebsverträge, selektive Vertriebssysteme und andere Vertriebsabreden betreffend Produkte oder Dienstleistungen), vom 18.2.2002.²³ Während die EG-Kommission im Zusammenhang mit der «Schirm-GVO» Nr. 2790/1999 über vertikale Vereinbarungen ausserordentlich detaillierte Leitlinien für die Beurteilung vertikaler Beschränkungen erarbeitet hat,²⁴ kommt die WeKo mit einer äusserst kurz gefassten dreiseitigen Bekanntmachung aus.

- Sie umschreibt den Begriff der Erheblichkeit gemäss Art. 5 (1) CH-KG nach Massgabe des Inhalts der Abrede sowie die Rechtfertigungsmöglichkeiten unter Absatz 2.
- Ein Verbotprinzip besteht für die üblichen hard core-Beschränkungen (Kernbeschränkungen) wie Preisvorgaben des Lieferanten an die Händler für Produkte oder Dienstleistungen (Preisbindung zweiter Hand) sowie indirekte Preisbindungen wie feste Margen, Rabatte, Preisüberwachungssysteme oder andere ökonomische Anreizsysteme wie beispielsweise die Rückerstattung von Werbeauslagen nach Massgabe des Verkaufs (es sei denn, die Abrede habe überwiegend einen konsumentenfreundlichen Effekt im Sinne einer Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten).
- Die Bekanntmachung steckt ausserdem den Rahmen ab für **aktive Verkäufe** ausserhalb eines gewissen Gebietes oder ausserhalb der spezifizierten Kundengruppen (wobei auf jeden Fall der passive Verkauf zulässig bleiben muss).
- Erheblich wettbewerbsbeschränkend werden längerfristige **Konkurrenzverbote** in Vertriebsverträgen eingestuft (Grundregel: 5 Jahre).

²² Die besondere Sachkompetenz der schweizerischen Wettbewerbsbehörde wird insbesondere auch im Gutachten von Prof. Dr. C. Christian VON WEIZSÄCKER (ehemals Präsident der Monopolkommission) attestiert; RPW 2000/3, 510 ff.

²³ Siehe hierzu Alessandro L. CELLI/Nicolas BIRKHÄUSER, Die Beurteilung von Vertikalabreden durch die Eidgenössische Wettbewerbskommission, sic! 5/2002, 378–384, sowie den älteren Beitrag von Peter GLOOR/Matthias STAEHELIN, Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die «rule of reason», Festschrift Roger Zäch, 1999, 299–315.

²⁴ Siehe hierzu Kapitel IV. Literatur und Materialien, unter C.

- Bei **selektiven Verkaufssystemen** dürfen Querlieferungen (Verkäufe eines zugelassenen Selektivhändlers an einen anderen nicht im selektiven System eingebundenen Händler) seitens des Lieferanten verboten werden (wobei jedoch Querlieferungen zwischen verschiedenen selektiven Händlern zulässig bleiben müssen). Dass ein selektives Vertriebssystem diskriminierungsfrei angewendet werden muss (so die EG-Praxis), dürfte auch in der Schweiz gelten.
- Zu den Rechtfertigungsgründen gehören die bekannten Kriterien wie Effizienzgewinn und die Verhältnismässigkeit.
- Im Unterschied zum EG-Kartellrecht fällt indessen auf, dass die Bekanntmachung die **Aufgreifschwelle** mit tiefen 10% Marktanteil auf dem vom Vertrieb betroffenen relevanten Markt festlegt. Oberhalb dieser Schwelle sind gemäss der Bekanntmachung alle Wettbewerbsabreden erheblich (egal, ob sie eine Kernbeschränkung betreffen oder nicht).

Frage 6: Was bedeutet die Demonopolisierung und Dezentralisierung der Anwendung des EG-Kartellrechts für die zivilen Gerichte und Schiedsgerichte?

Die Rechtsanwendung der Art. 81/82 wird dezentralisiert und weitgehend an die staatlichen Zivilgerichte (mithin auch die Schiedsgerichte) delegiert.²⁵ Damit werden inskünftig die staatlichen Richter ausserordentlich gefordert, sich intensiv mit dem EG-Kartellrecht zu befassen. Dasselbe gilt selbstverständlich auch für Schiedsgerichte. Ich gehe davon aus, dass in den nächsten Jahren die Anzahl der kartellrechtlichen Schiedsverfahren nochmals sehr stark ansteigen wird. – Auf die Interrelation zwischen EU-Kommission und Schiedsgerichten (bzw. Europäische Gerichte und Schiedsgerichte) siehe unten.

²⁵ Siehe hierzu Carl BAUDENBACHER/Imelda HIGGINS, Decentralization of EC Competition Law, Enforcement and Arbitration, [2002] The Columbia Journal of European Law, Vol. 8, No. 1, 1–18.

C. U.S. Antitrust Law sowie *Private Antitrust Enforcement* in den USA

Frage 7: Welches sind die wichtigsten US-Erlasse, welche jeder Schiedsrichter kennen sollte?

Das U.S. Antitrust Law setzt heute die entscheidendsten Weichenstellungen für die massgeblichen U.S.-Unternehmen.²⁶ Es lohnt sich, sich mit diesem Rechtsbereich vertraut zu machen. Nachstehend sollen die wichtigsten Erlasse nur kurz skizziert werden, im Sinne eines groben Überblickes:

Sherman Act: Der Sherman Act entstand 1890 vor dem Hintergrund, dass in den Vereinigten Staaten eine kleine Anzahl von Unternehmen durch gegenseitige Absprachen und die Formierung von «Trusts» einen Grossteil des Wirtschaftslebens beherrschten, unter Unterdrückung des Wettbewerbs. Der Sherman Act enthält insbesondere zwei Blankettnormen: Section 1: «*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*». Section 2 des Sherman Act visiert die verbotene Monopolisierung: «*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony ...*».

Eine wörtliche Auslegung insbesondere von Section 1 des Sherman Act würde dazu führen, dass praktisch alle geschäftlichen Vereinbarungen unter die Verbotsnorm fallen würden. Aus diesem Grunde entwickelte sich schon sehr bald (um 1900) die sog. «**rule of reason**». Nur die *unreasonable* Absprachen sollten demnach erfasst werden. Dem beklagten Unternehmen muss somit die Möglichkeit eingeräumt werden, darzulegen, dass deren Verhalten *reasonable* war. *Standard Oil* war der erste Fall, 1911, in welchem der US Supreme Court diesen Grundsatz festhielt. Auf der anderen Seite hat die Gerichtspraxis eine Reihe von Tatbeständen identifiziert, welche als so wettbewerbsschädlich eingestuft werden müssen, dass sie als **per se** verboten zu betrachten sind, wie zum Beispiel *agreements to fix prices, concerted refusals to deal (group boycotts), agreements among competitors to divide markets*.

²⁶ Ein sehr gutes Werk kommt von Richard A. POSNER, *Antitrust Law*, 2nd Ed., 2001. Ferner sei verwiesen auf das auch rechtsvergleichend ausgelegte Buch von Mark R. JOELSON, *An International Antitrust Primer*, 2001.

Unter dem **Monopolisierungstatbestand** von Section 2 wird an sich das erfolgreiche Unternehmen, welches zur Marktführerin wird, nicht bestraft. Jedoch wird die Anwendung unfairer Mittel zur Erreichung einer Monopolstellung erfasst, insbesondere Mittel, welche einen wirksamen Wettbewerb verhindern oder ausschliessen. Wie umstritten dieser Gesichtspunkt sein kann, zeigte sich im berühmten *Alcoa*-Fall von 1945: Alcoa, welche in der Herstellung gewisser Aluminiumprodukte eine marktbeherrschende Stellung einnahm, erhöhte ihre Produktionskapazitäten signifikant in Erwartung einer entsprechenden erhöhten Nachfrage nach Beendigung des Zweiten Weltkrieges. Man kann dieses Verhalten sehr wohl als vorausschauend und vor allem *customer-oriented* bezeichnen. Dennoch hielten die US-Gerichte dafür, dass dieses Verhalten wettbewerbsschädlich war und deshalb der Section 2 des Sherman Act unterfiel. Die typischen Tatbestände von Section 2 sind jedoch die Tatbestände des Kontrollerwerbs eines direkten Konkurrenten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, Koppelungsgeschäfte, Geschäftsverweigerung sowie Verlustverkäufe (*predatory pricing*). Um feststellen zu können, ob ein Unternehmen eine Monopolstellung einnimmt, muss selbstverständlich der relevante Markt bestimmt werden, und zwar insbesondere geographisch sowie produktemässig.

Clayton Act: Der Clayton Act wurde 1914 vom US-Kongress verabschiedet, vor dem Hintergrund, dass sich die Bestimmungen des Sherman Act als zu weitgehende Blankettnormen erwiesen. Der Clayton Act sollte gewisse Aspekte des Sherman Act ergänzen, um das US-Antitrust Regime zu vervollständigen. Die wichtigsten Sections des Clayton Act befassen sich mit *Preisdiskriminierung*, *Exklusivverträgen* sowie *Unternehmenszusammenschlüssen*. Ausser im Bereich der *per se*-Verbote soll der Sherman Act nur dann als verletzt betrachtet werden, wenn *substantial adverse competitive effects* vorliegen. Widerrechtlichkeit wird aber insbesondere dann bejaht, wenn ein Verhalten mit Wahrscheinlichkeit dazu führt, den Wettbewerb substantiell zu beeinträchtigen (*if the conduct has the probable result of substantially lessening competition*).

Section 2 des Clayton Act (*as amended* durch den **Robinson Patman Act** 1936) visiert insbesondere die Preisdiskriminierung, die Diskriminierung durch *promotional allowances, services and facilities* an. Diese Section 2 dient vor allem dem *Schutz der KMUs*.

Section 3 des Clayton Act befasst sich mit *Vertriebsverträgen*. Demnach sind alle Verträge verboten, welche unter der Bedingung abgeschlossen werden, dass der Käufer (oder Mieter) in der Verwendung des Produktes eingeschränkt wird und wo solche Einschränkungen geeignet sind *«to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce»*.

Section 4 des Clayton Act sieht vor, dass Geschädigte das Recht haben, bei *antitrust violations* in Zivilverfahren den dreifachen Schaden (**treble damage**) geltend zu machen, ausserdem die Verfahrenskosten und die vernünftigen Anwaltskosten (*reasonable attorneys' fees*).

Section 7 des Clayton Act befasst sich mit *mergers and acquisitions*. Demnach sollen Unternehmenskonzentrationen, welche zu einer Monopolstellung oder zu einer anderen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen können, verboten werden (*The prohibition is directed at any acquisition the effect of which may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly*).²⁷ Weil sich eine *ex post* Kontrolle als unpraktikabel erwies, wurde mit dem **Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act** von 1976 dies (heute übliche) *pre-merger notification* eingeführt. Die Schwellenwerte wurden per 1.2.2001 signifikant modifiziert (nachdem das DOJ und die FTC im Jahre 2000 mit annähernd 5'000 *HSR-filings* überschwemmt wurden. Im wesentlichen werden drei Tests durchgeführt: der *commerce test*, der *size-of-person test* und der *size-of-transaction test*. Sodann sind wichtig die **1992 Horizontal Merger Guidelines** des DoJ und FTC gemeinsam, sowie die **1984 Non-Horizontal Merger Guidelines** des DoJ (alleine).

... und was waren die nachteiligen Auswirkungen?

Zahlreiche weitere Erlasse komplementieren die Gesetzgebung, insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich US-amerikanische Unternehmen in der Entfaltung ihrer wirtschaftlichen Aktivitäten durch die weitgefassten Blankettnormen des Sherman Act im internationalen Wettbewerb benachteiligt fühlten. So waren US-Unternehmen im internationalen Handel benachteiligt, weil sie im Wettbewerb standen mit europäischen Unternehmen, welche sich kartellistisch organisieren konnten. Dies ist insbesondere der Hintergrund des **Webb-Pomerene Act** von 1918, welcher festhielt, dass eine *association entered into for the sole purpose of engaging in export trade and actually engaged solely in such export trade, or an agreement*

²⁷ In den USA ist das wesentliche Untersagungskriterium der sog. **SLC-Test** (**substantial lessening of competition – test**), während unter der EU – *Fusionskontrolle* das wesentlichste Untersagungskriterium dann erfüllt ist, wenn ein Zusammenschluss eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken würde (sog. **Marktbeherrschungstest**). Die unterschiedliche Optik hat sich in einigen spektakulären Fällen der letzten Jahre aktualisiert, vor allem in *Boeing/McDonnell Douglas*, ABl. 1197 Nr. L 336/16 (siehe auch den Artikel von Simone BEESER in ELR 1998, 19), sowie im jüngsten Fall *General Electric/Honeywell*, COMP/M.2220. Zum **Grünbuch der Kommission zur Revision der FKVO** (KOM (2001) 745/6) und zum Stand der heutigen Diskussion in Bezug auf die Reformierung der FKVO, siehe Torsten BERGAU, Reform der europäischen Fusionskontrolle, ELR 03/2002, 94 ff.

made or act done in the course of export trade by such association is not illegal under the Sherman Act, provided that it does not have an anti-competitive effect in the United States and also is not in restraint of the export trade of any domestic competitor of such export association.

In ähnlichem Zusammenhang wurde der **Export Trading Company Act** (*Public Law 97-290*) erlassen, welcher den exportierenden Unternehmen gewisse Immunitäten zusichert. Der Titel IV dieses Gesetzes hat auch in Schiedsverfahren in der Schweiz Bedeutung erlangt und ist bekannt als der **Foreign Trade Antitrust Improvements Act** («FTAIA»). Wiederum geht es darum, die Reichweite des Sherman Act in Exportsituationen zu beschränken. Die Beschränkung sieht vor, dass eine an sich kartellistische Absprache von Unternehmen, welche Exportgeschäfte tätigen, nur dann vom Sherman Act erfasst werden sollen, wenn dieses Verhalten ein *direct, substantial and reasonably foreseeable effect on US commerce* hat.

Durch den **Federal Trade Commission Act** wurde im Jahre 1914 die **FTC** (Federal Trade Commission) als Administrativbehörde ins Leben gerufen. Die FTC hat das Hauptquartier in Washington D.C. mit 8 Regionalbüros. Ungefähr 1'000 Juristen und Ökonomen bearbeiten die Fälle. Aufgabe der FTC ist es, die Fälle, welche der Section V des FTC Act unterfallen, zu untersuchen. Gemäss Section V *FTC are unlawful: unfair methods of competition in or affecting commerce* sowie *unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce*. Die FTC hat damit weitgehend eine Konsumentenschutzfunktion.

Das **US Department of Justice Antitrust Division**, ebenfalls mit Hauptquartier in Washington D.C., befasst sich dagegen hauptsächlich mit der Rechtsanwendung unter dem Sherman Act sowie Clayton Act. Die Antitrust Division beschäftigt ca. 800 Juristen und Ökonomen, organisiert in verschiedenen Sektionen sowie einer *Merger Task Force*. Das **DoJ** befasst sich auch mit der kriminellen Strafverfolgung im Falle von *per se violations*. Das DoJ kann die gerichtliche Feststellung verlangen, dass ein gewisses Verhalten gesetzwidrig ist, kann Verbote erwirken oder kann beispielsweise im Falle eines bereits vollzogenen Unternehmenszusammenschlusses die Auflösung oder Ausgliederung verlangen. Das DoJ kann auch *on behalf of the United States* Zivilklagen anstrengen und den dreifachen Schaden geltend machen, zum Beispiel wenn unzulässige Absprachen bei öffentlich ausgeschriebenen Projekten stattfinden.²⁸

²⁸ Ob beispielsweise eine gewisse Marktuteilung zwischen zwei europäischen Anbietern im Rüstungssektor der amerikanischen *Antitrust*-Gesetzgebung und den *procurement laws* unterfallen, und ob Letztere für ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz beachtlich sind, ist derzeit Gegenstand eines Schiedsverfahrens in der Schweiz.

Zivilrechtliche Untersuchungen durch die *Antitrust Division* des DoJ werden sehr oft auf der Basis eines *Plea Agreement* durch einen *Consent Decree* erledigt. Die Partei unternimmt es dabei, gewisse Abhilfe zu schaffen, ohne dadurch einen Verstoß einzugestehen. Der sog. **Tunney Act** verlangt allerdings, dass der vorgeschlagene *Consent Decree* veröffentlicht werden muss und dass interessierte Parteien kommentieren können. Danach muss der **Consent Decree** durch ein *Federal Court* genehmigt werden, weil in solchen Fällen das öffentliche Interesse involviert ist.

Bei schweren Verstößen gegen den Sherman Act, beispielsweise im Falle von *price fixing, divisions of territories, or «bid-rigging» with respect to government procurement* findet in der Regel auch ein **Strafverfahren** statt, weil solche Tatbestände als besonders gravierend eingestuft werden. Das Strafverfahren führt zu sehr hohen Bussen sowie zu Gefängnisstrafen für die Verantwortlichen. Die Gefängnisstrafe reicht bis zu drei Jahren. Bei den Bussen liegt der untere Rahmen bei 15% des betreffenden Geschäftsumsatzes. Bereits vor Jahren wurden die **leniency policies** (mit beträchtlichem Erfolg) eingeführt. Die *leniency* bedeutet, dass ein Unternehmen oder eine Person dann nicht verfolgt wird, wenn es als erstes das DoJ über den Wettbewerbsverstoß informiert, alle relevanten Tatsachen offen legt und voll mit dem DoJ kooperiert. Weitere Voraussetzung ist in der Regel, dass das betreffende Unternehmen (oder Individuum) nicht der Haupttäter oder Anstifter sein darf.

In *Guidelines* haben die *Antitrust Division* des Department of Justice sowie die FTC ihre Richtlinien und *policy statements* niedergelegt. Diese *Guidelines* sind zum Teil ausserordentlich detailliert und besprechen hypothetische Situationen. Insbesondere die *Reagan Administration* hat mit den *Guidelines* signifikante Abschwächungen der *Antitrust Law Enforcement Policy* vorgesehen, beispielsweise im Bereiche der Unternehmenszusammenschlüsse sowie im Bereiche der Lizenzierung von Technologie. Siehe insbesondere die 1995 *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* sowie die **1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**. Am 7. April 2000 erliessen das DoJ sowie die FTC neue *Guidelines*: Die *Guidelines for Collaborations among Competitors*. Diese letzteren *Guidelines* soll es den Unternehmen erlauben, in einem weiteren Rahmen kooperativ zusammenzuarbeiten, wenn sich eine solche Kooperation als *pro competitive* herausstellen kann.

Frage 8: Private Enforcement: Wie wichtig ist dies in den USA?

Die sog. **private antitrust enforcement** ist in den USA, in recht markantem Unterschied zur bisherigen Praxis innerhalb der EU, ein Grundpfeiler

des amerikanischen Wettbewerbsrechts. Die Delegation an Zivilgerichte ermöglicht eine effektive Durchsetzung, wogegen die **public enforcement** (durch DoJ und FTC) lediglich selektiv die bedeutendsten Fälle aufgreifen kann. Der zivilgerichtlichen und schiedsgerichtlichen Durchsetzung ist in den USA ein besonders Instrumentarium mitgegeben worden, welches ein kartellrechtliches Verfahren in den USA effizient (aber auch ausserordentlich gefürchtet) gestaltet. **Dieses Instrumentarium fehlt in Europa weitestgehend.**

Frage 9: Welches spezielle Instrumentarium steht in den USA (aber nicht in Europa) zur Verfügung?

Zu diesem Instrumentarium in den USA gehört insbesondere die Bestimmung in *Clayton Act, Section 4*, welche bei Kartellverstössen eine Verdreifachung der Schadenersatzzahlung vorsieht (**treble damages**). Der Kläger braucht lediglich einen Schaden darzutun (*injury to business or property*), ferner eine anti-kompetitive Handlung im Sinne einer *antitrust injury*, und schliesslich einen Kausalzusammenhang im Sinne der *proximate causation* (*causal connection between the antitrust violation and injury to the claimant*). *Private antitrust actions* unterliegen grundsätzlich einer Verjährungsfrist von 4 Jahren (*Clayton Act, Section 4b*), wobei eine laufende Verjährungsfrist indessen unterbrochen werden kann durch *Federal government proceedings* oder durch fraudulente Handlungen.

Als weiteres besonderes Instrumentarium steht die **discovery** gemäss den *Federal Rules of Civil Procedure* zur Verfügung. Demnach haben die Parteien eine in dieser Form in Europa unbekannte und äusserst weitreichende Möglichkeit, sämtliche relevanten Akten von der Gegenpartei erhältlich zu machen, soweit sie nicht *privileged* sind, Personen und Zeugen der Gegenpartei via *depositions* einzuvernehmen etc. In Europa sind analoge prozessrechtliche Bestimmungen weitgehend unbekannt, mit Ausnahme der spezifischen Editionsbegehren für spezifisch bezeichnete Dokumente. Lediglich in England und Wales ist die Situation anders, indem gemäss den massgeblichen (und im Juni 1999 revidierten) *Disclosure Rules* eine Partei verpflichtet ist, ihre eigenen Dokumente weitgehend vorzulegen, insbesondere auch diejenigen Dokumente, welche der zur Edition verpflichteten Partei schaden. Die übrigen EU-Länder kennen eine derartige Editionsspflicht nicht. Indessen besteht eine grundsätzliche Verpflichtung, vor Gericht und Schiedsgericht wahrheitsgemässe und vollständige Aussagen zu machen.

In Schiedsverfahren orientieren sich Schiedsrichter und Parteien weitgehend anhand der **IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration**, vom Juni 1999. Diese Rules gelten als Ausdruck

eines internationalen Konsenses und werden oft neben institutionellen Reglementen (wie ICC, LCIA etc.) angewendet. Art. 9 der IBA Rules stellt sozusagen die Messlatte dar, nach welcher ein Schiedsgericht bestimmen wird, ob gewisse Dokumente oder Kategorien von Dokumenten vorgelegt werden müssen. Die Nicht-Vorlage kann dazu führen, dass das Schiedsgericht für die Partei negative Schlussfolgerungen ziehen kann.

Ein weiteres eher abschreckendes *feature* der *US private antitrust enforcement* ist die Möglichkeit, einer Partei in einer *treble damage civil action* die Beurteilung durch einen ***jury trial*** zu verlangen.²⁹ Über das *jury trial*-Verfahren und die diesem Verfahren eigene Dynamik wird unendlich viel gesprochen, und es kursieren hier exorbitante *war stories*. Tatsache bleibt immerhin, dass die Aussicht, sich allenfalls einem *jury trial*-Verfahren unterziehen zu müssen, eine erhebliche Abschreckungswirkung darstellt. Auch dieses Institut ist in Europa unbekannt.

Als weiteres *tool* steht in den USA die ***class action*** zur Verfügung, in welcher ein Kläger als Vertreter einer breiten Klasse von *injured persons* auftritt. Es bestehen sehr komplexe Reglementierungen über die Zulassung einer *class action*, welche hier nicht diskutiert werden können. Dass es sich hier um ein weiteres Damoklesschwert handelt, welches bedrohlich tief schwingen kann, haben nicht zuletzt schweizerische Unternehmen zu spüren bekommen, welche unter *class actions* insgesamt Milliardenbeträge zu bezahlen hatten. Die Verfahren insbesondere gegen Hoffmann-La Roche im Zusammenhang mit Preisabsprachen auf dem Vitaminsektor bleiben in Erinnerung.

Ein weiteres *feature* ist die Möglichkeit, ein ***summary judgment*** zu verlangen. Das Begehren kann von jeder Partei gestellt werden. In einfacheren *antitrust*-Verfahren kann dies relativ rasch zu einer Beurteilung führen. Meistens wird es jedoch trotzdem notwendig sein, vorgängig eine *pre-trial discovery* über sich ergehen zu lassen.³⁰

Effizient (und unter Umständen bedrohlich) ist das *US Antitrust Enforcement Regime*, ausserdem in einigen zivilrechtlichen Aspekten, welche von der europäischen rechtlichen Landschaft abweichen. Zu denken ist beispielsweise an die Frage, ob ein sog. ***passing on*** bei der Frage der Schadensbemessung berücksichtigt wird oder nicht. Es handelt sich hier um die Frage, ob der Schädiger, welchem ein antikompetitives Verhalten vorgewor-

²⁹ Diese Möglichkeit besteht nicht, falls es sich bloss um eine Forderung für *equitable or injunctive relief* handelt.

³⁰ Siehe beispielsweise das Verfahren unter dem Sherman Act, Section 1 i.S. *Matsushita Electric Industries Co. v/ Zenith Radio Corporation*, 475 US 574, 588 (1986).

fen wird, geltend machen kann, die geschädigte Partei habe in dem Umfange keinen Schaden erlitten, als es ihr möglich war, den Schaden (beispielsweise den überhöhten Preis) auf die eigene Kundschaft abzuwälzen. In den USA wird diese Einrede des Schädigers grundsätzlich abgelehnt, wogegen in den europäischen Staaten in den meisten Fällen eine Überwälzung an nachgeschaltete Abnehmer dazu führt, dass der einklagbare Vermögensschaden um den Betrag dieser Überwälzung reduziert wird.³¹

Preliminary injunctions sind in den USA im Bereiche von kartellrechtlichen Schiedsverfahren häufig, z.B. gestützt auf den *Clayton Act, Section 16*. Das Schiedsgericht wird summarisch prüfen, ob die Gefahr eines nicht wieder gut zu machenden Schadens oder Nachteils vorliegt, ob die klagende Partei *prima facie* eine gute Aussicht auf Prozesserverfolg hat («*likelihood of prevailing on the merits*») und gegebenenfalls, ob ein öffentliches Interesse gegeben ist. *Temporary restraining orders (TROs)* können *ex parte* verlangt werden, wobei ein Schiedsgericht in der Regel die Gewährung oder Aufrechterhaltung der TRO von der Leistung einer Kautions abhängig macht.

Wie in Europa, können die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen (schiedsgerichtlichen) Verfahren **parallel** laufen. Mit anderen Worten: Kommt eine Partei in einem Schiedsverfahren «ungestraft» weg, heisst dies nicht, dass nicht gleichzeitig oder später das DOJ oder die FTC ein Untersuchungsverfahren in derselben Sache anstrengen kann. Umgekehrt gilt dies selbstverständlich auch: Ist eine Partei in einem Verfahren vor dem DOJ oder FTC ungeschoren davon gekommen, heisst dies nicht, dass sie nicht in einem parallelen oder späteren Schiedsverfahren eingeklagt werden kann.

In solchen Situationen entsteht die Frage, ob einem Schiedsgericht die Akten, welche vom DOJ oder der FTC erhoben werden, zugänglich gemacht werden können. An sich besteht hierfür eine gesetzliche Grundlage auf der Basis des **Freedom of Information Act**. Jedoch hat die Erfahrung gezeigt, dass DOJ/FTC zurückhaltend sind, falls durch die Zurverfügungstellung von Akten ein hängiges Verfahren beeinträchtigt werden könnte.³²

Zu erwähnen ist hier, dass die meisten Verfahren in den USA letztlich durch einen Vergleich erledigt werden, ein sog. **plea agreement**, was sehr erhebliche Vorteile hat. Auch hier besteht ein Unterschied zur rechtlichen Landschaft in der EU. Der Vorteil der amerikanischen *plea agreements* liegt auf der Hand; sie ermöglichen einem Unternehmen ohne Publizität und ohne Veröffentlichung von irgendwelchen Details eine kartellrechtliche Untersu-

³¹ Ein einschlägiges Präjudiz in den USA ist *Hannover Shoe Inc. v/ United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968).

³² Siehe beispielsweise *Solar Sources, Inc. v/ US*, 142 F.3d 1033 (7th Cir, 1998).

chung auf der Basis einer einvernehmlichen finanziellen Abgeltung zu erledigen. Elegant, wenn man in Betracht zieht, dass die Publizität eines Verfahrens für ein Unternehmen einen **unerhörten Imageverlust und Good will-Verlust** darstellen kann. Ein Unternehmen, welches kürzlich eine Kartellbusse in Höhe von knapp € 100 Mio. zu bezahlen hatte, hatte intern die indirekten weiteren Einbussen mit mindestens dem fünffachen Betrag, somit € 500 Mio. veranschlagt. Es ist dies die Verunsicherung der Kundschaft, welche zur Konkurrenz abspringt, gelegentlich auch Wut äussert und im übrigen die Frage stellt, über wieviele vergangene Jahre auch sie überhöhte Preise zu bezahlen hatte. Nebst dieser Kartellbusse und dem weiteren indirekten *Image*-Schaden kommen noch die zivilrechtlichen Folgekosten dazu, unter Umständen auch Schadenersatzklagen unter den Beteiligten eines Kartells. Die Rechnung ist nach oben offen!

Dass die **Schweiz** auch bei dieser Thematik nicht nur mithält, sondern eine Vordenkerrolle einnimmt, zeigt der kürzliche Vortrag von Prof. Dr. Roland VON BÜREN über genau dieses Thema, nämlich die einvernehmliche Erledigung von Wettbewerbsstreitigkeiten.³³ Aus den kurz skizzierten Gründen wäre diese Lösung zu begrüßen, weil sie letztlich den Weg erleichtert, ein marktkonformes Wettbewerbsverhalten eines Unternehmens wieder herzustellen.

Frage 10: US Gefängnisse für Manager – statt Ferien?

Letztlich besteht ein sehr signifikanter Unterschied darin, dass in den USA (und neuerdings auch in Kanada und in einigen Ländern der Gemeinschaft, wie Irland, Dänemark, Frankreich, demnächst auch im Vereinigten Königreich) *antitrust violations* nicht nur zivilrechtlich sanktioniert sind, sondern vor allem **auch strafrechtlich**.³⁴

Verantwortliche Organe wandern in den USA ins Gefängnis.³⁵ In Europa wird hierzu gelegentlich angeregt, es würde eine äusserst effiziente Prävention und Abschreckung zur Vermeidung von Verstössen gegen das Kartellrecht

³³ Vortrag gehalten am Weiterbildungsseminar HSG vom 4. Dezember 2001.

³⁴ Stephen CALKINS, *American Antitrust 2001: Almost Ready for the 21st Century*, in: BAUDENBACHER, *Neueste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht*, 2002, 123 ff. ZINSMEISTER/LIENEMEYER, *Die verfahrensrechtlichen Probleme bei der dezentralen Anwendung des europäischen Kartellrechts*, WuW 4/2002, 334.

³⁵ Dies ist auch dem Verantwortlichen der Hoffmann-La Roche im Zusammenhang mit dem Vitaminkartell widerfahren oder, als jüngstes Beispiel, dem 78-jährigen früheren Sotheby-CEO *Alfred Taubman*, welcher nebst USD 7,5 Mio. Busse zu einem Jahr Gefängnis verurteilt wurde.

darstellen, falls für die CEOs der führenden Unternehmen eine *guided tour* durch die amerikanischen Gefängnisse veranstaltet würde.

Frage 11: Leniency? ... – Aber nur für den Ersten!

Kein signifikanter Unterschied besteht nunmehr in Bezug auf die **Kronzeugenregelung**,³⁶ welche die EU-Kommission der amerikanischen **leniency-Praxis** nachempfunden hat. Diese Kronzeugenregelung hat bekanntlich in den letzten Jahren die kartellrechtliche Gangart ganz ausserordentlich verschärft, indem (nach einem in der Zwischenzeit erstellten Bonus-Schema) das erste denunzierende Unternehmen, welches mit der Untersuchungsbehörde kooperiert, eine teilweise bis sogar vollständige Bussensfreiheit erwirken kann. Dies gilt allerdings nur für den ersten Informanten, und man könnte etwas salopp sagen, dass der Satz «den Letzten beißen die Hunde» im Kartellrecht nicht gilt, denn nur der erste Informant wird verschont.

Die Kronzeugenregelung hat seit ihrer Einführung für leitende Organe der Unternehmungen wohl zu schlaflosen Nächten geführt. Sie führt auch dazu, dass eine ganz neue *Landschaft* entsteht, nämlich die, dass sich Unternehmen über eine allfällige antikompetitive Praxis oder Abstimmung Gedanken machen und von sich aus die Initiative ergreifen, diese Situation im Rahmen eines **Schiedsverfahrens**, unter Umständen im Rahmen einer *fast track arbitration* oder im Rahmen einer **Mediation**, zu lösen.

Frage 12: Zeichnet sich in Europa eine ähnliche Entwicklung wie in den USA ab?

Was sich nunmehr im Rahmen der **EU** abzeichnet, ist die **Dezentralisierung der Jurisdiktion** in kartellrechtlichen Verfahren an die einzelstaatlichen Gerichte sowie Schiedsgerichte. Diese Dezentralisierung und Delegation ist meines Erachtens ausserordentlich zu begrüssen; sie ist in der Tat auch unumgänglich, vor allem im Hinblick auf die weitere Öffnung der EU mit demnächst einmal 25 oder mehr Mitgliedstaaten. Der Vergleich zu grundsätzlichen Aspekten des Verfahrens in den USA zeigt jedoch, dass diese Delegation an Zivilgerichte/Schiedsgerichte schwierig ist, weil ein effizientes und «mit Zähnen bewaffnetes» Instrumentarium (ganz im Unterschied zu den USA) nicht oder nur sehr eingeschränkt zur Verfügung steht. Es wird Aufgabe der EU-Kommission sein, Möglichkeiten zu erarbeiten, wie

³⁶ Siehe auch weiter unten.

die Zivilgerichte und Schiedsgerichte in ihrer Aufgabe unterstützt werden können. Während man von privaten Schiedsgerichten erwarten darf (und erwarten muss), dass sie mit dem EG-Kartellrecht (sowie selbstverständlich mit dem jeweiligen nationalen Kartellrecht) vertraut sind, wäre es wohl eine Illusion zu glauben, dass die lokalen staatlichen Richter (Stand heute) einen genügenden Ausbildungsstand und Wissensstand haben.³⁷

D. Übrige Länder, deren Kartellgesetze für Schiedsverfahren in der Schweiz eine Rolle spielen

Frage 13: Welche weitere Kartellgesetze spielen eine Rolle in der schweizerischen Schiedsgerichtspraxis?

Unter weiteren Kartellgesetzen, welche für Schiedsverfahren in der Schweiz eine Rolle spielen, ist vor allem das **Russische Antimonopolgesetz von 1991** zu erwähnen, welches 1995 erheblich modifiziert und an westliche Standards angeglichen wurde.

Diese Gesetzgebung ist besonders bedeutungsvoll, weil zahlreiche russische Grossunternehmen, welche am internationalen Handel teilnehmen, diese Gesetzgebung zum Anlass genommen haben, die Verträge mit westlichen Unternehmen *auf eine neue kommerzielle Basis zu stellen*, insbesondere die Preise, soweit es um Exporte in den Westen ging, auf das Weltmarktniveau anzuheben. In diesem Sinne mussten insbesondere langfristige Lieferverträge im Bereiche der Erdöllieferungen sowie Erdgaslieferungen neu ausgehandelt werden. Während in der Regel Differenzen über solche Verträge (welche Laufzeiten bis zu 25 Jahren aufweisen) meist nur auf der politischen Ebene gelöst werden können, haben in der Schweiz Schiedsgerichtsverfahren stattgefunden, in welchen von russischen Unternehmen geltend gemacht wurde, dass es ihnen gestützt auf die neue Gesetzgebung 1991/95 nicht mehr möglich sei, die Weiterbelieferung auf der bisherigen Preisbasis vorzunehmen. Gegenstand der Schiedsverfahren war die schwierige Frage der **Vertragsanpassung** gestützt auf veränderte Verhältnisse (insbesondere eine veränderte gesetzliche Rahmenbedingung). Einzelne Verträge konnten in ihrer Laufzeit nicht einfach unter einer bestehenden Option verlängert werden, sondern mussten öffentlich neu ausgeschrieben werden, so dass auch andere Anbieter kompetitive Offerten einreichen konnten. Dass

³⁷ Martin KLUSMANN, Internationale Kartelle und das Europäische Leniency-Programm aus Sicht der Verteidigung, WuW 9/2001, 820–833.

solche öffentlichen Ausschreibungen komplex und oftmals «abenteuerlich» gehandhabt werden, ist eine Erscheinung, die offenbar überall anzutreffen ist.

E. Typologie der kartellrechtlichen Szenarien in der Schiedsgerichtspraxis

Frage 14: In welchen Verfahrensstadien werden kartellrechtliche Fragen releviert?

Es kommen alle Varianten vor:

- Die Vertragsparteien haben *schon vor Einleitung* des Schiedsverfahrens ihre Ansprüche ganz oder teilweise auf eine behauptete Verletzung des Wettbewerbsrechts gestützt; sie tragen diese Ansprüche vor dem Schiedsgericht vor.
- Die Parteien sind ausserdem *bereits in einem administrativen Verfahren vor der EU-Kommission* involviert und unterbreiten die zivilrechtlichen Ansprüche dem Schiedsgericht. Sie beantragen möglicherweise die Sistierung des Schiedsverfahrens, bis eine Beurteilung durch die EU-Kommission vorliegt.
- Oder aber: Die Parteien haben die wettbewerbsrechtlichen Aspekte vorprozessual *nicht* diskutiert (oder gar nicht daran gedacht) und berufen sich *erst im Verlaufe des Verfahrens* zusätzlich auf eine Verletzung des Kartellrechts.
- Die Parteien haben sich weder vorprozessual noch während des Schiedsverfahrens überhaupt auf Kartellrecht berufen. Indessen *ersehen die Schiedsrichter ernstliche Anhaltspunkte*, dass kartellrechtliche Verstösse vorliegen. Diesfalls releviert unter Umständen das Schiedsgericht *von sich aus* die Vereinbarkeit mit Art. 81/82 EGV und trägt den Parteien auf, zu den kartellrechtlichen Gesichtspunkten Stellung zu nehmen.
- Die Parteien *verweigern die Vorlage entsprechender Dokumente* unter Hinweis auf die Vertraulichkeit und bieten keine Hand dazu, dass ihre Organe sowie Zeugen einvernommen werden können. Das Schiedsgericht wird mit der Frage konfrontiert, ob besondere *protective orders* zum Schutz der Vertraulichkeit erlassen werden sollen, ob und in welchem Umfang von den Parteien die Vorlage von Dokumenten verlangt werden muss bzw. verlangt werden kann, und ob (und wenn ja welche) *negativen Schlussfolgerungen* daraus gezogen werden sollen, falls eine

Partei dem Ersuchen des Schiedsgerichts keine Folge leistet. Ausserdem wird das Schiedsgericht mit der Frage konfrontiert sein, in welchem Umfang es selbst (beispielsweise in Bezug auf den relevanten Markt sowie die Marktanteile) Nachforschungen unter Zuhilfenahme von ökonomischen Experten durchführen soll/kann/muss.

- Die Parteien liegen bei der Beurteilung, ob kartellrechtliche Verstösse vorliegen, weit auseinander. Für das Schiedsgericht wird sich die Frage stellen, inwieweit es auf *Parteigutachten* sowie auf die Einvernahme der von den Parteien mandatierten Gutachter abstellen will, oder ob es selbst *einen neutralen Gutachter* beauftragt und diesen gestützt auf sein Gutachten anlässlich einer Verhandlung einvernimmt bzw. durch die Parteien einvernehmen lässt.
- Eine der Parteien verlangt vom Schiedsgericht die *Sistierung* des Schiedsverfahrens, damit die Sache der EU-Kommission zur Stellungnahme unterbreitet werden kann. Es stellt sich für das Schiedsgericht die Frage, ob es das Verfahren sistieren soll. Wenn die Stellungnahme der EU-Kommission vorliegt, stellt sich die Frage, ob diese für das Schiedsgericht verbindlich ist.
- Eine Partei beantragt dem Schiedsgericht, das Schiedsgericht habe *von sich aus die Sache der EU-Kommission zu unterbreiten*. Das Schiedsgericht wird einem solchen Ersuchen vermutlich nicht entsprechen.
- Die Parteien, welche im Rahmen des Schiedsverfahrens keinerlei kartellrechtlichen Gesichtspunkte plädiert haben, gelangen zu einer Einigung im Rahmen eines Vergleichs und vereinbaren, inskünftig zusammenzuarbeiten; sie verlangen vom Schiedsgericht, dass diese Vereinbarung in einem sogenannten *consent award* niedergelegt wird (welcher alsdann auch der Anerkennung und Vollstreckung durch die *1958 New York Convention* zugänglich sein würde). Das Schiedsgericht stellt indessen fest, dass die von den Parteien vereinbarte Zusammenarbeit kartellrechtswidrig ist und verweigert unter Umständen die Niederlegung des Vergleichs im Rahmen des von den Parteien nachgesuchten *consent award* (weil es nicht die Unterschrift unter einen solchen Vergleich setzen möchte).
- Verschiedene Unternehmen sind in eine Untersuchung durch die EU-Kommission involviert. Schon während dieser Untersuchung, oder danach, einigen sie sich darauf, die weiteren Folgen, sozusagen *das «zivilrechtliche Nachspiel»*, einem *Schiedsgericht oder Einzelschiedsrichter zur Beurteilung zu unterbreiten*. Öfters handelt es sich dabei um eine Auseinandersetzung zwischen allen 2–7 Mitgliedern eines Kartells, zwischen welchen bis anhin keine vertraglich niedergelegte Absprachen be-

standen, somit auch keine Schiedsklausel. Es wird daher eine (meistens *ad hoc*) Schiedsvereinbarung abgeschlossen.

- Derselbe Sachverhalt, indessen vereinbaren die Parteien eine *fast track arbitration*; sie wollen, dass die anstehende zivilrechtliche Auseinandersetzung innerhalb von (beispielsweise) 3 Monaten gelöst ist. Das Verfahren wird fokussiert, mit kurzen Rechtsschriften aller Beteiligten, limitiert auf die wichtigsten Dokumente, und abgehandelt in einem kompakten Verfahren mit allen Beteiligten im Sinne von *Hearings* (zwischen 2–10 Tagen).
- Wiederum gleicher Sachverhalt, indessen einigen sich die Parteien auf ein *Mediationsverfahren*, unter Leitung eines Mediators. Der Mediator erhält von jeder Partei eine sogenannte *open submission* (welche allen zur Kenntnis gebracht wird) sowie in einem zweiten Umgang eine sogenannte *closed or confidential submission* (welche von jeder Partei einzeln nur dem Mediator zugänglich gemacht wird, und welche Letzterer nur vertraulich zur Kenntnis nehmen kann). Der Mediator führt alsdann *Hearings* durch, mit offenen Verhandlungsrunden, in Anwesenheit aller Beteiligten, sowie in *caucus sessions* (je mit den Parteien einzeln), wobei die dem Mediator mitgeteilten Informationen für den Mediator vertraulich sind, solange die Partei nicht das ausdrückliche Einverständnis gegeben hat, dass gewisse Informationen der oder den anderen Parteien mitgeteilt werden dürfen.

Soweit das weit gefächerte verfahrensrechtliche Feld, in welchem sich kartellrechtliche Fragen aktualisieren.

Frage 15: Um welche Thematik geht es im Rahmen der kartellrechtlichen Schiedsverfahren? Was ist die häufigste Thematik?

Wiederum ist es schwierig, hierüber eine allgemein gültige Aussage zu machen, weil typischerweise die Verfahren vertraulich sind und die Lösungen (sei es bei einem Vergleich oder bei einem Schiedsspruch oder der Empfehlung eines Mediators) nicht publik gemacht werden. Ich muss mich daher auf eine ergänzende³⁸ Skizzierung (grösstenteils aus meiner eigenen Schiedsgerichtspraxis) beschränken.

³⁸ Ca. zwei Dutzend Fälle aus der Praxis 1993 bis 1999 habe ich bereits anderswo beschrieben, was hier nicht wiederholt sein soll: Marc BLESSING, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Swiss Commercial Law Series Vol. 10, 1999 (Helbling & Lichtenhahn), 250 ff.; die Schrift ist auch via Website von Bär & Karrer als PDF-file downloadbar: www.baerkarrer.ch.

- Am häufigsten sind kartellrechtliche Streitigkeiten, welche sich aus einem **Lizenzvertrag** ergeben und somit die «Messlatten» der TT-GVO (derzeit in Revision) zu berücksichtigen sind. Die Fragen, welche hier aufgeworfen werden, sind äusserst vielfältig.
- **Forschungs- und Entwicklungsverträge** haben zu Schiedsverfahren geführt, in welchen beispielsweise geltend gemacht wurde, dass dem Bestimmtheitserfordernis des F&E-Programmes nicht Genüge getan wurde, dass die vertragliche Verpflichtung, die eigene F&E-Tätigkeit einzustellen, wettbewerbswidrig sei und sodann, dass vertragliche Absprachen über eine getrennte Nutzung der F&E-Ergebnisse gegen die GVO 418/85 verstossen würden. Im Rahmen der schiedsgerichtlichen Entscheidung war insbesondere auch festzulegen, in welchem Umfang die beteiligten Unternehmen bei der Verwertung der gemeinsamen F&E frei bleiben müssen.³⁹
- **Spezialisierungsvereinbarungen** haben sich in der Schiedsgerichtspraxis als besonders kritisch erwiesen, wenn ein am Markt dominanteres Unternehmen versucht, dem Vertragspartner einen einseitigen Verzicht auf die Herstellung gewisser Produkte aufzuzwingen, möglicherweise gekoppelt mit einer Alleinbezugsverpflichtung und einem Verbot des Parallelhandels.
- In drei Schiedsverfahren standen sich die Parteien, welche ein **Gemeinschaftsunternehmen** betreiben, gegenüber. Problematisch ist der *spill-over* Effekt (Gruppeneffekt) bei einem konzentrativen GU auf das Marktverhalten der «Eltern» A und B eines GU X, und Streit entstand zwischen A und B in Bezug auf die klare Abgrenzung der Rollenverteilung. In einem anderen Fall machte das beklagte Unternehmen B geltend, das von ihr verlangte Verhalten (in Bezug auf das GU X) laufe auf eine gemäss Art. 81 (ex 85) EGV verbotene Kooperation zwischen A und B hinaus. Im dritten Fall eines konzentrativen GU X, welches indessen lediglich die beiden «Eltern» A und B beliefert, befasste sich die Widerklage von B mit der Behauptung, die von A klageweise geltend gemachten Ansprüche würden dazu führen, den Wettbewerb zwischen A und B auszuschalten, was einen Verstoss unter Art. 81 EGV darstelle (weshalb die Klage abzuweisen sei).

³⁹ Das Schiedsverfahren führte zu einer Anpassung des Vertrages unter konstruktiver *guidance* des Schiedsgerichts (Beseitigung wettbewerbswidriger Beschränkungen hinsichtlich der Weiterführung einer eigenen F&E-Tätigkeit; Beseitigung von Beschränkungen betreffend der Nutzung und Verwertung; Beseitigung von gewissen Kundenbeschränkungen, Exportverbote, Verbote des aktiven Wettbewerbs über einen Zeitraum von 5 Jahren hinaus).

- **Vertriebsverträge** mit verschiedenen Beschränkungen, welche insgesamt antikompetitiv wirken, sind ein weiteres Feld für Schiedsverfahren. Strittig waren beispielsweise der Weiterverkauf an nicht akkreditierte Händler bei einem selektiven Vertriebssystem (Querlieferungen), das Verbot von sog. Sprunglieferungen, das Verbot von Parallelimporten sowie Preisempfehlungen beim selektiven Vertrieb von Markenartikeln. In einem anderen Fall bezüglich eines Alleinvertriebsvertrages ging es um den Rahmen der Zulässigkeit des dem Alleinvertriebshändler auferlegten Konkurrenzverbots sowie des Verbots, ausserhalb des zugewiesenen Gebiets zu verkaufen.
- **Franchising-Verträge** beinhalten oft zu enge Rahmenbedingungen für den *Franchise*-Nehmer (Bezugsverpflichtungen, Bezugsmöglichkeiten beim *Franchise*-Geber mit kritischen Rabattstufen, Preisvorgaben beim Verkauf oder der Vermarktung etc.
- Kartellrechtliche Fragen stellen sich sodann in Schiedsverfahren betreffend **Unternehmenszusammenschlüssen**, Reorganisationen, Kontrollerwerb. Die schiedsgerichtliche Problematik reicht von der Frage der unternehmerischen Selbständigkeit, der Zulässigkeit eines detaillierten Informationssystems bis hin zur Frage, ob ein übernommenes Unternehmen durch gewisse staatliche Erleichterungen eine nicht genehmigte (der Kommission nicht notifizierte) staatliche Beihilfe erhalten hat, für welche ein erhebliches finanzielles Rückzahlungsrisiko besteht.
- Im weiteren kartellrechtlichen Umfeld haben sich Schiedsverfahren mit den komplementären «Spielregeln» des **öffentlichen Beschaffungswesens** zu befassen. Typisch ist der Sachverhalt, bei welchem zwei Anbieter in der einen oder anderen Form vereinbaren, sich bei RFPs (*Requests for Proposals*) nicht zu konkurrenzieren und die eine Partei im Rahmen eines Schiedsverfahrens die Wettbewerbswidrigkeit entsprechender Klauseln geltend macht.
- Noch ein *ganz anderer Sachverhalt* hat zu Schiedsverfahren in der Schweiz geführt: Die **Einführung neuer kartellrechtlicher Gesetzgebungen**, insbesondere in *GUS-Staaten*, gestützt auf welche bestehende langfristige Verträge nicht mehr eingehalten werden wollten/konnten, und welche kommerziell auf eine neue Basis gestellt werden mussten.⁴⁰

⁴⁰ Als Folge des russischen Kartellgesetzes 1991, revidiert 1995, mussten langfristige Lieferverträge neu ausgehandelt und an Weltmarktpreise angepasst werden.

F. Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Anwendung von EG-Wettbewerbsrecht

Frage 16: Was sagt die CH – bundesgerichtliche Praxis zur Zuständigkeitsfrage?

Wird ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz angerufen, entscheidet dieses selbst über seine Zuständigkeit (Art. 186 (1) IPRG). Zur Zuständigkeitsfrage gehört insbesondere auch die Frage, ob die Streitsache im Sinne von Art. 177 IPRG **schiedsfähig** sei.

Bekanntlich wurde der Begriff der Schiedsfähigkeit bewusst ausserordentlich weit gefasst, indem «*jeder vermögensrechtliche Anspruch*» Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein kann.⁴¹

Das Bundesgericht hat (richtigerweise) sinngemäss festgehalten, dass es sich um eine *materiell-rechtliche Kollisionsnorm* handelt, und dass mithin die Frage der Schiedsfähigkeit nicht von der *lex causae* (somit dem auf das gegenständliche Vertragsverhältnis anwendbaren materiellen Recht) abhängt. Auch zwingend anwendbare (bzw. anwendungswillige) Eingriffsnormen führen nicht dazu, dass aus schweizerischer Sicht die Schiedsfähigkeit bezüglich eines an sich vermögensrechtlichen Anspruchs in Frage gestellt bleibt.⁴²

Wo aber liegt die Grenze? Die Grenze, nach schweizerischer Rechtsauffassung, ist sehr weit hinausgeschoben, indem lediglich eine **Ordre public-Widrigkeit** dazu führen könnte, die Schiedsfähigkeit zu verneinen. Dies wird indessen äusserst selten der Fall sein, was sich aus dem in der Fussnote zitierten Bundesgerichtsentscheid unfair entnehmen lässt. Selbst die UN-Sanktionen, welche Geschäfte mit dem Irak als widerrechtlich bezeichneten, führten nicht dazu, dass der Anspruch im Zusammenhang mit einem Liefervertrag in den Irak als nicht schiedsfähig bezeichnet werden konnte. Diese in der Rechtslehre vertretene Auffassung⁴³ wurde kürzlich von einem Schiedsgericht bestätigt, welches festhielt «*the only restriction to arbitrability is represented by public policy*».⁴⁴

⁴¹ Im Unterschied zur engeren Formulierung von Art. 5 des Interkantonalen Konkordats (welches nur noch für rein schweizerische Schiedsverfahren massgeblich ist).

⁴² Dies ergibt sich aus der *landmark*-Entscheidung BGE 118 II 357 (*Fincantieri-Cantieri v/ Otto Milara SpA*).

⁴³ Siehe Marc BLESSING, *Arbitrability of Intellectual Property Disputes*, *Arbitration International* 1996, 205; Robert BRINER, *IPRG Kommentar*, 1996, ad Art. 177 N18.

⁴⁴ ICC Case No. 8420, publiziert in *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*, 2000, 333.

In Bezug auf die Schiedsfähigkeit kartellrechtlicher Ansprüche wird häufig auf das erste Präjudiz (*Ampaglas*) aus dem Jahre 1975 verwiesen.⁴⁵ Das nunmehr massgebliche Bundesgerichtsurteil in Sachen *G. SA v/ SPA* datiert indessen aus dem Jahre 1992.⁴⁶ In diesem Urteil ging es um eine Spezialisierungsvereinbarung zwischen einer italienischen und einer belgischen Partei, welche gewisse Marktaufteilungen sowie Preisabsprachen (behaupteterweise zur Förderung gegenseitiger Synergien) vorsah. Das in Genf sitzende Schiedsgericht hielt sich für unzuständig, die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 81/82 EGV zu prüfen, was zur Anfechtung des Schiedsentscheides beim Schweizerischen Bundesgericht führte. Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid klar fest, dass ein Schiedsgericht dafür zuständig ist, die Frage der Vereinbarkeit eines Vertrages mit dem EG-Wettbewerbsrecht zu prüfen. Der Entscheid ist in der Rechtslehre so ausgelegt worden, dass ein Schiedsgericht nicht nur die Kompetenz dazu hat, sondern auch verpflichtet ist, diese Jurisdiktion auszuüben, und zwar ungeachtet des auf das Vertragsverhältnis anwendbaren materiellen Rechts.

G. Extraterritoriale Rechtsanwendung durch das Schiedsgericht

Frage 17: Die beiden nicht schweizerischen Vertragsparteien haben Schweizer Recht vereinbart. Ist es gerechtfertigt, fremdes Kartellrecht zu berücksichtigen oder direkt anzuwenden, beispielsweise das EG-Kartellrecht oder US Antitrust Laws?

Diese Frage situiert sich *in einem viel breiteren Spektrum* der Frage nach der **Berücksichtigung zwingender Bestimmungen eines ausländischen Rechts**. Über dieses Thema besteht eine kaum mehr übersehbare Literatur.⁴⁷

Grundsätzlich können Eingriffsnormen eingeteilt werden in Handelsbeschränkungen (*import/export restrictions, boycotts, embargos*), währungspolitische Massnahmen (*exchange control regulations*, inklusive das *IMF*

⁴⁵ Kantonsgericht Waadt, Urteil vom 28. Oktober 1975 (Journal des Tribunaux 1981, III, 71); siehe ferner Claude REYMOND, La loi suisse sur les cartels devant les tribunaux arbitraux suisses, ASA Bulletin 2000, 685.

⁴⁶ BGE 118 II 193.

⁴⁷ Hinweise finden sich bei Marc BLESSING, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, 1999, 228–272.

Agreement), staatliche Eingriffsmassnahmen (*acts of state*) **sowie extraterritorial anwendungswilliges Wettbewerbsrecht**. Bei allen diesen Eingriffsnormen stellt sich letztlich die Frage nach deren Anwendungswürdigkeit. Was ist der Normzweck? Was sind die geschützten Interessen? Welche politischen, kulturellen (oder auch nur finanziellen) Interessen sollen geschützt werden, oder sind es letztlich lediglich Fiskalinteressen, politische oder militärische Interessen? Die Beantwortung solcher Fragen hat die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in den letzten Jahrzehnten in einem ausserordentlich grossen Masse beschäftigt.

In Bezug auf die Wertung und «**Beachtungswürdigkeit**» des Wettbewerbsrechts besteht sicherlich ein Konsens, dass diesem eine herausragende Ordnungsfunktion zukommt. Die Grundsätze des Kartellrechts gelten in denjenigen Staaten, in denen das betreffende Wettbewerbsrecht direkt anwendbar ist, zum *Ordre public*.⁴⁸ Verträge, welche gegen Kartellrecht verstossen, werden in der Regel mit der Nichtigkeitssanktion belegt.⁴⁹

Die Frage ist nun aber, welcher Stellenwert dem Kartellrecht (beispielsweise dem EG-Kartellrecht oder den US Antitrust Laws) **in einem Drittstaat** wie der Schweiz eingeräumt wird bzw. eingeräumt werden soll. Zwar entsprechen mittlerweile die Grundsätze des Schweizerischen Kartellgesetzes mehr oder weniger den «Messlatten» des EG-Kartellrechts. Indessen ist das EG-Kartellrecht in der Schweiz nicht direkt anwendbar, und das Schweizerische Bundesgericht hat bis anhin noch nicht dafür gehalten, dass die Beachtung des EG-Kartellrechts direkt zum sanktionierten schweizerischen *Ordre public* gehört.

Selbst wenn sich das Schweizerische Bundesgericht in dieser Frage leicht «bedeckt» hält, rechtfertigt es sich, die Beachtungswürdigkeit und Anwendungswürdigkeit des EG-Kartellrechts als sehr hoch anzusiedeln; jedenfalls halte ich dafür, dass *hard core*-Verstösse **unter die *Ordre public* Qualifikation fallen** und entsprechend sanktioniert werden müssen. Siehe hierzu die weiteren Fragen unter **Kapitel H** zur *ex officio* Anwendung des Kartellrechts.

Was heisst dies für die schiedsgerichtliche Praxis in der Schweiz? *Die Zeiten sind eindeutig vorbei, in welcher ausländische Parteien ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz anrufen konnten, um sich dadurch dem Anwen-*

⁴⁸ Siehe hierzu die *Eco-Swiss v/ Benetton*-Entscheidung.

⁴⁹ Art. 81(2) EGV sieht die Nichtigkeitssanktion im Rahmen von Art. 81 vor und statuiert damit eine verbindliche zivilrechtliche Norm. Eine entsprechende Bestimmung fehlt bei Art. 82. Die Widerrechtlichkeit unterliegt den nationalen Gesetzen.

dungsbereich des EG-Kartellrechts (oder analoger anwendungswürdiger Kartellrechte) zu entziehen.

- Zunächst einmal ist höchstrichterlich festgestellt, dass sich ein Schiedsgericht mit der Sitz in der Schweiz für *zuständig* erklären muss, eine Prüfung unter Art. 81/82 EGV vorzunehmen.⁵⁰
- Mit der blossen Bejahung der Zuständigkeit ist es jedoch nicht getan, sondern es ist Aufgabe eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz, auch die materiell-rechtliche Prüfung vorzunehmen, auch wenn diese Prüfung schwierig oder unter Umständen ausserordentlich aufwändig sein kann. Nach der von mir vertretenen Rechtsauffassung ist es die Pflicht eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz, dem EG-Kartellrecht grundsätzlich Nachachtung zu verschaffen.
- Dies gilt in ganz besonderem Masse überall dort, wo es sich um «*hard core*»-Verstösse handelt.
- Bei «*soft core*»-Verstössen wird das Schiedsgericht ebenfalls aufgerufen sein, das EG-Kartellrecht anzuwenden bzw. zu berücksichtigen.
- Es kann nicht sein, dass die Schweiz Zufluchtsstätte für Parteien wird, welche die *ground rules* eines fairen und wirksamen Wettbewerbs verletzen.
- Im übrigen wäre ein Schiedsentscheid, welcher sich über anwendbares EG oder U.S. Wettbewerbsrecht hinwegsetzt, in den Staaten der EU oder den USA nicht vollstreckbar.⁵¹

Frage 18: Unterfällt eine Kartellabsprache, welche beispielsweise in der Schweiz getroffen wurde, dem Zugriff des EG-Kartellrechts?

Auch hier stellt sich die Frage der *extraterritorialen Anwendung des EG-Kartellrechts* auf Sachverhalte, welche sich ausserhalb des EU-Raumes abgepielt haben.

Point de départ für diese Fragestellung ist das **Völkerrecht** und das in diesem verankerte **Territorialitätsprinzip** der Rechtsordnungen und das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme (sog. *comitas gentium*) im Sinne des Einmischungsverbots. Völkerrechtlich ist somit eine extraterritoriale Rechtsanwendung nur sehr restriktiv befürwortet. Demgegenüber führt die

⁵⁰ BGE 118/II 193.

⁵¹ Eine Vollstreckung erschiene allenfalls möglich in einem Drittstaat ausserhalb der EU, falls dort auf Aktiven zugegriffen werden kann.

Anwendung des **Auswirkungsprinzips** (*effects doctrine*) zu einer extraterritorialen Ausdehnung des nationalen oder regionalen Rechts.

Indessen ist die Realität so, dass ein wirksames Kartellrecht geradezu nach dem **Auswirkungsprinzip** verlangt. Das Auswirkungsprinzip ist im EGV denn auch schon vom Wortlaut her inhärent. Siehe beispielsweise Art. 81: «... alle Vereinbarungen ..., welche den Handel ... zu beeinträchtigen geeignet sind ... und eine ... Verfälschung des Wettbewerbs ... bezwecken oder **bewirken** ...». Somit wird nicht auf den Abschlussort abgestellt. Ebenso Art. 82 EGV: Verboten ist die missbräuchliche Ausnützung einer beherrschenden Stellung, soweit dies «**dazu führen kann**, ... den Handel ... zu beeinträchtigen».

Dasselbe Bild ergibt sich aus der grammatikalischen Auslegung der FKVO. Wogegen der ursprüngliche Vorschlag der Kommission im Jahre 1973 noch vorsah, dass eines der beteiligten Unternehmen seinen Sitz in der Gemeinschaft haben müsse, ist dies in der FKVO 1989 fallen gelassen worden. Der Sitz der beteiligten Unternehmen spielt keine Rolle, sondern einzig die Möglichkeit einer Auswirkung auf den gemeinsamen Markt, im Sinne einer Auswirkung von gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 2 (3) FKVO). Schliesslich sei auch auf die TT-GVO 240/96 hingewiesen, Erwägung 7: «... Sind mit den Lizenzvereinbarungen für Drittländer ... **Wirkungen** innerhalb des Gemeinsamen Marktes verbunden ..., so gilt diese VO in gleicher Weise ...».

Frage 19: Wie stellen sich die EU-Kommission und die Europäischen Gerichte zum Auswirkungsprinzip?

Interessant ist es, der Frage nachzugehen, wie sich die EU-Kommission und der EuGH zum Auswirkungsprinzip gestellt haben. Zu erinnern ist zunächst an die **Farbstoff-Fälle 1972** (*ICI, Geigy, Sandoz*), bei welchen es um Preiserhöhungen durch Verhaltensabstimmungen ging. Der Sitz der beteiligten Gesellschaften befand sich damals ausserhalb der EG (England war noch nicht Mitglied). Unbehelflich war der Einwand der betroffenen Gesellschaften, die EG-Behörden hätten keine Kognition, unbehelflich auch der (heute etwas skurril, zumindest sehr formalistisch anmutende) Einwand der Basler, die direkte Zustellung aus Brüssel stelle einen Missbrauch des schweizerischen Postweges dar.

Die EG-Kommission wandte in allen diesen Fällen das **Auswirkungsprinzip** an und beantragte dementsprechend dem EuGH die **extraterritoriale Anwendung** des EG Kartellrechts *on the basis of the effects doctrine*. Der EuGH dagegen «*avoided adopting any version of the effects doctrine, and*

*instead relied on the subjective territorial jurisdiction»⁵² über die in der Gemeinschaft ansässigen Tochterunternehmen, machte dann aber den «Luftsprung», dass er für das Handeln der Tochtergesellschaften ohne weiteres (somit ohne sich gross über die verschiedenen Rechtspersönlichkeiten Sorgen zu machen) die Muttergesellschaften verantwortlich machte. Der EuGH vermied es somit sorgfältig, das Auswirkungsprinzip zu bejahen, um sich statt dessen auf das Prinzip der **Unternehmenseinheit** zu berufen (Zurechnung des Handelns der Tochtergesellschaften bei der Muttergesellschaft, wegen der vorhandenen *Weisungsgebundenheit* der Tochtergesellschaften gegenüber der Muttergesellschaft («**economic entity doctrine**»)).⁵³ Dr. SCHRÖTER kommentierte hierzu zutreffend: «Man erfasste den Herrn, nicht den Knecht»).*

In **Continental Can 1973**⁵⁴ wurde an die New Yorker Muttergesellschaft der Vorwurf erhoben, sie missbrauche ihre Marktmacht (im Bereich Verpackung von Fleisch- und Fischprodukten), indem sie via ihre belgische Tochtergesellschaft *Europemballage Corp.* ca. 80% des Kapitals zweier ihrer Konkurrenten erwarb. Wiederum wandte *Continental Can* ein, es fehle der EG-Kommission und dem EuGH an der Zuständigkeit, da diese keine Verwaltungshoheit und keine Rechtsprechungshoheit über ein Unternehmen mit Sitz in den USA habe. Im übrigen sei das Verhalten der *Europemballage* nicht der *Continental Can* zuzurechnen. Aber: Wiederum wies der EuGH diese Argumentation zurück, wiederum erfolgte eine Zurechnung an die Muttergesellschaft unter Berufung auf das Einheitsprinzip («**economic unit**», «**unité économique**»), wobei der EuGH betonte, dass *Continental Can* der Tochter die für den Aktienwerb erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt habe. Der EuGH hielt dafür, die Position von *Continental Can* wäre so verstärkt worden, dass Wettbewerber praktisch vom Markt verdrängt worden wären.⁵⁵ Die heutige **FKVO** war damals noch in ihrer (17-jährigen) prä-natalen Phase.

⁵² John P. JENNINGS, Extraterritorial Jurisdiction of European Community Competition Law, 17 November 1999, <http://www.spencerfane.com/publications/litigation/jurisdiction.html>.

⁵³ Kritische Kommentierung von F.A. MANN, The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities, 22 ICLQ 35 (1973).

⁵⁴ Instruktiv ist die Urteilszusammenfassung von Valentine KORAH, EC Competition Law, Cases & Materials, 1998, 74–92.

⁵⁵ Damals unterlagen Zusammenschlusstatbestände noch den Bestimmungen von Art. 81/82 (ex 85/86) EGV.

In den Fällen *Hoffmann-La Roche*,⁵⁶ *United Brands*,⁵⁷ *Tetra Pak*⁵⁸ und *Hilti*⁵⁹ ging es um Konzerne mit Sitz ausserhalb der EG. In allen Fällen wurde das Handeln der selbständigen Tochtergesellschaften den Müttern zugerechnet, und die Muttergesellschaften waren verantwortlich. Begründet wurde dies mit der jeweiligen **Konzernentscheidungsstruktur**, wonach die Muttergesellschaft für das Handeln (oder die Unterlassung, wie der nächste Fall zeigt) ihrer Tochtergesellschaften direkt verantwortlich gemacht wird.

Im Fall **Commercial Solvents**⁶⁰ hielt die US-Muttergesellschaft eine 51%ige Beteiligung an ihrer italienischen Tochtergesellschaft. Letztere weigerte sich, eine missliebige italienische Abnehmerin und Konkurrentin (Zoja SpA) weiterhin mit einem TB-Heilmittel zu beliefern. Die EG-Kommission befand, dass die Beschlussfassung zur Einstellung der Weiterbelieferung von Zoja ein Missbrauch der Marktmacht darstelle. Die Muttergesellschaft hätte ihre Tochter veranlassen müssen, die Lieferungen weiterzuführen. Wiederum Anwendung der Einheitstheorie: Muttergesellschaft und 51%ige Tochter wurden als wirtschaftliche Einheit behandelt. Es war dies der erste Sachverhalt, bei welchem die wettbewerbswidrige Handlung in einer *Unterlassung* bestand.

Auch im **Zellstofffall**⁶¹ gelangte die Kommission zur Anwendung des Auswirkungsprinzips. Die Schwierigkeit dabei war, dass keiner der amerikanischen, kanadischen und finnischen Zellstoffhersteller (welche alle ausserhalb des EG-Raums ansässig waren) eine Tochtergesellschaft in der EG unterhielten. Die **Einheitstheorie** war hier somit nicht anwendbar, um die vermuteten Preisabsprachen zu sanktionieren. Während die Kommission hier klar auf die Auswirkung innerhalb der Gemeinschaft anknüpfte, drückte sich der EuGH erneut darum, sich ausdrücklich auf das Auswirkungsprinzip zu berufen, sondern berief sich stattdessen, wiederum mit einer leichten Augenwischerei, auf das **«Durchführungsprinzip»** (*implementation theory*; zwar Bildung des Kartells ausserhalb des EG-Raums, jedoch Durchführung desselben auf dem Gemeinsamen Markt).

In diesen besprochenen Fällen hat die **Kommission das Auswirkungsprinzip stets bejaht**, wenn sich ein Verhalten in der Gemeinschaft ausgewirkt hat.

⁵⁶ EuGH, Slg. 1979, 461. Siehe auch Valentine KORAH, EC Competition Law, Cases & Materials, 1998, 93–115.

⁵⁷ EuGH, Slg. 1978, 207.

⁵⁸ EuGH, Slg. 1990, II-309.

⁵⁹ EuGH, Slg. 1991, II-1439.

⁶⁰ EuGH, Slg. 1974, 223 (insbes. 245 ff.).

⁶¹ EuGH, Slg. 1988, 5193.

Der **EuGH** hat solche Kommissionsentscheidungen zwar nie aufgehoben, hatte andererseits aber das Auswirkungsprinzip auch nie ausdrücklich anerkannt.⁶² Der **Grund** liegt wohl darin, dass europäische Kommentatoren sich immer wieder gegen *überbordende U.S. amerikanische Allüren* verwahrten, und die beabsichtigte Ausdehnung der Jurisdiktionshoheit über die Grenzen des eigenen Staatsgebiets⁶³ hinaus als arrogant oder anmassend sowie völkerrechtswidrig charakterisierten.⁶⁴

Nur aber: ein wirksames Kartellrecht kommt um eine Bejahung des Auswirkungsprinzips (so fragwürdig es völkerrechtlich sein mag) gar nicht herum! Die Kommission selbst hat denn auch den Unterschied zwischen der vom EuGH angerufenen *implementation theory* und der *effects doctrine* als «*largely a question of semantics and unimportant*» betrachtet.⁶⁵

Zum **Klartext** fand der EuGH dann allerdings im *Benetton-Fall*, welcher in jüngster Zeit sehr ausgiebig diskutiert wurde.⁶⁶

Im Rahmen der **Fusionskontrolle** findet ebenfalls keine Anknüpfung an den Sitz der beteiligten Unternehmen statt. Massgeblich ist gemäss Art. 1 (2) FKVO die gemeinschaftsweite Bedeutung eines Zusammenschlusses.⁶⁷ In

⁶² Aber ein Ansatz ist zu finden in einem sehr frühen EuGH Entscheid *Béguelin v/ GL Import Export*, (1971) ECR 949, (1972) CMLR 81. Die *Béguelin-rule* wurde vom EuGH auch im späteren Entscheid *Aluminium Imports From Eastern Europe* angewendet: 85/206/EEC; OJ (1985) L 092/1.

⁶³ Was die USA nicht nur im Bereich des Kartellrechts praktizieren, sondern auch im Bereich des Kapitalmarktrechts, der Börsenaufsicht sowie insbesondere bei den heutzutage wuchernden über 100 verschiedenen amerikanischen *trade sanctions* gegenüber einer Reihe von Staaten. Die EU und verschiedene europäische Staaten haben sich gegen diese amerikanische «Arroganz» zum Teil heftig zur Wehr gesetzt, z.B. die EU mit ausdrücklichen *Blocking Regulations* – z.B. die *EU Blocking Regulation of 22 November 1996*, *Council Regulation* No. 2271/96, OJ 1996 L 309/1 und *Commission Notice* vom 16.10.1996 – und England sogar mit eigentlichen *clawback statutes*; siehe Marc BLESSING, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, 1999, 240ff.

⁶⁴ P. REDDY, *The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law and The United Kingdom's Reaction*, 3 *Emory Journal of International Dispute Resolution*, 1989, 221.

⁶⁵ Volles Zitat bei John P. JENNINGS, aaO, 10 und Fn. 54, zitierend die Commissioners Christopher JONES und Enrique GONZALES-DIAZ.

⁶⁶ *Eco Swiss China Time Ltd./Benetton International NV*, EuGH vom 1. Juni 1999, EuGH 1999 I-3055, C 126/97. Auf Einzelheiten braucht hier nicht nochmals eingegangen zu werden; siehe beispielsweise Anton K. SCHNYDER, *Wettbewerbsrecht im Schiedsverfahren*, ELR 08/99, 326/7. Ferner Johannes A. BÜRGI, *Zivilrechtsfolge Nichtigkeit im Kartellrecht der Europäischen Union*, 118 ff., und neuestens Carl BAUDENBACHER/Imelda HIGGINS, *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*, *The Columbia Journal of European Law*, Winter 2002, insbes. 8 ff.

⁶⁷ Zu den *leading cases* gehören beispielsweise *Tetra Pak/Alfa Laval*, *Nestlé/Perrier*, *Schweizer Rück/ELVIA*, *CS/Volksbank*, *Ciba-Geigy/Sandoz* (zu Novartis), *Boeing/McDonnell Douglas*, *UBS und SBC* zu UBS AG etc.

Gencor/Lonrho wandte die Kommission ebenfalls das Auswirkungsprinzip an, wobei alsdann **der EuG erstmals** gerichtlich das Auswirkungsprinzip ebenfalls **bejahte** und dafür hielt, dass das Auswirkungsprinzip dann völkerrechtskonform ist, wenn die Auswirkungen eines Zusammenschlusses in der Gemeinschaft **«vorhersehbar, unmittelbar und erheblich»** sind. Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist Anknüpfungspunkt das Erreichen der Umsatzschwellen. *In casu* hielten Gencor und Lonrho eine kollektive Dominanz inne, indem sie zusammen etwa 65% des Marktes bei Platin und Rhodium beherrschten.⁶⁸

Somit muss wohl festgehalten werden, dass nunmehr das Auswirkungsprinzip als gefestigte Norm des EG-Kartellrechts angesehen werden kann.

Frage 20: Und das Auswirkungsprinzip in der Schweiz ...?

In Bezug auf die Schweiz⁶⁹ ist auf Art. 137 IPRG zu verweisen. Demnach unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung dem Recht desjenigen Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist.⁷⁰

Allerdings enthält Art. 137 (2) IPRG ein Korrektiv in dem Sinne, dass, falls die Wettbewerbsbehinderung einem ausländischen Recht untersteht (beispielsweise dem EG-Kartellrecht), in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden können, als sie nach schweizerischem Recht für eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung zugesprochen werden könnten. Leitlinie dieser Bestimmung ist das Bereicherungsverbot. Absatz 2 beschlägt indessen lediglich das Mass der zusprechbaren Leistungen, nicht aber deren Haftungsvoraussetzungen (die Frage der Widerrechtlichkeit, des Verschuldens, des Kausalzusammenhangs, der Voraussehbarkeit und der Verjährung können somit dem ausländischen Recht unterstehen).

Die Bestimmung erlangt Bedeutung bei der Frage, ob einem Schweizer Schiedsgericht die Kompetenz zusteht, **treble damages** nach USA-*antitrust law* zuzusprechen. Die Diskussion über diese Frage lässt sich nur schwerlich auf einen gemeinsamen Nenner bringen. Ich hatte diese Frage

⁶⁸ Vergleiche auch den Aufsatz von Torsten BERGAU, EuG anerkennt das Auswirkungsprinzip in der Fusionskontrolle, ELR 4/99, 150 ff.

⁶⁹ Siehe hierzu Rolf BÄR, Das Auswirkungsprinzip im Schweizerischen und Europäischen Wettbewerbsrecht, in: VON BÜREN/COTTIER, Die neue Schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1996, 87 ff.

⁷⁰ Schon in BGE 93 II 192 wurde das Auswirkungsprinzip anerkannt.

im Zusammenhang mit dem Fall *Hottinger/George Fisher*⁷¹ zu prüfen und bin nach reiflicher Ueberlegung zur **Bejahung** gekommen.⁷²

... und in den USA?

Die extraterritoriale Anwendung des Wettbewerbsrechts ist *auch in den USA* verankert. Wegleitendes Präjudiz ist der **Alcoa**-Entscheid aus dem Jahre 1945, in welchem das Auswirkungsprinzip entwickelt wurde.⁷³ Im *Second Restatement of the Law* wurde indessen das Auswirkungsprinzip abgeschwächt, und die entsprechenden *Guidelines* statuierten sieben Faktoren für einen *rule of reason approach* bei der Anwendung des Auswirkungsprinzips. Dieser Test wurde indessen von den US-Gerichten ignoriert.

⁷¹ Der Verfasser war Präsident jenes Schiedsgerichts. Er vertritt die Meinung, dass ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz die Zuständigkeit (und unter Umständen auch die Pflicht) hat, gegebenenfalls ausländisches Wettbewerbsrecht anzuwenden, und zwar vollumfänglich und nicht nur selektiv. Er hat daher die Zuständigkeit zur Zusprechung von **treble damages** grundsätzlich bejaht; siehe hierzu Marc BLESSING, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, Helbling & Lichtenhahn, 1999, 248. Gleicher Meinung: Roger ZÄCH, Swiss International Arbitration – Civil Claims Arising From Restraints of Competition Affecting Markets Outside Switzerland, in: Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law, 1998, 267–287, insbes. 285.

Wie das vom Verfasser erwähnte Verfahren *Hottinger v/ George Fisher* gezeigt hat, weist diese Frage eine Vielzahl von prozessualen und rechtlichen Fragen auf, welche sich einer vorschnellen Beantwortung entziehen. Parallel zum Zürcher Schiedsverfahren sah sich die Schiedsbeklagte George Fisher veranlasst, vor dem U.S. Gericht als Klägerin die Verdreifachung des (bereits beim Schiedsgericht widerklageweise geltend gemachten) einfachen Schadens zu verlangen. Nachdem das Zürcher Schiedsgericht indessen in *Procedural Orders* klar festgehalten hatte, dass es sich für zuständig erachtet, das U.S. Antitrust Recht vollumfänglich zu berücksichtigen (inklusive *treble damages*), führte dies zur Sistierung und schliesslich zur Abweisung der Klage durch das U.S. Gericht (*George Fisher Foundry Systems, Inc. v/ Adolph Hottinger GmbH*, 55 F.3d 1206 (6th Cir. 1995)).

Andererseits verweist die Kommentierung zu Art. 137 IPRG zu Recht darauf hin, dass es im schweizerischen Recht keine funktionale Entsprechung zu einer Verdreifachung des Schadens (im Sinne einer Poenale) gibt. Für Einzelheiten sei verwiesen auf DASSER/DROLSHAMMER, Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, ad Art. 137 N 22 ff. Siehe ausserdem Felix J. DASSER, Punitive Damages: Vom «fremden Fötzel» zum «Miteidgenoss»? SJZ 96 (2000), 101 ff.

⁷² Eine Verneinung dieser Frage hätte eine gravierende prozessuale Folge: Eine Partei, welche kraft US Antitrust Law Anspruch auf Ersatz des dreifachen Schadens hat, wäre alsdann gezwungen, stets ein paralleles Verfahren in den USA anzustrengen, um dort die Verdreifachung des Schadens einzuklagen (wie dies im Falle *Hottinger v/ George Fisher* denn auch erfolgt ist).

⁷³ *Alcoa*, 148 F. 2d 416 [2d Cir 1945].

Im *landmark case Hardford Fire* im Jahre 1993,⁷⁴ welcher eine grosse Diskussion auslöste, sowie im darauffolgenden Fall *Nippon Paper* aus dem Jahre 1997⁷⁵ wurde das Kriterium fallen gelassen zu prüfen, ob die *effects* auch tatsächlich *intended* gewesen seien. Somit zählt seither – etwas vereinfacht ausgedrückt – bloss die Frage, ob eine Auswirkung auf den amerikanischen Markt stattfindet, egal, ob diese beabsichtigt oder unbeabsichtigt waren.

H. Ex officio Anwendung – oder ein Schiedsverfahren «mit Scheuklappen»?

Frage 21: Ist ein Schiedsgericht verpflichtet, von sich aus (ex officio) kartellrechtliche Fragen zu relevieren?

Einerseits kann es nicht die Aufgabe und Sache eines Schiedsgerichts sein, in allen Fällen *aktiv* danach zu forschen, ob nicht irgendwelche kartellrechtlich relevanten Verstösse vorhanden sein könnten. Ein derartiges Verhalten wäre abzulehnen.

Andererseits darf es auch nicht sein, dass ein Schiedsgericht wissentlich die Augen verschliesst, oder dass ein Schiedsgericht angesichts klarer kartellrechtlicher Tatbestände sich Scheuklappen zulegt, um die an sich offensichtlichen kartellrechtlichen Probleme auszuklammern.

Beide Verhaltensweisen sind meines Erachtens abzulehnen. Die erste, weil Schiedsrichter ihre Aufgabe falsch verstehen, wenn sie sich als verkappte «Spürhunde» betätigen oder sich *sozusagen Diener einer Kartellbehörde* verstehen. Die zweite Auffassung ist ebenso abzulehnen, weil andererseits die Schiedsrichter *auch nicht bloss die Diener der Parteien* sind.

Über die Rolle und Aufgabe eines Schiedsrichters ist sehr viel geschrieben worden. Nach **richtiger** Auffassung wird zwar die Kompetenz des Schiedsrichters durch die Parteivereinbarung begründet; sie ist aber nicht notwendigerweise dadurch limitiert. Vielmehr bezieht ein Schiedsgericht das ihm zukommende **imperium** aus der dem Schiedsgericht eingeräumten staatlichen Ermächtigung, und es ist die staatliche Mithilfe, welche letztlich zur Durchsetzung zur Verfügung gestellt wird. Ein Schiedsrichter hat mit Annah-

⁷⁴ *Hardford Fire Insurance Co. et al. v/ California et al.*, 509 U.S. 764 (1993), 37 ss.

⁷⁵ *United States v/ Nippon Paper Industries Co. Ltd.*, 109 F. 3d (1st Cir. 1997), *cert.denied*, 118 S.Ct. 685 (1998), *reh. denied*, 118 S.Ct. 1116, 45 ss.

me des Mandats somit *auch eine übernommene inhärente Verpflichtung, den von ihm als anwendbar betrachteten Rechtsregeln Nachachtung zu verschaffen*. Die Mandatierung eines Schiedsgerichts kraft Parteivereinbarung impliziert dieses Verständnis.

Die vorliegende Thematik hat sich in meiner eigenen Schiedsgerichtspraxis verschiedentlich gestellt:

- Es geht hier vor allem um die Situation, dass keine der in einem Schiedsverfahren befassten Parteien ein Interesse hat, die kartellrechtliche Problematik zu relevieren.
- Selbst wenn beispielsweise eine beklagte Partei eine Forderungsklage durch Geltendmachung der kartellrechtlichen Widerrechtlichkeit einer vertraglichen Absprache erfolgreich abwehren könnte, hat unter Umständen die beklagte Partei dennoch *ein überwiegendes Interesse*, diesen unter Umständen vertragzerstörenden Einwand *nicht* geltend zu machen, ihre Verteidigung auf andere Argumente zu stützen, um damit weiterhin eine möglicherweise auch für die Beklagte vorteilhafte kartellistische Absprache aufrecht zu halten.

Für den Schiedsrichter stellt sich alsdann sozusagen eine **Gewissensfrage**, ob er *proprio motu* die Parteien auf seine im Kartellrecht begründeten Bedenken hinweist und die Parteien auffordert, dazu schriftsätzlich oder anlässlich der *Hearings* im Detail Stellung zu nehmen. Sollten beide Parteien dies verweigern, so wird sich das Schiedsgericht vor die Wahl gestellt sehen, entweder selbst die entsprechenden Schlüsse zu ziehen und eine kartellrechtliche Beurteilung vorzunehmen (soweit dies auf Grund des Standes des Dossiers möglich ist), oder aber das Schiedsrichtermandat zur Verfügung zu stellen. Diese Vorgehensweise drängt sich meines Erachtens in all denjenigen Fällen auf, bei denen ersichtlich ist, dass es sich um *hard core*-Verletzungen des Kartellrechts handelt.

Frage 22: Ex officio ... eine Religionsfrage?

Wir sind damit bei der Frage der *ex officio* Anwendung des Kartellrechts angelangt. Eine weitere **Religionsfrage**? Vielleicht!

Die einen werden einwenden, das Schweizerische Bundesgericht habe noch nie klar festgehalten, dass die Beachtung des EG-Kartellrechts als dem schweizerischen *Ordre public* zugehörig zu betrachten sei.⁷⁶

⁷⁶ Demgegenüber tendiert die neuere Rechtslehre dazu, das EG-Wettbewerbsrecht (und wohl auch verwandte Wettbewerbsgesetze) als einem *transnationalen Ordre public* zu-

Andere werden betonen, eine Ignorierung des EG-Kartellrechts durch ein Schiedsgericht in der Schweiz (ganz gleichgültig welchem materiellen Recht das gegenständliche Vertragsverhältnis untersteht) wäre eine heute nicht mehr zu rechtfertigende Ignoranz (oder Arroganz), und Zeichen einer unverantwortlichen, weltfremden ja insularen Perspektive. Wer am internationalen Markt teilnehmen will, muss deren essentielle Spielregeln akzeptieren. Dass das EG-Wettbewerbsrecht dazu gehört, kann heute mit Fug wohl nicht mehr bestritten werden. Nach der von mir schon in früheren Schriften dargelegten Auffassung gehört das Wettbewerbsrecht zum *transnationalen Ordre public*. Ein Schiedsgericht, welches dies ignoriert, verletzt seine Pflichten.⁷⁷

Zu erwähnen ist, dass ein Schiedsgericht nicht auf die Anwendung von Normen beschränkt ist, welche von den Parteien (oder auch nur einer derselben) vorgebracht werden.⁷⁸ Vielmehr hat das Schiedsgericht eine eigenständige rechtliche Entscheidungsbefugnis. Allerdings wird ein Schiedsgericht gut daran tun, die Parteien nicht erst im Schiedsurteil mit seinen eigenen rechtlichen Überlegungen zu überraschen, sondern es gehört zum Begriff des *due process* und dem unabdingbaren Anspruch auf rechtliches Gehör (welcher sinngemäss in allen rechtsstaatlichen Rechtsordnungen verankert ist und auch in den nationalen *Arbitration Acts* reflektiert wird⁷⁹), dass den Parteien Gelegenheit gegeben wird, zu eigenen rechtlichen Überlegungen des Schiedsgerichts Stellung zu nehmen.

Ein Schiedsgericht muss indessen das EG-Wettbewerbsrecht nicht nur «berücksichtigen» oder «in Betracht ziehen», sondern es anwenden. Auch ein ausdrücklicher Ausschluss der Parteien ist m.E. unwirksam. Ein *pick and choose* der Parteien in Bezug auf zwingende Rechtsregeln ist, zumindest soweit sie dem transnationalen *Ordre public* zugehörig sind,⁸⁰ abzulehnen.

gehörig zu betrachten, welcher unter dem Gesichtspunkt von Art. 190 (2)(e) IPRG zu beachten wäre. Siehe beispielsweise Johannes A. BÜRGI, Zivilrechtsfolge Nichtigkeit im Kartellrecht der Europäischen Union, 123: «*Unterlässt ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz ungerechtfertigterweise die Berücksichtigung Europäischen Kartellrechts, stellt dies demnach ein Verstoß gegen den Ordre public im Sinne von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG dar.*» Gleicher Meinung: Anton HEINI in Festschrift Zäch, 319; zurückhaltend BERTI/SCHNYDER, Basler Kommentar ad Art. 190 IPRG, N 39 ff.

⁷⁷ Diese Meinung wird auch von GIRSBERGER/WEBER-STECHER, Die Einrede der Wettbewerbswidrigkeit vor Schweizerischen Schiedsgerichten, 687, vertreten; ebenso Johannes A. BÜRGI, Zivilrechtsfolge Nichtigkeit bei Kartellrechtsverstößen, Bern 2001, 115 f.

⁷⁸ BGE 120 II 175.

⁷⁹ Für die Schweiz, siehe Art. 182 (3) IPRG.

⁸⁰ Alle *Ordre public*-Vorschriften sind zwingend, aber längst nicht alle zwingenden Vorschriften einer bestimmten Rechtsordnung sind als dem *Ordre public* zugehörig zu betrachten (sondern nur die wenigsten).

Es ergibt sich daraus, dass ein Schiedsgericht unter Umständen verpflichtet ist, auch *ex officio* das Kartellrecht anzuwenden, und es muss *jedenfalls hard core-Verstösse* einer Abklärung zuführen. Aber nicht nur letztere: auch *soft core-Verstössen*, welche dem Schiedsgericht bei pflichtgemässer Dili-genz ersichtlich sind, ist unter Umständen nachzugehen, wobei indessen klargestellt bleiben muss, dass ein von den Parteien einberufenes privates Schiedsgericht den ihm anvertrauten Schiedsauftrag nicht in dessen Gegen-teil – nämlich in ein Inquisitionsverfahren – umgestalten soll.⁸¹

Frage 23: Ist eine Rechtswahl hinsichtlich des Kartellrechts zulässig?

Hinsichtlich der Rechtsanwendung stellt sich die Frage, ob die Parteien zu-mindest eine gewisse *Rechtswahl haben hinsichtlich der kartellzivilrechtli-chen Ansprüche*. Dies ist in der Lehre **kontrovers**, von ZÄCH bejaht, von SCHWANDER und BÜRGI abgelehnt. Die Ablehnung wird damit begründet, dass den kartellzivilrechtlichen Normen sowohl des schweizerischen wie des Eu-ro-päischen Kartellrechts eine instrumentale Funktion zukommt, nämlich als flankierende Massnahme zur effizienteren Durchsetzung des Kartellrechts.

Diese Durchsetzung steht *auf zwei Pfeilern*: dem Verwaltungsrecht (mit Bussensanktion) und dem Zivilrecht (mit Schadenersatzfolgen, Unterlas-sungsansprüchen, Zwangslizenzen etc.). Es kann nicht den Parteien anheim gestellt bleiben, die Rechtsfolgen in Bezug auf kartellistisches Handeln frei wählen zu können. Mit Heini hält Bürgi dafür: «*Indem das schweizerische Recht die Schiedsfähigkeit kartellrechtlicher Ansprüche zulässt, auferlegt es dem angerufenen Schiedsgericht zugleich, das an den Markt anknüpfende staatliche Kartellrecht wie ein derogiertes staatliches Gericht anzuwen-den.*»⁸² – Zu dieser Rechtsanwendung siehe die nächste Frage.

Frage 24: Sklavische Anwendung der EG-Entscheidpraxis durch Schiedsgerichte oder Anwendung «with a distant look»?

Bereits in früheren Schriften habe ich die Auffassung vertreten, dass ein Schiedsgericht nicht-schweizerisches Kartellrecht «**with a distant look**» anwendet. Ich bin damit bei Johannes A. BÜRGI in Ungnade gefallen, welcher es als «abwegig» erachtet, das europäische Kartellrecht nach einer «mate-

⁸¹ Es gibt in diesem Bereich oft Zweifelsfälle in der Praxis, und Gewissensfragen für den Schiedsrichter.

⁸² Johannes A. BÜRGI, Zivilrechtsfolge Nichtigkeit bei Kartellrechtsverstössen, Bern 2001, 116

riell-rechtlichen *Rule of Reason*-Prüfung» anzuwenden.⁸³ BÜRGI befürchtet, dass damit die Rechtsanwendung des europäischen Kartellrechts willkürlich würde. Ich kann dieser Kritik nicht beipflichten. Es bleibt jedoch kurz zu erklären, was in Wirklichkeit gemeint ist.

Gemeint ist zunächst einmal das wichtige Konzept, dass das Schiedsgericht **nicht** Diener der EG-Kommission ist (und sich nicht in dieser Rolle sehen darf). Andererseits, und dies ist ebenso wichtig, ist ein Schiedsgericht nicht bloss Diener der Parteien (obschon es die Jurisdiktionskompetenz aus der Parteivereinbarung herleitet). Das Schiedsgericht hat vielmehr **eine unabhängige Jurisdiktionsbefugnis**. In Bezug auf die Anwendung des EG-Kartellrechts soll und muss sich ein Schiedsgericht selbstverständlich mit der Entscheidungspraxis der Kommission und der Europäischen Gerichte auseinandersetzen. Das Schiedsgericht ist jedoch nicht an irgendwelche Präjudizien gebunden, sondern ist vielmehr dazu berufen, eine sorgfältig erwogene Einzelfallentscheidung zu treffen.⁸⁴

⁸³ Johannes A. BÜRGI, *ibid.*, 117.

⁸⁴ Die Entscheidungen der Kommission sowie der Europäischen Gerichte dienen auch dazu, im Hinblick auf künftige Fälle eine gewisse Entscheidungspraxis zu formulieren. Dies braucht aber nicht auch die Aufgabe eines privaten Schiedsgerichts zu sein. Ausserdem spielt bei Kommissionsentscheidungen zuweilen auch eine politische Dynamik mit. Auch dies ist ein Element, welches für ein Schiedsgericht unbeachtlich wäre. Schliesslich sei angemerkt, dass es nicht unbedingt überzeugend ist, wenn eine amerikanische Partei durch ihre Anwälte dem Schiedsgericht das bisherige amerikanische *case law* in Eingaben von mehreren tausend Seiten unterbreitet, in der Erwartung, dass das Schiedsgericht sich an die amerikanische Entscheidungspraxis gebunden fühlen soll. Dem ist nicht so. Indessen kann erwartet werden, dass ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz auch das amerikanische Wettbewerbsrecht in seiner Teleologie versteht und fallbezogen korrekt anwendet.

I. Zurechnung des Verhaltens der Tochtergesellschaft bei der Muttergesellschaft: Wird letztere Partei des Verfahrens?

Frage 25: Die Kartellbehörden sind sehr «sportlich» in der Zurechnung des Verhaltens einer Tochtergesellschaft an deren Muttergesellschaft. Die Muttergesellschaft wird verantwortlich gemacht, sowohl für das Handeln als auch für eine Unterlassung ihrer Tochter. Wie ist dies im Rahmen von internationalen Schiedsverfahren?

Bereits aus der Beantwortung vorstehender Fragen ist zu entnehmen, dass die Europäischen Gerichte keine Berührungängste empfinden, für die «Sünden» einer in der Gemeinschaft angesiedelten Tochtergesellschaft die jeweilige Muttergesellschaft haftbar zu machen. Der EuGH hat hier in konstanter Praxis dafür gehalten, dass die eigene Rechtspersönlichkeit einer Tochtergesellschaft es keineswegs ausschliesse, die Muttergesellschaft zur Verantwortung zu ziehen, insbesondere dann, wenn eine Tochtergesellschaft (wie dies meist der Fall sein wird) ihr Marktverhalten *nicht autonom* bestimmt, sondern im Wesentlichen die Weisungen der Muttergesellschaft befolgt.

In Rs *Stora Kopparbergs Berglags AG*⁸⁵ ging es um die Frage, ob eine *blosse Mehrheitsbeteiligung* an sich schon ausreiche, um ein kartellwidriges Verhalten der Muttergesellschaft zuzurechnen, oder ob hierfür weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssten, wie beispielsweise eine tatsächliche Einflussnahme (im Unterschied zu einer blossen Einflussmöglichkeit). Im vorliegenden Fall argumentierte *Stora* damit, es sei ihr das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften *Kopparforce* und *Feldmühle* sowie deren Tochtergesellschaft *CWS* nicht zuzurechnen, weil sie deren Geschäftspolitik nicht beeinflusst habe. Vielmehr hätten diese Tochtergesellschaften die Geschäftspolitik stets eigenständig bestimmt.

Der EuGH wies diesen Standpunkt zurück, mit dem Hinweis, dass *Stora* im Verfahren vor dem EuG nicht bestritten habe, dass sie zu einer entscheidenden Beeinflussung der Geschäftspolitik ihrer Tochtergesellschaften in der Lage gewesen wären.⁸⁶

⁸⁵ EuGH vom 16.11.2000 in Rs C286/98P.

⁸⁶ Vgl. die Kritik zu dieser Entscheidung von Alexander RIESENKAMPPF, Haftung der Muttergesellschaft für kartellwidriges Verhalten der Tochtergesellschaft, WuW 4/2001, 357 f.

Für den Unternehmensjuristen dürfte die gefestigte Praxis des EuGH in dieser Sache bedeuten, dass eine Muttergesellschaft nur dann für das kartellwidrige Verhalten einer Tochtergesellschaft nicht selbst einzustehen hat, wenn sie *den konkreten Nachweis erbringen kann*, dass die Tochtergesellschaft selbst und eigenverantwortlich agiert hat.

Nachdem der EuGH bereits im Falle *Commercial Solvents* eine Tatbegehung auch durch Unterlassung bejaht hat, ist anzunehmen, dass ausserdem eine Haftungszurechnung bei der Muttergesellschaft bejaht würde, falls die Muttergesellschaft vom kartellwidrigen Verhalten der Tochtergesellschaft wusste, jedoch keine Massnahmen ergriffen hat, dieses Verhalten abzustellen.

Wie nun ist dieser Sachverhalt **aus der Sicht eines internationalen Schiedsverfahrens** zu beurteilen? Welche besonderen Fragen stellen sich hier?

Die Antwort liegt auf der Hand. Es besteht die Hürde, dass die Muttergesellschaft – wenn es um eine kartellwidrige Vereinbarung ihrer Tochtergesellschaft mit einem Drittunternehmen geht – nicht selbst Partei jener Vereinbarung geworden ist und mithin auch *keine Schiedsklausel* unterzeichnet hat. Die Frage ist dann, ob allenfalls die für die Tochtergesellschaft verbindliche Schiedsklausel unter gewissen rechtlichen Konzepten auf die Muttergesellschaft ausgedehnt werden könnte, bzw. ob die bestehende Schiedsklausel einer Tochtergesellschaft auch deren Mutter (und Schwestern etc.) erfasst. Dies führt zur nächsten Frage.

Frage 26: Kann eine Schiedsklausel, abgeschlossen von einer Tochtergesellschaft, auf deren Muttergesellschaft (oder allenfalls eine Schwestergesellschaft etc.) «ausgedehnt» werden.

Es ist dies *eine der dornenvollsten «Preisfragen» in der Praxis internationaler Schiedsgerichte*, hundertfach beurteilt und abgehandelt, mit einem Dutzend oder mehr guten und weniger guten Argumenten für die eine oder andere These strapaziert. Es scheiden sich hier die Welten, zumindest die «Geister», und die an sich simple Frage, viel diskutiert an internationalen Kongressen, hat alles Potential, die Konturen eines «Glaubenskrieges» anzunehmen.

Die **Prozessualisten** verfechten ihre Religion der fehlenden prozessualen Unterwerfung der Muttergesellschaft.

Die **Formaljuristen** beklagen das Fehlen des schriftlichen Einverständnisses der Muttergesellschaft.

Die **Pragmatiker** halten dies für prozessualen Unsinn und sprechen von Weltfremdheit.

Die **Positivisten** recherchieren in lokalen Entscheidungen und in den Fussnoten von tausendseitigen Kommentaren.

Die **Mercatorianer** quittieren mit Kopfschütteln und berufen sich auf übergeordnete Rechtsgrundsätze, auf transnationales Recht, *general principles of law, good practices*, auf *Unidroit-principles* oder auf die *lex mercatoria*.

Die **erfahrenen Schiedsrichter** lehnen zurück und versuchen, bei dieser Frage gewisse objektive Messlatten anzulegen und werden letztendlich die Frage sorgsam je nach der individuellen Sachlage und Dynamik des Falles beurteilen, und sie werden sich – nach meiner Formulierung – im Wesentlichen von der Fragestellung leiten lassen, was in einem solchen Fall nach der *rule of reason* als die korrekte Lösung erscheint, im Sinne der *subjectively reasonable and objectively fair expectations of the Parties*. Ich möchte dies mit den nächsten Fragen und Antworten noch näher verdeutlichen:

Frage 27: Wie steht es mit der Hürde der Schiedsklausel gemäss Art. 178 IPRG?

Art. 178 (1) IPRG sieht für die Gültigkeit einer Schiedsklausel die Schriftlichkeit (in beliebiger Form) vor. In der hier besprochenen Situation hat die Tochtergesellschaft eine solche schriftliche Schiedsklausel unterzeichnet, nicht aber die Muttergesellschaft. Es ist nun aber die Frage, ob mit dieser Unterzeichnung durch die Tochtergesellschaft *ratione personae* nur gerade die Tochtergesellschaft gebunden sein kann oder beispielsweise auch eine dahinterstehende Muttergesellschaft. Alsdann müsste Art. 178 (2) IPRG die Antwort geben, ob auch die Muttergesellschaft vom *scope and reach* der Schiedsklausel erfasst ist.⁸⁷ Wie nun lässt sich eine Einbindung der Muttergesellschaft in die Schiedsabrede der Tochtergesellschaft begründen?

Die Europäischen Gerichte haben sich diese Frage leicht gemacht.

⁸⁷ Mit anderen Worten halte ich die prozessualistische Rechtsauffassung falsch, welche besagen würde, die Muttergesellschaft könne gar nicht durch die Schiedsklausel ihrer Tochtergesellschaft gebunden sein, weil es schon zum vornherein an der Erfüllung des Schriffterfordernisses nach Art. 178 (1) fehle. Immerhin wird ein derartiger Standpunkt, welcher wirklich verfehlt erscheint, noch immer in zahlreichen Verfahren geltend gemacht, ob gestützt auf schweizerisches Recht oder gestützt auf ein anderes Recht.

Internationale Schiedsgerichte pflegen hier viel tiefer zu forschen und werden zahlreiche Fragen aufwerfen und prüfen.

- Hat beispielsweise die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft geradezu *verhalten bzw. instruiert*, einen Vertrag abzuschliessen? Dann wäre es möglicherweise gerechtfertigt, die Muttergesellschaft als *principal* zu betrachten und die Tochtergesellschaft sozusagen als Instrument, als *agent*.
- Die Tochtergesellschaft kann in direkter oder indirekter Stellvertretung aufgetreten sein. Das Rechtsgeschäft (inklusive die Schiedsklausel) könnte alsdann als mit der Muttergesellschaft (als Auftraggeberin) abgeschlossen betrachtet werden.
- Bei indirekter Stellvertretung wäre zu prüfen, ob die Muttergesellschaft vom Rechtsgeschäft Kenntnis erlangt hat und ob ein allfälliges Still-schweigen als konkludente Zustimmung zu betrachten wäre.
- Ein anderer Ansatzpunkt beruft sich hauptsächlich auf das *Vertrauens-verhältnis*. Eine Anzahl ICC-Schiedsentscheide fassen auf diesem Prinzip und recherchieren die Frage, von welcher Bindungswirkung die Parteien *in guten Treuen* ausgehen durften/mussten.
- In anderen Schiedsverfahren haben Schiedsgerichte insbesondere das Verhalten der Muttergesellschaft analysiert und haben einer *aktiven Partizipation* der Muttergesellschaft im Vorfeld des Vertragsabschlusses, beim Vertragsabschluss selbst sowie bei der späteren Vertragsimple-mentierung ein entsprechendes Gewicht beigemessen, verbunden mit der Fragestellung, ob dieses Verhalten der Muttergesellschaft unter den konkreten Umständen von der Drittpartei so ausgelegt werden durfte oder musste, dass nebst der Tochtergesellschaft auch die Muttergesell-schaft durch das Rechtsgeschäft gebunden sein wollte.
- Eine bloße Finanzierung oder Garantieleistung der Muttergesellschaft dürfte nicht genügen, um den Schluss zu rechtfertigen, dass die Mutter-gesellschaft unter dem Engagement der Tochtergesellschaft auch ge-bunden ist (im Unterschied zu den Erwägungen in *Continental Can/ Europeemballage*). Was aber, wenn sich die Muttergesellschaft über die Finanzierungsfunktion aktiv (oder sogar «sehr aktiv») in das Vertrags-verhältnis der Tochter einmischt? Wenn die Muttergesellschaft in Wirk-lichkeit «alle Fäden» in der Hand hält?
- *Quid*, wenn ein Vertrag für ein Mega-Projekt – abgeschlossen von einer «ziemlich mittellosen» Tochter(firma) (zum Konzern X gehörend) als Lieferantin und Lizenzgeberin mit einem osteuropäischen Staatsunter-nehmen als Bestellerin – in Wirklichkeit die gesamten Ressourcen des Konzernes X in Anspruch nimmt: Wird in dieser Situation der ganze Kon-

zern unter dem Vertrag (somit auch der Schiedsklausel) gebunden? Wann rechtfertigt es sich, den Vertrag als sog. «Konzernvertrag» zu qualifizieren, wann nicht?

- *Quid*, wenn eine finanzierende Bank in Wirklichkeit das Sagen hat, und die finanzierte Gesellschaft (Partei eines Vertrages mit Schiedsabrede mit einer Drittfirma) gar keine wirkliche Entscheidungsbefugnis mehr hat, zumal sie auch alle ihre pfändbaren Aktiven an die finanzierende Bank abtreten oder verpfänden musste?
- Durchaus analog der schweizerischen Grundsätze kennt das amerikanische Recht die sog. *apparent and ostensible authority*.
- Das französische Recht die Rechtsfigur des *mandat apparent*.
- Unter dem schweizerischen und deutschen Recht sei verwiesen auf die Duldungsvollmacht und Anscheinsvollmacht.
- Das englische Recht hat Grundsätze bezüglich der *representation and agency by estoppel* entwickelt.
- In allen Rechtsordnungen bestehen die Grundsätze und vor allem Gerichtspraxis in Bezug auf die Durchgriffshaftung (*piercing of the corporate veil*), *alter ego* Doktrin und vergleichbare Konzepte, welche sich *per analogiam* heranziehen lassen und welche alsdann das ansonsten geltende Prinzip der *privity of contracts* verdrängen.

Die **schweizerische Rechtspraxis** hat hierzu fundamentale Wegmarken gesetzt – zu denken ist beispielsweise an den **Motor-Columbus Entscheidung**⁸⁸ sowie den früheren **Swissair-Entscheidung**⁸⁹ – und zwar sowohl in einem reichen Schrifttum als auch in einer differenzierten und weitläufigen Schiedsgerichtspraxis, welche durchaus einen Massstabcharakter für sich in Anspruch nehmen kann. Es würde den hier vorgesehenen Rahmen sprengen, auf Einzelheiten einzugehen.⁹⁰

Abschliessend zu dieser Frage sei bloss festgehalten, dass sich Schiedsgerichte in der Regel nicht mit der einfachen Rezeptur des EuGH und dem vom EuGH angewandten Einheitsprinzip oder Durchführungsprinzip zufrieden geben werden, sondern dass sie in der Regel eine vertiefte Analyse vorneh-

⁸⁸ BGE 124 III 297 ff; Roland VON BÜREN, Haftungsgrundlagen im Konzern, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (SZW), 1999, 54 ff.

⁸⁹ BGE 120 II 331 ff., in welchem es um die Haftung für ein erwecktes Vertrauen ging. Hierzu: AMSTUTZ/WATTER, Konzernhaftung, AJP 4/95, 502 ff.

⁹⁰ Für einen Überblick sei verwiesen auf Marc BLESSING, Introduction, N 481–515 und dort verwiesene Fälle. Ein hervorragender und ziemlich umfassender neuer Bericht kommt von Bernard HANOTIAU, Problems raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues, Journal of International Arbitration, June 2001, 251–360.

men, um die Zuständigkeitsfrage (zur Einbindung der Muttergesellschaft, oder nicht) mit grosser Umsicht zu beurteilen.

J. Interrelation bei Parallelverfahren vor der Kommission und dem EuG/EuGH

Frage 28: Existieren Schiedsgerichte überhaupt?

Die Frage tönt wie ein «Witz», angesichts der Tatsache, dass wohl die wichtigsten kartellrechtlichen Verfahren nicht vor den staatlichen Gerichten, sondern vor privaten Schiedsgerichten ausgetragen werden. Aber sie erscheint dennoch berechtigt! Schiedsgerichte sind scheinbar für die Kommission und für die Europäischen Gerichte *so gut wie inexistent!*

Nicht nur, dass Schiedsgerichte beim EuGH nicht vorlegen können,⁹¹ sondern vor allem, dass Schiedsgerichte auch im *Weissbuch zur Revision der Kartellverordnung*⁹² mit keinem Wort erwähnt werden, was eher unverständlich erscheint. Es scheint, dass Schiedsgerichte noch nicht bis in den Gedankenhorizont von Brüssel vorgedrungen sind.⁹³

Dabei gäbe es hier sehr wohl einiges zu überdenken, beispielsweise in Bezug auf allfällige Unterstützung des Schiedsgerichts durch die Kommission oder durch nationale Kartellbehörden im Rahmen der tatsächlichen Ermittlungen etc.⁹⁴ Immerhin wird doch stets das öffentliche und supranationale Interesse an einer korrekten Nachachtung des Kartellrechts betont! Und immerhin halten die Europäischen Instanzen ja dafür, dass Schiedsgerichte zwingend (und *as a matter of public policy*) EG Wettbewerbsrecht anwenden sollen/müssen!⁹⁵ Zudem wäre die Kommission für die Durchführung und die Ausrichtung der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik verantwortlich.⁹⁶

⁹¹ Ständige Praxis seit der Entscheidung in *Rs Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v/ Reederei Mond*, ECR 1095/1982. Einem Schiedsgericht wird nicht der Status als ein Gericht im Sinne von Art. 234 EGV zuerkannt. – Zu recht wird dieser Entscheid mannigfach kritisiert. Auch der spätere *Almelo v/ Energiebedrijf Ijelmij NV*-Entscheid (ECR 1994, 1477) bestätigte die Praxis.

⁹² Weissbuch, ABl. 1999, C 132.

⁹³ Schiedsgerichte unterfallen auch nicht der Kooperationsverpflichtung gemäss Art. 10 EGV; siehe auch VAN GERVEN, *L'arbitrage dans le Droit Européen*, 72 RDIDC 67, 1995, 71.

⁹⁴ Ähnlich auch ASSIMAKIS KOMNINOS, *Assistance to Arbitral Tribunals in the Application of EC Competition Law*, European University Institute Robert Schuman Centre, in *World Competition* 2001.

⁹⁵ Siehe den oben erwähnten *Eco Swiss v/ Benetton* Entscheid (ECR 1999 I-3055).

⁹⁶ So in *Delimitis v/ Henninger Bräu*, Slg. 1991 I-935.

Frage 29: Interrelation bei Parallelverfahren vor der Kommission und vor einem Schiedsgericht. Welche Fragen stellen sich?

Die Rechtsanwendung unter Art. 81/82 EGV impliziert geradezu notwendigerweise die Dualität, somit auch Parallelität, zwischen verwaltungsrechtlichen Verfahren vor der Kommission und einem gleichzeitigen (oder vorge-schalteten, oder nachgeschalteten) zivilrechtlichen Verfahren vor einem Schiedsgericht oder vor staatlichen Gerichten. Es kommt somit zu einer Rechtsanwendungskonkurrenz. Der Gegenstand dieser beiden Verfahren ist indessen nicht derselbe. Selbst wenn ein Untersuchungsverfahren bei der Kommission anhängig ist, verbleibt es in der Eigenverantwortung des Schiedsgerichts (oder eines nationalen Gerichts), die zivilrechtlichen Folgen zu beurteilen.

Das administrative Verfahren vor der Kommission führt zu den im EGV vorgesehenen Sanktionen (gegebenenfalls zu Bussgeldern), wogegen es in einem parallelen Schiedsverfahren darum geht, allfällige Unterlassungsklagen oder Schadenersatzforderungen (**somit die zivilrechtliche Seite**) zu beurteilen.

Die Frage ist nun, ob allfällige Kommissionsentscheidungen ein Schiedsgericht binden.

Frage 30: Die EU-Kommission hat einen Sachverhalt beurteilt. Ist diese Beurteilung für ein Schiedsgericht *tel quel* verbindlich?

Diese Frage, so befürchte ich, wird Staatsrechtler und Dogmatiker auf den Plan rufen und, wie leicht vorstellbar, werden deren Ansichten **kontrovers** sein.

Zum einen werden sie, zumindest aus Schweizer Sicht, sagen, dass es sich bei einem Entscheid der EU-Kommission um einen ausländischen Hoheitsakt handelt, und dass eine Anerkennung und Vollstreckung individuell-konkreter Entscheidungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts *grundsätzlich ausgeschlossen* ist.⁹⁷ Allerdings lassen BAUDENBACHER/SCHNYDER die Türe offen, dennoch für eine Anerkennungsfähigkeit einer Kommissionsentscheidung zu plädieren, falls (im Wesentlichen) der ausländische Hoheitsakt auch

⁹⁷ BAUDENBACHER/SCHNYDER, Die Bedeutung des EG-Kartellrechts für Schweizer Schiedsgerichte, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 20, 1996, N 79, mit Verweis auf Anton SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, 1990, 229 ff.

mit dem schweizerischen Recht im Einklang steht. Zwar sei eine zwingende Anerkennung und Vollstreckung von Wettbewerbsentscheiden der EU-Instanzen in schweizerischen Gerichts- und Schiedsgerichtsverfahren nicht vorgesehen, jedoch schliesse dies nicht aus, dem präjudizierten Charakter solcher Entscheidungen Rechnung zu tragen. Grundlage hierfür biete die Sonderanknüpfungsbestimmung des Art. 19 IPRG und der dieser Bestimmung zu Grunde liegende allgemeine Gedanke der möglichen Berücksichtigung und Überprüfung ausländischer Eingriffsnormen im Inland.

BAUDENBACHER/SCHNYDER konkretisieren ihre Überlegungen in einer durchaus überzeugenden **sonderanknüpfungsrechtlichen rule of reason**, bei deren Beurteilung zu berücksichtigen wäre, ob ein Sachverhalt In- und Auslandsbeziehungen aufweist (insbesondere auf den tangierten Märkten), ob ein genügender Schutzzweck und ein Anwendungsinteresse vorliegt, ob allfällige Konflikte zwischen in- und ausländischen Rechtsanwendungsinteressen bestehen, allenfalls verbunden mit einer Inhaltsanalyse, gefolgt schliesslich von einer Beurteilung der Rechtsfolgen gestützt auf die privatrechtliche *lex causae*.⁹⁸

Die ausserordentlich sorgfältige Analyse (welche hier nicht im Detail nachvollzogen werden soll) verdient grosse Beachtung und setzt allgemein gültige Wegmarken.

Ich selbst, mehr Schiedsgerichts-Praktiker denn -Dogmatiker, neige dazu, die gestellte Frage nach der Anerkennung und Verbindlichkeit einer EU-Kommissionsentscheidung *pragmatisch* zu beurteilen. Der pragmatische Ansatz (ganz losgelöst von einem dogmatischen Unter- oder Überbau) reduziert sich doch ganz einfach auf die Frage, ob ein Schiedsgericht von der Angemessenheit des Vorgehens der Kommission⁹⁹ und der Sachrichtigkeit einer Kommissionsentscheidung überzeugt ist. Beantwortet das Schiedsgericht diese Frage mit «Ja», wird es sich ohne weiteres von der EU-Kommissionsentscheidung (ob förmlich ergangen im Sinne einer eigentlichen Entscheidung oder nicht förmlich ergangen, wie beispielsweise ein Negativ-Attest gemäss VO 17 Art. 2 oder einen *comfort letter*) leiten lassen.

Falls ein Schiedsgericht indessen von einer EU-Kommissionsentscheidung (förmlich oder nicht förmlich) nicht überzeugt ist, wird es sich allerdings vor

⁹⁸ BAUDENBACHER/SCHNYDER, Die Bedeutung des EG-Kartellrechts für Schweizer Schiedsgerichte, N 81 ff. sowie 119 ff.

⁹⁹ Vor allem zwei Instrumente stehen der Kommission zur Verfügung: das einfache *Auskunftsbegehren* an das betroffene Unternehmen (bzw. falls notwendig die förmliche Auskunftsentscheidung) sowie alsdann das *Nachprüfungsverfahren* (z.B. durch unangekündigte Nachforschung in den Bureaus zwecks Sichtung des Beweismaterials). Siehe hierzu den EuGH-Entscheid in Rs. *National Panasonic/Kommission*, Slg. 1980, 2033.

die Frage gestellt sehen, ob es auch eine an sich nicht überzeugende Kommissionsentscheidung als für das Schiedsgericht verbindlich anerkennen müsse. Bei der Prüfung dieser Frage ist in allererster Linie zu beurteilen, in welchem Ausmass die Kommission die Parteien (i) schriftlich (und eventuell auch mündlich) *angehört* hat, (ii) *Akteneinsicht* gewährt hat,¹⁰⁰ und in welchem Stadium dies erfolgte, und (iii) deren Standpunkte gewürdigt bzw. (iv) die zu einem *due process* gehörenden *Verteidigungsrechte respektiert* hat.¹⁰¹ Zu den sich stellenden dogmatischen Fragen sei auf die Schrift von BAUDENBACHER/SCHNYDER verwiesen.

Es bleibt die Überlegung, ob es sich anders verhalten würde, wenn das Schiedsgericht seinen **Sitz nicht in der Schweiz** hat und wenn das auf das Streitverhältnis anwendbare Recht nicht das materielle schweizerische Recht wäre, sondern das Recht eines EU-Mitgliedstaates. In diesem letzteren Fall nämlich wäre die Anerkennung einer EU-Kommissionsentscheidung nicht bloss über den Umweg einer Sonderanknüpfung (im Sinne von Art. 19 des Schweizerischen IPRG) zu prüfen, sondern es würde sich die Frage stellen, ob nach dem mitgliedstaatlichen Sachrecht eine direkte Anerkennung von Kommissionsentscheidungen durch Gerichte und Schiedsgerichte eines EU-Mitgliedstaates geradezu **geboten oder verlangt wird**. Zu erinnern ist hier an den *Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts*, welcher bedeutet, dass ein nationales Gericht eines EU-Mitgliedstaates (und mithin auch ein Schiedsgericht) an eine förmliche Kommissionsentscheidung grundsätzlich gebunden ist.¹⁰²

Verbindlich ist demnach eine von der Kommission verfügte Einzelfreistellung gemäss Art. 81 (3) EGV, ebenso eine formale Feststellung eines Verstosses gegen Art. 81/82 EGV gemäss VO 17 Abs. 3 (1). Es sind dies *konstitutive Einzelfallentscheidungen der Kommission* im Sinne von Art. 249 (4) EGV, welche eine **Bindungswirkung zwingend** nach sich ziehen. Dies gilt selbstverständlich auch für **Gruppenfreistellungsverordnungen**. Ein staatliches Gericht oder ein Schiedsgericht wird daher keine Entscheidung erlassen dürfen, welche mit einer GVO unvereinbar ist. So darf ein Schiedsgericht mit Sitz in einem Mitgliedstaat wohl auch den sachlichen Anwendungsbereich einer GVO nicht ausdehnen. Es darf aber auch nicht das Gegenteil tun, nämlich eine vorgesehene Freistellung verweigern. Keine förmliche Bindungswirkung für nationale Gerichte und Schiedsgerichte am

¹⁰⁰ Siehe hierzu die 1997er Bekanntmachung der Kommission über die Akteneinsicht in Verfahren zur Anwendung der Wettbewerbsregeln, ABl. C 23, vom 23.1.1997.

¹⁰¹ Vgl. hierzu Art. 19 der VO 17 sowie den darüber hinausgehenden Art. 18 der FKVO sowie die Durchführungsverordnungen der Kommission Nr. 2842/98 (betreffend Verfahren unter Art. 81/82) sowie Nr. 447/98 (betreffend Verfahren unter der FKVO).

¹⁰² KAMANN/Horst KOTTE, *Kommission versus nationale Gerichte – Kooperation oder Konfrontation im Kartellverfahren*, WuW 5/2001, 460.

Sitz eines EU-Staates kommen indessen den nicht formellen Mitteilungen der Kommission zu (Negativ-Atteste, *comfort letters* etc.).¹⁰³

Frage 31: Soll ein Schiedsverfahren ausgesetzt werden, bis die Kommission entschieden hat?

Parallele Verfahren sind nach meinem Wissen eher selten.

Läuft ein Verfahren parallel, erschiene es meist sachrichtig für ein Schiedsgericht, das Verfahren so lange auszusetzen, vor allem dann, wenn es um einen **konstitutiven Rechtsakt** der Kommission geht (somit z.B. im Rahmen von Art. 81 (3) EGV). Indessen besteht dazu aber keine Verpflichtung.¹⁰⁴ Das Schiedsgericht wird sich überlegen müssen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit einer abweichenden Beurteilung durch die Kommission ist, sowie deren mögliche Rechtswirkungen und das wirtschaftliche Risiko der beteiligten Parteien.¹⁰⁵

Im Bereiche von Art. 81 (1) EGV sind weder Schiedsgerichte noch nationale Gerichte an Rechtsakte der Kommission gebunden. Eine Bindung würde im Prinzip der Gewaltentrennung zuwiderlaufen.¹⁰⁶

¹⁰³ Siehe hierzu Hartmut WEYER, *Konkurrierende Anwendung des Art. 81 EGV durch Kommission und nationale Gerichte*, WuW 9/2000, 842 ff.

¹⁰⁴ Vergleiche hierzu EuGH vom 6.2.1973 in Rs 48/72 *Brasserie Haecht (II) v/ Wilkin u. Janssen*, Slg. 1973, Rz 12.

¹⁰⁵ In *Delimitis v/Henninger Bräu* wurde die Frage aufgeworfen, ob nationale Gerichte von sich aus die Feststellung einer Nichtigkeit gemäss Art. 81 (2) EGV (ex 85 (2)) treffen können mit der Begründung, der gegenständliche Vertrag wäre nicht gemäss Art. 81 (3) EGV freistellungsfähig gewesen. Der EuGH vertrat die Ansicht, dass in Zweifelsfällen ein nationales Gericht das Verfahren aussetzen solle zwecks Einholung einer Stellungnahme durch die Kommission. Siehe hierzu auch die Mitteilung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichten und der Kommission, publiziert im Februar 1993. Siehe hierzu Katherine HOLMES, *The Commission's Procedures: Current Issues*, in: *ICC Dossiers, Due Process and Anti-Competitive Practices*, ICC Publication No. 480/6, 120 ff. Neuere Lehrmeinungen äussern sich sehr kritisch und zurückhaltend. Siehe beispielsweise Hartmut WEYER, *Konkurrierende Anwendung des Art. 81 EGV durch Kommission und nationale Gerichte*, WuW 9/2000, insbes. 848 ff.

¹⁰⁶ Der EuGH billigt der Kommission jedoch in Ausnahmefällen einen Beurteilungsspielraum zu; für Einzelheiten siehe Hartmut WEYER, *Konkurrierende Anwendung des Art. 81 EGV durch Kommission und nationale Gerichte*, WuW 9/2000, 849 unf Fn 75.

Frage 32: Ist umgekehrt die EU-Kommission an eine bereits ergangene schiedsgerichtliche Beurteilung bzw. Entscheidung gebunden? Ergeben sich Folgerungen aus der Vorabentscheidung des EuGH in Rs *Masterfoods/HB Ice Cream*?

Die EU-Kommission und die Europäischen Gerichte haben seit vielen Jahren ein scheinbar unlimitiertes Abonnement auf *ice cream*, und ich überlasse es Insidern, zu kolportieren, welche Kühltruhen in den Kantinen der EU-Kommission und der Europäischen Gerichte stehen, und welche Speiseeis-Fabriken darin gelagert sind. Immerhin darf als äusserst sympathisch vermerkt werden, dass die kartellrechtliche Rechtsanwendung und Rechtsprechung sehr viel mehr durch Speiseeis denn durch ungeniessbare Schmiermittel vorangetrieben wird.¹⁰⁷

In *Masterfoods* ging es um parallel angehobene Verfahren, einerseits vor den irischen Gerichten, andererseits vor der Kommission. Vor den irischen Gerichten erhob *Masterfoods* Klage gegen ihre Konkurrentin *HB Ice Cream*, welche Letztere ihren Wiederverkäufern kostenlos Eistruhen zur Verfügung stellte gegen das (scheinbar bereits branchenübliche) Verlangen, dass die Einzelhändler in den von *HB* zur Verfügung gestellten Eistruhen lediglich *HB Ice Cream*-Produkte lagern, nicht aber Konkurrenzprodukte. Nachdem viele Einzelhändler in diesen unentgeltlich zur Verfügung gestellten Kühltruhen auch *Masterfoods*-Produkte einlagerten, wurden diese von *HB Ice Cream* aufgefordert, die Ausschliesslichkeitsverpflichtung zu beachten. *Masterfoods* klagte auf Feststellung, dass diese Ausschliesslichkeitsklausel unter Art. 81/82 EGV nichtig sei. Der irische High Court wies diese Klage ab und erklärte die Ausschliesslichkeitsklausel für zulässig. Dagegen appellierte *Masterfoods* an den irischen Supreme Court.

Parallel zu diesem Verfahren erhob *Masterfoods* **Beschwerde** bei der Kommission gemäss VO 17 Art. 3. Die Kommission ihrerseits befand, dass die Ausschliesslichkeitsklausel ein Verstoss gegen Art. 81 (1) EGV darstelle, und sanktionierte ausserdem das Verhalten von *HB Ice Cream* unter dem Gesichtspunkt von Art. 82 EGV. Gegen diese Entscheidung erhob *HB* beim EuG eine Nichtigkeitsklage gemäss Art. 230 (4) EGV.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Siehe zum *Masterfoods*-Urteil den Aufsatz von Carl BAUDENBACHER, Einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts durch nationale bzw. europäische Gerichte und die Kommission, ELR 01/2001, 7 ff. – Vergleiche auch das Verfahren *Luganese-Iglo/Kommission* (Entscheid vom 1.10.1998, C-279/95 P) und den Aufsatz von Georg-Klaus DE BRONETT, «Speiseeis-Urteil» des EuG in Rechtskraft, ELR 11/98, 506 ff.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu die Besprechung dieses Falles bei KAMANN/Horst KOTTE, WuW 5/2001, 464 ff.

Parallel zum Kommissionsverfahren hatte der irische Supreme Court letztinstanzlich über den Entscheid des irischen High Court zu befinden (dessen Urteil im Widerspruch zur Kommissionsentscheidung stand). Nachdem ausserdem das Verfahren vor dem EuG pendent war, legte der irische Supreme Court die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Der Supreme Court stellte insbesondere die Frage, ob er, als Supreme Court, das vorliegende Verfahren aussetzen müsse, bis das EuG über die gegen die Kommissionsentscheidung erhobene Klage entschieden habe.

Der EuGH ging in seiner Vorabentscheidung vom **Delimitis-Grundsatz**¹⁰⁹ aus, wonach nationale Gerichte verpflichtet sind, Entscheidungen zu vermeiden, welche beabsichtigten Kommissionsentscheidungen entgegenstehen könnten. Dies müsse umso mehr gelten, falls eine Entscheidung der Kommission bereits ergangen ist. Damit wurde dem irischen Supreme Court klar verboten, das vorinstanzliche High Court-Urteil zu bestätigen, da Letzteres in Widerspruch zur Kommissionsentscheidung stand. Nachdem allerdings die Kommissionsentscheidung ihrerseits beim EuG angefochten wurde, würde sich die Frage der Sistierung des Verfahrens stellen.

KAMANN/KOTTE folgern daraus, dass mit der Vorabentscheidung des EuGH klargestellt wird, dass auch bei parallel laufenden nationalen Gerichts- und gemeinschaftlichen Verwaltungsverfahren die abschliessende Entscheidungsgewalt in jedem Fall der Kommission zukommt. Begründet und gerechtfertigt wird diese Entscheidung durch die übergeordnete Kontrollfunktion, welche der Kommission gestützt auf Art. 211 EGV zusteht; eine Kontrollfunktion und Aufsichtsfunktion, welche auch gegenüber den nationalen Gerichten besteht und letztlich eine einheitliche Anwendung des EG-Kartellrechts gewährleisten soll.

Diese derzeit bestehende Rechtslage ruft zwangsläufig nach der Frage, wie dies in Zukunft unter der neuen Kartellverfahrens-Verordnung gehandhabt werden soll:

¹⁰⁹ EuGH, C234/89; Slg. 1991, I-935. In Rn. 50 des *Delimitis-Urteils* hielt der EuGH dafür, dass ein nationales Gericht ein hängiges Verfahren fortsetzen und eine Entscheidung erlassen soll, wenn die Voraussetzungen von Art. 81 (1) EGV «offensichtlich» nicht erfüllt sind, oder wenn ein Verstoß gegen Art. 81 (1) EGV «ausser Zweifel» steht und eine Freistellung durch die Kommission «keinesfalls» in Betracht kommt. Hat ein nationales Gericht jedoch Zweifel, so sei es befugt, das Verfahren auszusetzen oder einstweilige Massnahmen zu treffen, wobei sich das nationale Gericht gestützt auf Art. 10 EGV an die Kommission wenden kann. Die Kommission hat in diesem Zusammenhang eine Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten erlassen: ABl. 1993, C39,6.

Frage 33: Wie wird das künftige Verhältnis bei Parallelität zwischen Schiedsverfahren und Kartellverfahren vor nationalen Instanzen aussehen?

Die **Demonopolisierung** der Handhabung des EG-Kartellrechts und die **Dezentralisierung** der Rechtsprechungsfunktion, mit Delegation an die nationalen Gerichte (und Schiedsgerichte), werden nach aller Voraussicht neue Fragestellungen aufwerfen. Die neue dezentrale Anwendung wird verstärkt zu parallelen Zuständigkeiten von Kommission, nationalen Wettbewerbsbehörden, nationalen Gerichten und Schiedsgerichten führen. Vorgesehen ist, dass insbesondere den staatlichen Gerichten eine neue Zuständigkeit und auch Verantwortung übertragen wird, Freistellungen gemäss Art. 81 (3) EGV zu verfügen, *unter Beseitigung des bisherigen Kommissionsmonopols*.

Die bisherige direkte Anwendbarkeit von Art. 81 (1) und (2) sowie Art. 82 wird somit nunmehr ausgedehnt und umfasst auch den Art. 81 (3) EGV. Vorgesehen ist, dass eine Durchführungsverordnung die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten regeln soll. *Ich habe daraus bisher nicht ersehen, dass speziell auch an Schiedsgerichte gedacht wird*. Es erschiene sachgerecht, die Schiedsgerichte, welche bereits heute (gerade in den bedeutendsten Fällen der Beurteilung der zivilrechtlichen Ansprüche, welche sich aus Art. 81/82 ergeben können) tätig sind, besonders zu erwähnen und Lösungsansätze vorzuzeigen.

Insbesondere scheint es angezeigt, bei der vorgesehenen Kooperation zwischen Kommission und nationalen Gerichten auch besonders die Schiedsgerichte einzubinden, inklusive die Möglichkeit eines Vorabdialogs, im Sinne von Kommunikationen zwischen beiden Instanzen vor Erlass einer Entscheidung.

Letztlich wird sich auch die Frage stellen, in welcher Weise die Kommission in der Lage ist, **Unterstützungshandlungen** im Zusammenhang mit anhängigen Schiedsverfahren zu leisten. Solche Unterstützungshandlungen hätten sich schon in der bisherigen schiedsgerichtlichen Praxis als ausserordentlich dienlich erwiesen, beispielsweise bei der Erhebung des relevanten Marktes und der Marktanteile.

Es wäre der Sache dienlich, wenn inskünftig im Rahmen von Schiedsverfahren das Verständnis dahin gehen würde, dass die Kommission *zur Hilfestellung bereit* wäre, allenfalls eine *amicus curiae*-Funktion innehaben könnte (falls die Parteien damit einverstanden sind), und dass damit die bis anhin ausgeprägte Befürchtung einer *Intervention* durch die Kommission mit fa-

talen Folgen für die Parteien (nämlich beispielsweise die Einleitung einer Untersuchung) beseitigt würde.

Mit anderen Worten wäre es der Sache dienlich, dass ein Schiedsgericht und die befassten Parteien – immer unter dem Vorbehalt des Einverständnisses aller Parteien und des Schiedsgerichts – in der Kommission einen Gesprächspartner im Sinne der bei Zusammenschlussvorhaben üblichen *confidential guidance* finden. Allerdings dürfte man der Kommission die Kompetenz nicht absprechen können, einen ihr zur Kenntnis gekommenen Sachverhalt auch von ihrer Seite aufzugreifen und weiterzuverfolgen, nämlich dann, wenn es unvermeidbar erscheint, die Sache nicht nur von der zivilrechtlichen Seite (durch das Schiedsgericht) beurteilen zu lassen, sondern dass ausserdem Bussgelder in Betracht zu ziehen sind.

Frage 34: Vorlagemöglichkeit eines Schiedsgerichts an den EuGH im Sinne von Art. 234 EGV?

Bis anhin war gestützt auf die *Nordsee*-Entscheidung¹¹⁰ klar, dass nur staatliche Gerichte zur Vorlage beim EuGH berechtigt (und letztinstanzliche Gerichte zur Vorlage verpflichtet) sind, und dass die Schiedsgerichte nicht darunter fallen. Dies wird seit langem kritisiert, und die Kritik erscheint heute berechtigter denn je.¹¹¹

Während noch vor 10 Jahren Schiedsgerichte nur selten über Sachverhalte des EG-Kartellrechts zu entscheiden hatten, ist es in der Zwischenzeit markant anders geworden. Gerade die bedeutendsten Auseinandersetzungen finden vor Schiedsgerichten statt, und es erscheint nicht mehr sachgemäss, einem Schiedsgericht nicht die Möglichkeit einzuräumen, um eine Vorabentscheidung nachzusuchen. Diese Möglichkeit zu schaffen scheint umso wichtiger zu sein, als das EU-Kartellrecht derzeit fundamental «umgebaut» wird, und dass zumindest der bis anhin bestehende gewisse Rechtssicherheitsfaktor der Voraussehbarkeit stark vermindert wird.

¹¹⁰ *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v/ Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, Rs C-102/81, Slg. 1982, 1095.

¹¹¹ Für eine einlässliche Diskussion sei verwiesen auf den kürzlichen Aufsatz von Carl BAUDENBACHER/Imelda HIGGINS, *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*, *The Columbia Journal of European Law*, Winter 2002, 1–18.

Frage 35: Wie steht es in der Schweiz mit der Vorlagepflicht?

Die Frage stellt sich unter Art. 15 CH-KG. Dessen Absatz 1 bestimmt: *«Steht in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, so wird die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorgelegt»*.

Wie aus der bundesrätlichen Botschaft zu Art. 15 ersichtlich, geht es darum, die kartellrechtliche Entscheidungsfindung bei der Wettbewerbskommission zu kanalisieren, zwecks Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung des Kartellrechts. Dass diese Teleologie in der parlamentarischen Beratung nicht unumstritten war, liegt auf der Hand. Eingewendet wurde, dass dadurch das zivilgerichtliche Verfahren weitgehend seiner Bedeutung beraubt würde.¹¹² *Wer nun aber ist Adressat dieser Vorlagepflicht? Sind es nur die staatlichen Zivilgerichte oder sind es auch Schiedsgerichte?*

Der Kommentar BORER spricht lediglich von der Vorlageverpflichtung der *«sämtlichen Zivilgerichte»*, wobei verdeutlicht wird, dass diese Verpflichtung bei vorsorglichen Massnahmen nicht besteht und ausserdem, dass das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz nicht vorlagepflichtig ist (weil das Bundesgericht gleichzeitig auch letztinstanzliche Rechtsmittelbehörde für Entscheide der Wettbewerbskommission ist).

Bezüglich der Schiedsgerichte äussert sich der Kommentar BORER wie folgt: *«Schiedsgerichte als privatrechtlich organisierte Rechtsfindungsinstanzen sind der Vorlagepflicht an die Wettbewerbskommission nicht unterstellt ... eine Vorlagepflicht könnte folglich einzig durch eine entsprechende Parteibereinbarung begründet werden, wobei sich jedoch bei einer darauf abgestützten Vorlage an die Wettbewerbskommission die Frage stellen würde, ob die Wettbewerbskommission überhaupt verpflichtet wäre, eine derartige «private» Vorlage zur Begutachtung an die Hand zu nehmen»*.¹¹³

Demgegenüber scheinen Pierre TERCIER sowie Walter A. STOFFEL eine Vorlagepflicht der Schiedsgerichte eher zu bejahen.¹¹⁴

¹¹² Jürg BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 1998, Art. 15 Rz 2.

¹¹³ Kommentar Borer zu Art. 15 CH-KG Rz 5, mit Verweis auf Regula WALTER, Kommentar zu Art. 15 Rz 50 ff. (in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996).

¹¹⁴ Pierre TERCIER, La lutte contre les contraintes cartellères internes dans la nouvelle loi sur les cartels, Journal des Tribunaux 1996 I, 11; Walter A. STOFFEL, Das neue Kartell-Zivilrecht, in: ZÄCH, Das neue Schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 108 ff.

Frank A. ROSSINI hält demgegenüber diese Frage für umstritten und verweist auf ein informelles Gespräch vom 8. Mai 2000 mit dem Sekretariat der WeKo, wonach noch nie ein Schiedsgericht vorgelegt habe.¹¹⁵

Als Schiedsgerichtspraktiker ziehe ich es selbstverständlich vor, dass nach überwiegender (aber nicht einheitlicher) Meinung keine Vorlage**p**flicht besteht. Die Frage ist jedoch, ob gemäss Art. 47 (1) CH-KG ein Vorlage**r**echt des Schiedsgerichts bestehen würde.

Art. 47 (1) CH-KG lautet wie folgt: «Die Wettbewerbskommission verfasst für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung ...». Gemäss Art. 45 kann die Wettbewerbskommission ausserdem den Behörden Empfehlungen zur Förderung des wirksamen Wettbewerbs unterbreiten, und die Wettbewerbskommission verfasst gemäss Art. 46 Stellungnahmen zu wirtschaftsrechtlichen Erlassen des Bundes, welche den Wettbewerb beeinflussen können. Wiederum: Diese Bestimmungen (Art. 45–47 CH-KG) sprechen nur von «**Behörden**». Es dürfte ziemlich klar sein, dass ein privates Schiedsgericht nicht darunter fällt.¹¹⁶

Als Fazit ist vereinfacht festzustellen, dass Schiedsgerichte in ihrer Rechtsfindung auf sich selbst gestellt sind. Es ist mir denn auch kein Fall bekannt, in welchem ein Schiedsgericht von sich aus, sei es bei der CH-WeKo in Bern oder bei der EG-Kommission in Brüssel, eine Streitfrage vorgelegt hat. Vermutlich würde ein Schiedsgericht ausserdem die ihm von den Parteien übertragene Kompetenz *überschreiten*, wenn es *von sich aus* derartige Schritte unternehmen würde.

Selbst dann, wenn eine Partei des Schiedsverfahrens vom Schiedsgericht verlangt, es solle den Fall (oder eine bestimmte Rechtsfrage) der WeKo oder der Kommission vorlegen, wird ein Schiedsgericht einem solchen Begehren wohl nicht stattgeben. Ob ein Schiedsgericht auf einen gemeinsamen Antrag aller Schiedsparteien eine Anfrage an die WeKo oder die EG-Kommission richten würde, möchte ich hier offen lassen.¹¹⁷

¹¹⁵ Frank A. ROSSINI, Schiedsgerichtsbarkeit und Wettbewerbsrecht: Vorlagepflicht und -recht nach Art. 15 bzw. 47 KG, ASA Bulletin 2000, 705 ff., insbes. 711. Rossini nimmt ausserdem Stellung zu den Meinungen von Tercier und Stoffel und schliesst seinen Beitrag mit der Folgerung: «Auf diese Grundlage ist mit der herrschenden Lehre zu schliessen, dass Schiedsgerichte keine Vorlagepflicht im Sinne von Art. 15 Abs. 1 KG trifft».

¹¹⁶ So auch Frank A. ROSSINI, Schiedsgerichtsbarkeit und Wettbewerbsrecht: Vorlagepflicht und -recht nach Art. 15 bzw. 47 KG, 707.

¹¹⁷ Die Frage dürfte wenig praktische Bedeutung haben, weil jede Partei es in der Hand hat, der zuständigen Kartellbehörde eine Vorabklärung zu beantragen (beispielsweise gestützt auf Art. 26 (1) CH-KG) mit dem Ziel, dass die WeKo eine Untersuchung gemäss Art. 27 eröffnet).

K. Verfahrensfragen, insbesondere Vorlage von Dokumenten

Frage 36: Kann/soll ein Schiedsgericht vorsorgliche Massnahmen anordnen?

Begehren um vorsorgliche Massnahmen stellen ein Schiedsgericht vor eine *besonders schwierige Anforderung*. Soll/kann es schon im Vorfeld eine Anordnung treffen, welche möglicherweise sehr grosse wirtschaftliche Folgen nach sich zieht?

Ein Schiedsgericht wird bei einem vorsorglichen Massnahmebegehren nicht umhin können, in einem zeitlich kompakten Verfahren die **Ausgewiesenheit** des Begehrens zu prüfen,¹¹⁸ insbesondere (i) hinsichtlich der *prima facie* Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Vornahme der Anordnung sowie zur materiellen Beurteilung des Falles, (ii) eines drohenden und nicht wiedergutzumachenden Schadens, (iii) der zeitlichen Dringlichkeit der Anordnung, (iv) der *prima facie* guten Erfolgsaussichten bezüglich der im Verfahren geltend gemachten Ansprüche, und (v) der weiteren allfälligen Implikationen der nachgesuchten vorsorglichen Massnahme. Bei letzterem Punkt wird das Schiedsgericht in der Regel die Vornahme der Anordnung von der Leistung einer **Kaution** oder genügenden Garantie abhängig machen, zum Schutz der belasteten Partei.¹¹⁹

¹¹⁸ Im einzelnen siehe Marc BLESSING, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, Swiss Commercial Law Series Vol. 10, 1999, 273 ff., 278/9. Siehe ferner Stephen BOND, The Nature of Conservatory and Provisional Measures, ICC Publication No. 519, 1993, 18/19.

¹¹⁹ Vorsorgliche Massnahmebegehren beinhalten zahlreiche weitere komplexe Fragen. Beispielsweise hat sich die Frage nach der Legitimität einer *ex parte* ausgesprochenen vorsorglichen Massnahme gestellt. Der Sachverhalt war so, dass das Schiedsgericht die Überzeugung gewann, dass allein schon die Ankündigung des Massnahmebegehrens die andere Partei dazu verhalten könnte, eine irreversible Disposition zu treffen, welche die vorsorgliche Massnahme unterlaufen würde. Beizufügen ist, dass bei einer *ex parte*-Anordnung selbstverständlich die belastete Partei unverzüglich angehört werden muss, und dass das Schiedsgericht bereit sein muss, eine *ex parte*-Anordnung nach einem weiteren Verfahren zu überprüfen, abzuändern oder fallen zu lassen.

Weiters hat sich die Frage gestellt, ob ein Schiedsgericht die Kompetenz hat, eine *astreinte* anzuordnen (somit eine Penale, falls die belastete Partei die vorsorgliche Anordnung nicht honoriert). Die Zulässigkeit der *astreinte* wird in Europa verschiedentlich beurteilt. Einige halten dafür, dass es sich um eine Sanktion mit Strafcharakter handelt, für welche das Schiedsgericht keine Kompetenz hat. Für Schiedsgerichte in der Schweiz ist meines Erachtens grundsätzlich die Möglichkeit, eine *astreinte* zu verhängen, zu bejahen. Das 12. Kapitel IPRG, in Art. 183, beschränkt das dem Schiedsgericht zur Verfügung stehende Instrumentarium in keiner Weise. Das Schiedsgericht ist

Frage 37: Aktenedition: Kann eine Partei die Vorlage «sämtlicher Akten» der Gegenpartei verlangen?

Die kurze Antwort ist: **Nein**.

Im Unterschied zur amerikanischen *pre-trial discovery* und der englischen *disclosure* (gemäss welchen insbesondere auch die einer Partei schädlichen Dokumente vorgelegt werden müssen, und zwar ziemlich vollständig) stehen die kontinental-europäischen Rechtsordnungen auf einem zurückhaltenderen Boden. Die jeweiligen Zivilprozessgesetze erlauben im Allgemeinen Editionsbegehren, falls die nachsuchende Partei in der Lage ist, das oder die Dokumente einigermaßen präzise zu umschreiben. *Für internationale Schiedsgerichte sind indessen diese lokalen zivilprozessualen Bestimmungen nicht massgeblich.*

Ein internationales Schiedsgericht hat sich nach modernem Verständnis **nicht** anhand lokaler Zivilprozessordnungen zu orientieren, sondern es sollen die Parteien (oder, wenn sie sich nicht einigen können: das Schiedsgericht) in der Lage sein, **autonom** das Verfahren zu bestimmen, mithin auch Fragen der Editionsspflicht (es sei denn, die Parteien selbst hätten ein bestimmtes Zivilprozessrecht, beispielsweise das am Sitz des Schiedsgerichts für anwendbar erklärt, was jedoch in den Bereich eines «Kunstfehlers» gehören würde, aus Gründen, welche hier nicht näher aufzuzeigen sind). Statt auf lokales Zivilprozessrecht zurückzugreifen, hat sich ein internationales Schiedsgericht an internationalen *standards* zu orientieren. Diese wollen es bewusst den Parteien, deren Anwälten und den Schiedsrichtern ersparen, in das Gestrüpp von *Lokalkolorit* divergenter zivilprozessualer Vorstellungen abzustiegen und sich mit umfangreichen, auf «biblischem» Dünndruckpapier erhältlichen Kommentaren und hundertjähriger lokaler Gerichtspraxis auseinandersetzen zu müssen, welche ausserdem nicht einmal in der üblichen Verfahrenssprache (Englisch) erhältlich sind.

selbstverständlich auch nicht auf das Instrumentarium limitiert, welches dem staatlichen Gericht am Sitz des Schiedsgerichts zur Verfügung stehen würde. Lediglich für den Fall, dass es bei der allfälligen Durchsetzung einer schiedsgerichtlichen vorsorglichen Massnahme der Mitwirkung des staatlichen Richters bedürfen würde, wäre seitens des Schiedsgerichts dafür Sorge zu tragen, dass keine vorsorgliche Anordnung getroffen wird, welche nicht auch vom staatlichen Gericht angeordnet werden könnte. In der Praxis ist es jedoch so, dass viele vorsorgliche Massnahmen gar nicht der «Exekution» durch ein staatliches Gericht bedürfen.

Im übrigen pflegen Parteien zu Recht daraufhin zu weisen, dass sich die Parteien mit Abschluss einer Schiedsvereinbarung implizit auch dazu verpflichtet haben, die Anordnungen des Schiedsgerichts zu befolgen, mithin auch die vorsorglichen Anordnungen. Das weite Thema der vorsorglichen Massnahmen soll hier aber nicht weiter vertieft werden.

Nachdem es somit wenig tunlich ist, in lokalen Materialien zu forsten, stellt sich die Frage, ob die **Schiedsreglemente** der massgeblichen Schiedsinstitutionen Hilfe (im Sinne konkreter Verfahrensbestimmungen) anbieten würden. Die Antwort auf diese Frage ist, wie bekannt: **Nein**, mit wenigen «dürren» Ausnahmen. Die institutionellen Schiedsreglemente beschränken sich im Allgemeinen darauf, ausdrücklich die Kompetenz eines Schiedsgerichts zu statuieren, von sich aus die Vorlage von weiteren Beweismitteln zu verlangen.¹²⁰

Wie bereits erwähnt, sind institutionelle Schiedsverfahren im Bereiche des Kartellrechts indessen selten, was meist mit der übergrossen Besorgnis auf strikte Vertraulichkeit des Verfahrens zusammenhängen dürfte. Die meisten mir bekannten Verfahren sind daher reine *ad hoc*-Verfahren.

Ein *ad hoc* internationales Schiedsverfahren in der Schweiz ist demnach lediglich durch das Kapitel 12 IPRG reglementiert, mithin durch Art. 182 IPRG, welcher selbst *keinerlei Verfahrensbestimmung* statuiert und lediglich den Gleichbehandlungsgrundsatz festhält. Auch hier wäre es **falsch**, sozusagen zur Lückenfüllung auf irgend ein kantonales Zivilprozessrecht zurückzugreifen oder auf die (wenig beliebte) Bundeszivilprozessordnung.

Stattdessen haben die Parteien (und in zweiter Linie die Schiedsrichter) die Verfahrensbestimmungen selbst festzulegen.¹²¹ Relativ häufig vereinbaren die Parteien ein *ad hoc*-Verfahren gemäss den 1976 UNCITRAL Arbitration Rules. Hier steht keine Institution zur Verfügung, welche das Verfahren administriert. Indessen besteht eine *appointing authority*, welche, soweit nötig, Vorkehrungen trifft zur Benennung, Ersetzung oder Absetzung von Schiedsrichtern etc. Auch diese UNCITRAL Arbitration Rules enthalten keine griffigen verfahrensrechtlichen Bestimmungen.

Diese «Lücke» in den Reglementen ist jedoch **kein Nachteil**, sondern sie ist beabsichtigt und gewährt den internationalen Schiedsgerichten und den befassten Parteien den unumgänglich notwendigen Freiraum, ihr Verfahren selbst und im Wesentlichen autonom gestalten zu können. Dass es sich hier bei dieser **procedural autonomy um eine der wichtigsten Errungenschaften handelt**, welche sich in den vergangenen 50 Jahren Schiedsgerichtsbarkeit allmählich und ziemlich weltweit durchgesetzt hat, sei bloss am Rande vermerkt.

¹²⁰ Siehe beispielsweise Art. 20 (5) der 1998 ICC Rules, Art. 48 (b) der 1994 WIPO Arbitration Rules; Art. 24 (2) und (3) der 1976 UNCITRAL Arbitration Rules; Art. 19 (3) der 2001 International Arbitration Rules des International Centre for Dispute Resolution der Arbitration Association; Art. 22.1 (e) der 1998 LCIA Rules.

¹²¹ Zur Begründung hierzu siehe Marc BLESSING, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, Swiss Commercial Law Series No. 10, N 362 ff, N 529.

Immerhin bieten nunmehr die **1999 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration** eine nützliche Leitlinie. Diese IBA Rules stellen gewissermassen einen Kompromiss dar zwischen amerikanischen Vorstellungen in Bezug auf die Pflicht zur Vorlage von Beweismitteln und einer allzu restriktiven Praxis, wie sie in einigen europäischen Zivilprozessordnungen verankert ist. Diese Kompromisslösung wird von den meisten internationalen Schiedsgerichten als sehr akzeptabel betrachtet, und es fällt in der Praxis nicht schwer, den Parteien (auch wenn sie selbst nicht auf diese IBA Rules verwiesen haben) nahe zu legen, ihr eigenes Prozessvorbringen im Zusammenhang mit Editionsbegehren anhand der IBA Rules zu orientieren.

Frage 38: Kann ein Schiedsgericht

- **die Vorlage von Dokumenten erzwingen?**
- **eine Hausdurchsuchung anordnen?**
- **Akten beschlagnahmen?**
- **Angestellte und sonstige Zeugen an Ort einvernehmen?**

Die Kurzantwort ist: **Nein**. All dies sind Befugnisse, welche den staatlichen Organen zur Verfügung stehen,¹²² nicht aber einem Schiedsgericht.

Bezüglich einer nicht freiwillig vorgenommenen *Aktenedition* muss das Schiedsgericht unter Umständen der Frage nachgehen, weshalb und aus welcher Interessenlage heraus eine Partei die Vorlage von zur Edition verstellten Dokumenten verweigert. Alsdann wird es Sache des Schiedsgerichts sein, Überlegungen anzustellen, wie allfälligen Bedenken Rechnung getragen werden kann. Im Unterschied zum Gemeinschaftsrecht und dem Untersuchungsverfahren gemäss der VO 17 besteht in einem Schiedsverfahren *keine eigentliche Verpflichtung der Parteien zur aktiven Mitwirkung* bei der Tatsachenfeststellung.

Hausdurchsuchungen bzw. Durchsuchungen von Geschäftsräumlichkeiten können vom Schiedsgericht selbst nicht angeordnet werden. Diese Kompetenz liegt nur bei den Wettbewerbsbehörden, wobei beispielsweise in Deutschland, Irland, Portugal und Spanien eine richterliche Ermächtigung (oder die Zustimmung des betroffenen Unternehmens) eingeholt werden muss.

¹²² Beispielsweise kann die EU-Kommission zwar Zugang zu Geschäftsräumlichkeiten verlangen, Unterlagen prüfen und kopieren und Befragungen durchführen, sie hat indessen kein generelles Durchsuchungsrecht und braucht für eine zwangsweise Durchsetzung die Amtshilfe der nationalen Behörden, allenfalls einen richterlichen Untersuchungsbefehl.

In einigen Ländern können die Kartellbehörden direkt *Akten beschlagnahmen* und Hausdurchsuchungen anordnen, und zwar nicht nur beim Unternehmen, sondern auch bei Mitgliedern der Direktion oder der Verwaltung. Für solche Massnahmen wendet sich die EU-Kommission an die lokal zuständigen Stellen. **In der Schweiz** sollen diese verfahrensmässigen Kompetenzen ebenfalls im Rahmen der pendenten Revision des KG erweitert werden (aber nicht so weit gehen, dass Durchsuchungen auch bei den Organträgern selbst durchgeführt werden können).

Ein Schiedsgericht könnte den am Ort zuständigen Richter um unterstützende richterliche Hilfe angehen (in der Schweiz in Anwendung von **Art. 185 IPRG**), doch sind solche Begehren m.W. noch nie vorgekommen, weil sie ohne einen gewissen Überraschungseffekt wohl wirkungslos wären.

Frage 39: Was sind Geschäftsgeheimnisse?

Geht man von Art. 9 der soeben erwähnten *1999 IBA Rules on Evidence in International Commercial Arbitration* aus, so hat das Schiedsgericht ein weites Ermessen, die Vertraulichkeit gewisser Dokumente als schützenswerte Geschäftsgeheimnisse anzuerkennen. Ein Schiedsgericht wird sich alsdann Überlegungen machen, wie ein vernünftiger Vertraulichkeitsschutz gewährleistet werden kann; siehe hierzu die nächste Frage.

In kartellrechtlichen Schiedsverfahren aktualisiert sich die Frage der Geschäftsgeheimnisse jedoch noch auf einer anderen Ebene:

- Parteien pflegen zu argumentieren, dass letztlich als **Geschäftsgeheimnisse** von einem Schiedsgericht nur anerkannt werden soll, was auch bei einem Untersuchungsverfahren bei der **Kommission** als Geschäftsgeheimnis anerkannt sein würde.¹²³
- Mit anderen Worten: Die Parteien argumentieren ausgedehnt vor dem Hintergrund von Art. 11 der VO 17/1962, und verweisen auf die Praxis der Kommission sowie die Kommentierungen zum **Auskunftsverweigerungsrecht** und zur Behandlung der Geschäftsgeheimnisse.¹²⁴
- Ferner argumentieren die Parteien auf der Basis der **1997er Mitteilung der Kommission betreffend Akteneinsicht** und die dort aufgestell-

¹²³ Zur Rechtsprechung hierzu siehe insbesondere den EuGH – Entscheid in *Akzo/Kommission*, Slg. 1986, 2585 (Rs 5/85).

¹²⁴ Siehe beispielsweise die Kommentierung zum Auskunftsverweigerungsrecht gemäss der VO17 in IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar Bd. II, 1997, 1721 ff.

ten Kriterien bezüglich Geschäftsgeheimnisse und vertrauliche Schriftstücke.¹²⁵

- In Rs *Akzo Chemie/Kommission*¹²⁶ wurde festgehalten, dass für die Kommission eine Verpflichtung besteht, den berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen. Dies gilt selbstverständlich auch für ein Schiedsgericht. Das Geheimnisinteresse erstreckt sich jedoch nicht auf Tatsachen, welche ausserhalb des Unternehmens bekannt geworden sind und auch nicht auf solche, welche infolge des Zeitablaufs nicht mehr als schützenswert erscheinen.¹²⁷

Ein Schiedsgericht ist stets vor eine schwierige Entscheidung gestellt, wenn es darum geht, in einer prozessleitenden Verfügung zu entscheiden, welche Dokumente von der zur Edition aufgerufenen Partei vorzulegen sind. Die grösste Schwierigkeit liegt dabei darin, *dass das Schiedsgericht die fraglichen Dokumente selbst noch nicht gesichtet hat* und es somit nur sehr schwerlich ermessbar ist, ob schützenswerte Geheimnisse darin enthalten sind.

Ordnet das Schiedsgericht eine Edition an und **verweigert** das belastete Unternehmen die Vorlage der Dokumente, so wird das Schiedsgericht in der Regel entsprechende **Schlussfolgerungen** ziehen. Dabei muss das Schiedsgericht jedoch sehr zurückhaltend sein. Es darf meines Erachtens nicht so weit gehen, eine behauptete Tatsache als erwiesen zu betrachten. Die Sanktion der *negative inference* ist somit nur eine Sanktion mit «wenig Biss».

Frage 40: Müssen interne Aktennotizen vorgelegt werden?

Ein Schiedsgericht mit *civil law background* ist in dieser Beziehung zurückhaltend und wird dazu neigen, die Editionsspflicht bezüglich interner Aktennotizen/Memoranden zu **verneinen**.

Ein *common law* Schiedsgericht dagegen dürfte dies anders sehen. So sieht z.B. das englische Zivilprozessrecht (in den im Juni 1999 revidierten *disclo-*

¹²⁵ Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, der Art. 65 und 66 EGKS-Vertrag und der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, 97/C23/03.

¹²⁶ RS 53/85; Slg. 1986, 1965, Rz 24-28.

¹²⁷ Siehe auch das Urteil vom 17. November 1987 in Rs *BAT & Reynolds/Kommission*, Slg. 1987, 4487.

sure requirements) ausdrücklich vor, dass eine Partei auch die für sie selbst *ungünstigen Dokumente* offen legen muss. Dies ist ein Gedanke, welcher dem kontinental-europäischen Verständnis zuwiderläuft.

Meines Wissens geht auch die **Kommission** nicht so weit, dass sie die Vorlage bloss interner Memoranden verlangt. Dennoch haben einige europäische Grosskonzerne interne Weisungen erlassen, dass über Angelegenheiten, welche kartellrechtlich sensitiv sein könnten, keinerlei Aktennotizen angefertigt werden dürfen.

Frage 41: Geht eine Editionsspflicht bis zur Selbstbeziehung?

Zu erinnern ist an *Art. 6 Abs. 1 EMRK*, welches ein Verbot statuiert, sich selbst bezichtigen zu müssen. Der EuGH hat ausserdem eingeräumt, dass sich nicht nur natürlich Personen, sondern auch Unternehmen auf den Schutz von *Art. 6 Abs. 1 EMRK* stützen können (entgegen der früher von Generalanwalt Darmon geäusserten Meinung).¹²⁸ Die *Orkem*-Entscheidung ist vom EuG in *Société Générale* ausdrücklich bestätigt worden.¹²⁹

Andererseits hat das EuG aber auch klar festgehalten, dass die EMRK nicht Teil des Gemeinschaftsrechts ist.¹³⁰

Ferner ist am 20. Februar 2001 vom EuG der **Mannesmannröhren-Werke-Fall**¹³¹ entschieden worden, welcher grosse Beachtung gefunden hat. Demnach kann die Kommission ein Unternehmen verpflichten, tatsächliche Angaben zu machen, selbst wenn diese dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen. Die **Verteidigungsrechte** eines Unternehmens würden jedoch **verletzt**, wenn die Kommission ein Unternehmen auffordern würde, ihr mitzuteilen, welche Themen bei Zusammenkünften mit Wettbewerbern besprochen wurden. Die Kommission selbst hatte sich im Verfahren auf den Standpunkt gestellt, sie müsse ein Unternehmen dazu verpflichten können, im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren auch selbstbelastende Auskünfte zu erteilen, ansonsten das in *Art. 11* der VO 17 vorgesehene Verfahren seinen Zweck gar nicht erfüllen könne.

¹²⁸ Siehe die *Orkem*-Entscheidung, Slg. 1989, 3350.

¹²⁹ Slg. 1995, II-569 f.

¹³⁰ So in *Rs Mayr-Melnhof*, Slg. 1998, II-1751 (T-347/94).

¹³¹ *Rs Mannesmannröhren-Werke*, Slg. 2001, II-729 (T-112/98).

Das **EuG** urteilte, dass die Rechtmässigkeit einer wettbewerbsrechtlichen Untersuchung nicht anhand von Bestimmungen der EMRK zu beurteilen sei, weil diese nicht Bestandteil des Gemeinschaftsrechts ist.¹³²

Frage 42: Wie ist das Anwaltsgeheimnis geschützt?

Dass dem *legal privilege* eine grosse Bedeutung zukommt, braucht nicht speziell betont zu werden. Das Anwaltsgeheimnis ist in der VO 17 nicht ausdrücklich geregelt, wird jedoch vom EuGH anerkannt.

Der Geheimnisschutz erstreckt sich nicht nur auf Korrespondenz zwischen Anwalt und Klient/Unternehmen im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens, sondern auch auf den vorangehenden Schriftverkehr. Indessen: Geschützt ist nur die Korrespondenz **mit einem zugelassenen Anwalt**, welcher auf dem Territorium der **Gemeinschaft** (oder in einem EFTA-Staat) ein Büro unterhält, nicht aber andere Anwälte. Mit anderen Worten: Das *legal privilege* gilt **nicht** für den Schriftverkehr mit beispielsweise einem Schweizer Anwalt.

Ebenso ausgenommen vom *legal privilege* sind Dokumente, welche von **Unternehmensjuristen** (*inhouse counsel*) erstellt werden. Dass dies auf herbe Kritik gestossen ist, kann nicht erstaunen. In dieser Beziehung geht der Geheimnisschutz weniger weit als beispielsweise in England (wo auch der Schriftverkehr mit einem *inhouse counsel* als *privileged* gilt).¹³³

Für ein **Schiedsgericht** stellen sich in diesem Bereich öfters sehr heikle Fragen, weil sich Parteien und Anwälte auf ihr eigenes Recht berufen, und dieses eigene Recht einen unterschiedlichen Schutz gewährleisten kann. *Dies würde indessen dem fundamentalen Gleichbehandlungsgrundsatz und -erfordernis widersprechen.*

Die Frage hat sich auch gestellt, ob ein Schiedsgericht so weit gehen kann, die befassten Parteien aufzufordern, auf die Einhaltung des Anwaltsgeheimnisses **zu verzichten**.

¹³² Auf die weiteren sehr interessanten Erwägungen des EuG soll hier nicht weiter eingegangen werden. Verwiesen sei ausserdem auf den Aufsatz von Meinhard NOVAK, *Due Process im Wettbewerbsverfahren?*, ELR 6/2001, 201–207.

¹³³ Siehe hierzu IMMENGA/MESTMÄCKER, EG Wettbewerbsrecht, Kommentar Bd. II, 1745 ff. sowie ZINSMEISTER/LIENEMEYER, Die verfahrensrechtlichen Probleme bei der dezentralen Anwendung des europäischen Kartellrechts, WuW 4/2002, 336/337; über die aktuellen (unterschiedlichen) Handhabungen des *legal privilege* für Unternehmensjuristen, siehe die Website der Vereinigung Europäischer Unternehmensanwälte unter <http://www.ecla.org/gb/frmpaper.htm>.

- Nach teilweise amerikanischen Meinungen und Entscheiden wäre schon dies kritisch.
- Andere Meinungen halten dafür, dass ein Geheimnisherr (welcher Partei eines Schiedsverfahrens ist) durchaus aufgefordert werden kann, auf die Einhaltung des Anwaltsgeheimnisses zu verzichten und, spricht er diesen Verzicht nicht aus, dass es durchaus angezeigt wäre, entsprechende negative Schlüsse zu ziehen.

Da diese Kontroverse Gegenstand eines pendenten Schiedsverfahrens ist, nehme ich zu dieser Streitfrage mit Absicht nicht Stellung.

Frage 43: Was kann vorgekehrt werden, wenn eine Partei aus Bedenken der besonderen Vertraulichkeit gewisse Dokumente nicht vorlegen will, beispielsweise ihre Umsatzzahlen, interne Kalkulationsgrundlagen, Deckungsbeiträge, *profit margins*?

Eine erste Möglichkeit besteht darin, dass das Schiedsgericht in Zusammenarbeit mit den Parteien einen **Protective Order** ausarbeitet, welcher genau festlegt, wer in allenfalls als vertraulich bezeichnete Dokumente Einsicht nehmen darf. Der Personenkreis wird limitiert. Die Einsicht nehmenden Personen werden verpflichtet, eine Geheimhaltungserklärung (**confidentiality letter/undertaking**) zu unterzeichnen.

Gelegentlich verlangt die edierende Partei, dass ihre Dokumente lediglich dem Schiedsgericht und den Gegenanwälten zur Einsicht gezeigt werden dürfen, nicht aber der Partei selbst. Oder es werden Dokumente ediert mit dem Vermerk «*for attorneys' eyes only*». Diese Restriktionen sind jedoch in der Regel abzulehnen, weil dies unter dem Gesichtspunkt der *Gleichbehandlung* der Parteien und der angemessenen Gewährung des rechtlichen Gehörs ausserordentlich kritisch sein dürfte, sofern nicht ein ausdrückliches Einverständnis besteht.

Ferner ist der gelegentlich gemachte Antrag abzulehnen, dass gewisse Dokumente nur den Schiedsrichtern selbst (oder nur gerade dem Vorsitzenden des Schiedsgerichts) vorgelegt werden, indessen weder den Anwälten der Gegenpartei noch der Letzteren selbst.

Frage 44: Können unter Umständen höchstvertrauliche Dokumente einer Drittpartei zur Einsichtnahme vorgelegt werden, mit nachfolgender Berichterstattung an das Schiedsgericht und die Parteien?

Diese Situation kommt in der Praxis gelegentlich vor: Die edierende Partei ist bereit, ihre Akten einer verlässlichen Drittperson, welche zu einer beruflichen Schweigepflicht verpflichtet ist, offen zu legen. Diese Drittperson prüft die Akten und erstattet einen Bericht, welcher jedoch die geheimen Fakten nicht offen legt. Mit dieser Funktion wird gelegentlich ein aussenstehender Anwalt betreut oder eine anerkannte Revisionsfirma oder eine *consulting firm*.

Die Erfahrung hat allerdings gezeigt, dass selbst dann, wenn anfänglich ein allseitiges Einverständnis über ein solches Verfahren besteht, die konkrete Ausgestaltung ausserordentlich schwierig sein wird, und dass schliesslich die Parteien sich trotz möglicherweise tagelangen Verhandlungen nicht auf die detaillierten Modalitäten werden einigen können.¹³⁴

L. Rechtsfolgen unter Art. 81 EGV

Frage 45: Angenommen, das Schiedsgericht kommt zum Schluss, dass eine oder mehrere Vertragsbestimmungen gegen Art. 81 EGV verstossen: Was ist die Rechtsfolge?

Art. 81 (2) EGV statuiert eine unmittelbare *ex lege* anwendbare Sanktion im Sinne der **Nichtigkeit**. Es bedarf hierzu keiner vorgängigen Feststellung oder konstitutiven Entscheidung durch eine Verwaltungsbehörde oder durch ein Gericht/Schiedsgericht. Eine Feststellung der Nichtigkeit hat somit nur einen zusätzlichen deklaratorischen Charakter. Die Nichtigkeit ist grundsätzlich *von Amtes wegen zu berücksichtigen* und wirkt *ex tunc*. Jedermann kann sich darauf berufen, und zwar zeitlich unbegrenzt (im EU-Raum besteht hierfür keine Verjährungsfrist).

¹³⁴ In den 1994 WIPO Arbitration Rules ist das Institut des *confidentiality adviser* in Art. 52 (d) ausdrücklich vorgesehen. Haben die Parteien somit im Falle von Streitigkeiten ein Schiedsverfahren unter den WIPO Arbitration Rules vorgesehen, so haben sie bereits dem Grundsatz nach zugestimmt, dass das Schiedsgericht unter Umständen einen *confidentiality adviser* mandatieren kann.

Eine bloss **Teilnichtigkeit** ist möglich, soweit die weggefallenen Bestandteile der Abrede nicht auch die übrigen Teile derselben hinfällig werden lassen. Die Schiedsgerichtspraxis hierzu hat indessen gezeigt, dass dies recht problematisch ist. Öfters muss davon ausgegangen werden, dass gerade die nichtigen Teile essentiell waren oder zumindest eine untrennbare Einheit mit anderen Bestimmungen bilden.

Die konkreten Rechtsfolgen der Nichtigkeit werden nicht vom EU-Recht geregelt, sondern von der *lex causae*, somit dem auf das Vertragsverhältnis anwendbaren nationalen Recht. Haben die Parteien schweizerisches Recht vereinbart, so gilt OR 19/20.

Die Beachtlichkeit von EU-Kartellrecht im Zusammenhang mit Verträgen, welche kraft Rechtswahl der Parteien dem schweizerischen Recht unterstellt worden sind, ergibt sich aus der Anwendung der Sonderanknüpfungsnorm gemäss Art. 19 IPRG. Wirkt sich eine Wettbewerbsbeschränkung beispielsweise sowohl im EU-Raum wie auch in der Schweiz aus, so hat meines Erachtens ein Schiedsgericht **kumulativ** die Sanktionen derjenigen Staaten anzuwenden bzw. in Betracht zu ziehen, auf welchen sich das kartellrechtswidrige Verhalten auswirkt. Bei einer Auswirkung sowohl im EU-Raum wie in der Schweiz wird ein Schiedsgericht sowohl die Sanktionsnorm von Art. 81 (2) EGV als auch diejenigen des schweizerischen Kartellgesetzes (inkl. Art. 12 betreffend Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung und Art. 13 betr. Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs).

Frage 46: Ist eine sog. salvatorische Klausel nützlich?

Viele Verträge enthalten eine salvatorische Klausel in dem Sinne, dass die Ungültigkeit einzelner Vertragsbestimmungen nicht auch die Ungültigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen bewirken soll. Gelegentlich sind solche Klauseln mit einer **Ersetzungsklausel** verbunden (Ersetzung der ungültigen Bestimmung durch eine andere, möglichst gleichwertige Klausel, welche dem wirtschaftlichen Zweck der zu ersetzenden Bestimmung am nächsten kommt).

Im Rahmen von Schiedsverfahren hat sich die Frage gestellt, ob es sich hier um einen reinen «Programmartikel» handelt, oder ob eine derartige salvatorische Klausel **effektive Wirksamkeit** enthalten kann. Meines Erachtens kann hierzu soviel gesagt werden, dass zumindest eine Ersetzungsklausel eine vertragliche **bona fides-Verpflichtung** impliziert, dass die Parteien zu Neuverhandlungen Hand bieten. Eine solche Vertragsbestimmung ist somit nicht unbedeutend und kann bei der Konfliktlösung behilflich sein.

Frage 47: Worin liegt die besondere Problematik von Art. 81 (2) in der Rechtsanwendung durch Schiedsgerichte?

Die besondere Problematik ergibt sich aus zwei Aspekten.

Zum einen ist es der Aspekt der schwierigen weil *schwer voraussehbaren Rechtslage*. Dies deshalb, weil es für die Sanktion der Nichtigkeit keiner besonderen Feststellung oder konstitutiven Entscheidung bedarf. Bis anhin war es den Unternehmen immerhin möglich, einen Vertrag bei der Kommission anzumelden und sich damit zumindest eine Bussenfreiheit zu «erkaufen». **In Zukunft** ist dieses Anmeldeverfahren nicht mehr vorgesehen, und wir werden eine *Situation wie seit jeher in den USA haben*, bei welcher jedes Unternehmen selbst das Risiko trägt, dass eines Tages ein Gericht oder eine *enforcement agency* eine Nichtigkeit mit gravierenden Rechtsfolgen feststellt.

Zum anderen ist es die an sich die drastische Sanktion der unmittelbaren Nichtigkeit, *ex lege und ex tunc*.¹³⁵ Grundsätzlich erlaubt die Nichtigkeit **keine Restitution des bereits Geleisteten nach Bereicherungsgrundsätzen**. Würde man nämlich bei Kartellverstößen stets ein Restitutionsrecht für eine Partei, welche bereits geleistet hat, zulassen, so würde die Sanktion weitgehend «zahnlos».

In Schiedsverfahren hat die Frage der Restitution (oder der Ausschluss derselben) zu langwierigen Auseinandersetzungen und schwierigen Entscheidungen geführt. Ein «**Türöffner**» in dieser Beziehung ist die nunmehr vorliegende Entscheidung in Rs **Courage Ltd./Bernard Crehan** vom 20. September 2001.¹³⁶ In jenem Verfahren hatte der Generalanwalt Mischö dafürgehalten, dass Parteien eines gegen Art. 81 (1) EGV verstossenden Vertrages durchaus Ansprüche gegeneinander stellen können, insbesondere Schadenersatzklagen. Er hielt dafür, dass Art. 81 nicht nur Drittparteien vor den Folgen eines Kartells schützt, sondern in ausserordentlichen Umständen auch die eine oder andere Partei einer solchen Vereinbarung, falls dieser Partei nicht eine signifikante Verantwortung für die Verfälschung des Wettbewerbs zukommt.

Die Beurteilung dieser Frage verlangt somit nach einer umfassenden Berücksichtigung der jeweiligen **bargaining powers** sowie des Verhaltens der betreffenden Parteien.

¹³⁵ Siehe hierzu IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar Bd. I, 1997, insbes. 305 ff.

¹³⁶ EuGH vom 20.9.2001, C453/99; vgl. hierzu MEINHARD/NOVAK, Schadenersatz im Kartell, ELR 10/2001, 303–307.

Weiters wäre zu berücksichtigen, ob die schwächere Partei überhaupt eine genügende Freiheit und einen **kommerziellen Handlungsspielraum** hatte, um auf die Vertragsbedingungen der stärkeren Partei Einfluss zu nehmen. Generalanwalt Mischo begründete sein Votum auch damit, dass die Aussicht einer schwächeren Partei, Schadenersatz verlangen zu können, auch deshalb wünschbar und förderlich ist, weil so eine schwächere Partei eher den Mut aufbringt, eine antikompetitive Vereinbarung aufzudecken. Dies würde gleichzeitig als Abschreckung für die stärkere Partei wirken. Der EuGH ist diesen Überlegungen weitgehend gefolgt.

In jedem Fall bleibt die Beurteilung der Rechtsfolgen eine für Schiedsgerichte (aber natürlich auch für nationale Gerichte) **äusserst heikle Aufgabe**. Der Zurückhaltung gegenüber einem vollumfänglichen Restitutionsanspruch steht andererseits auch der Gesichtspunkt gegenüber, dass ein marktmächtigeres Unternehmen, welches bereits Vorleistungen vereinnahmt hat, für sein Verhalten zusätzlich belohnt wird, dass die Restitutionsklage der anderen Partei abgeschnitten wird.

Frage 48: Was geschieht mit Nachfolgeverträgen?

Angenommen, ein Vertrag erweist sich als gestützt auf Art. 81 (2) EGV nichtig: Sind davon auch Nachfolgeverträge betroffen, welche kartellrechtlich nicht problematisch sind?

Diese Frage richtet sich selbstverständlich nach nationalem Recht. Die Thematik kann zu einem dornenvollen Kapitel im Rahmen eines Schiedsverfahrens führen, wenn es darum geht, das *Quantum* zu bemessen.

In einem 1998 abgeschlossenen Schiedsverfahren zwischen zwei Unternehmen der Pharmabranche hatte sich der Lizenzvertrag gestützt auf übermässig restriktive Auflagen der Lizenzgeberin als nichtig erwiesen. Die Lizenznehmerin forderte widerklageweise nicht nur den eigenen Schaden ein (Erstellungskosten für eine zu 90% massgeschneiderte Produktionsanlage, entgangenen Gewinn über weitere 10 Jahre etc.), sondern auch hohe Schadenersatzforderungen im Sinne des Drittschadens ihrer eigenen Vertragspartner (teilweise Lieferanten, teilweise Kunden für die Abnahme der erwarteten Produktion). Selbst die Rechtsgültigkeit körperschaftlicher Beschlüsse wurde als Folge der Nichtigkeit des Lizenzvertrages in Frage gestellt.

M. Problematik und Rechtsfolgen unter Art. 82 EGV: Im Clinch zwischen Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht

Frage 49: Welche Rolle spielt die Thematik des Konfliktes zwischen Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht?

Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht (im Sinne des Kartellrechts) **ergänzen sich** und ergeben (zusammen mit dem privaten Wettbewerbsrecht im Sinne des UWG¹³⁷) das «*Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne*», dessen Aufgabe darin besteht, den freien/wirksamen Wettbewerb als Ideal der Marktwirtschaft und als Ziel der staatlichen Wettbewerbspolitik zu schützen.

Auf der anderen Seite besteht auch ein erhebliches **Spannungsverhältnis**: *Das Immaterialgüterrecht will grundsätzlich monopolisieren. Das Wettbewerbsrecht dagegen will möglichst liberalisieren.*

Immaterialgüterrechte verleihen dem Berechtigten eine **rechtliche Monopolstellung**, diese gewinnbringend zu nutzen. Er kontrolliert damit zwar nicht schon den Markt,¹³⁸ aber zumindest kontrolliert er den Gebrauch des geschützten Immaterialgüterrechts. Somit kann (muss aber nicht) das Immaterialgüterrecht zu einer marktbeherrschenden Stellung führen. Ohne die Aussicht, eine starke Kontrollstellung einnehmen zu können, bestünde kein genügender Anreiz, den Innovationsaufwand auf sich zu nehmen. Je dauerhafter und umfassender der immaterialgüterrechtliche Schutz (d.h. je besser die Möglichkeit, anderen den Zugang zum Immaterialgüterrecht zu verwehren), umso höher ist der Anreiz, in schutzfähige Immaterialgüterrechte zu investieren. Der vom nationalen Recht eingeräumte Schutzzumfang widerspiegelt somit bereits eine Abwägung zwischen gegensätzlichen Interessen.

Damit ist der Konflikt zum Kartellrecht gewissermassen vorprogrammiert, denn dieses will vorrangig den freien Warenverkehr und den

¹³⁷ Das privatrechtliche UWG und das öffentlich-rechtliche Kartellrecht spielen ineinander. Die nationalen Wettbewerbsgesetze (wie z.B. das UWG in der Schweiz), welche die **Lauterkeit** des Wettbewerbs zum Schutzobjekt haben, enthalten auch kartellrechtliche (wettbewerbspolitische) Bestimmungen. Umgekehrt greifen kartellrechtliche Vorschriften direkt in das private Wettbewerbsrecht (im Sinne des Lauterkeitsrechts) hinein.

¹³⁸ Es sei denn, das via Immaterialgüterrecht geschützte Produkt mache im Wesentlichen den relevanten Produktmarkt aus; in diesem Fall führt das Immaterialgüterrecht auch gleichzeitig zur Marktbeherrschung.

freien (wirksamen) Wettbewerb sichern. Im Rahmen der Lizenzverträge (und des durch die TT-GVO hierzu eingeräumten Bewegungsspielraumes) wird eine fein-ziselierte Grenzziehung zwischen den widerstreitenden Ansprüchen und Politiken des Immaterialgüterrechts und des Kartellrechts gezogen.

Besonders «**dramatisch**» wird dieses Spannungsverhältnis im Bereiche von **Art. 82 EGV**, also immer dort, wo ein Unternehmen eine marktmächtige Stellung innehat bzw. erworben hat. Ein Immaterialgüterrecht kann (muss aber nicht) dabei behilflich gewesen sein, diese Marktmacht zu erlangen oder sie zu behalten.

Die Frage ist dann, ob sich ein marktbeherrschendes Unternehmen noch zu Recht auf die Ausschliesslichkeit seines (im nationalen Recht gründenden) Immaterialgüterrechts berufen kann/darf, beziehungsweise: Ab wann wird eine solche Berufung zum Verstoss unter Art. 82 EGV? Der EuGH selbst hat in den letzten Jahren seine Entscheidungslinie geändert.

Frage 50: Der EuGH entschied vielfach den Konflikt zu Gunsten des Kartellrechts, und drängte die immaterialgüterrechtliche Schutzwirkung zurück. Hat sich dies geändert?

Bei der Antwort ist zu unterscheiden zwischen Patentrechten, Urheberrechten und Markenrechten.

Patentrechte: In Rs *Merck/Stephar*¹³⁹ ging es darum, dass Merck die Einfuhr in die Niederlande von in Italien auf den Markt gebrachten Waren (es handelte sich um Medikamente) verhindern wollte. In Italien bestand für die Medikamente kein Patentschutz. Der EuGH verwehrte Merck die Möglichkeit, sich gegen die Einfuhr in die Niederlande gestützt auf das Patentrecht zur Wehr zu setzen mit der Begründung, die Berufung auf den Patentschutz verletze Gemeinschaftsrecht. Aus dem EuGH-Entscheid, welcher 1981 ergangen ist, ist herauszulesen, dass der EuGH das Rechtsschutzbedürfnis eines Patentinhabers relativ gering einschätzt. Wenige Jahre später scheint indessen der EuGH seine Rechtsauffassung korrigiert zu haben. Im 1985 ergangenen Entscheid in Rs *Pharmon/Hoechst*¹⁴⁰ ging es darum, dass zwar der Patentinhaber nach lokalem englischem Recht verpflichtet war, dem Konkurrenten eine Zwangslizenz einzuräumen, doch beseitigte dies nicht die Möglichkeit des Patentinhabers, sich in den Niederlanden auf das

¹³⁹ *Merck/Stephar*, Slg. 1981, 2063.

¹⁴⁰ Slg.1985, 2281.

Patentrecht zu berufen, um die Einfuhr der Medikamente durch Dritte zu verhindern.

Urheberrechte: Auch hier scheint der EuGH nach seiner Entscheidung in *Rs Musik-Vertrieb Membran/Gema*¹⁴¹ *wenige Jahre später geändert zu haben, und zwar im Urteil Warner Bros. & Metronome/Christiansen*¹⁴², in welchem letzteren Entscheidung der EuGH die ökonomischen Gesichtspunkte in den Vordergrund stellte. Im letzteren Entscheidung ging es um das ausschliesslich eingeräumte Recht zum Verleih von Videokassetten. Christiansen erwarb solche Kassetten mit Einwilligung des Urhebers in England und importierte diese Kassetten anschliessend in Dänemark, um sie auf dem dänischen Markt zu verleihen.

Markenrechte: Im *Sirena/Eda*-Urteil aus dem Jahre 1971 vertrat der EuGH noch die Auffassung, Marken hätten ihre ursprüngliche Funktion als Qualitätsgarantie im Wesentlichen verloren und würden lediglich noch als Werbemittel dienen. Der EuGH billigte den Marken somit eine bloss geringe Schutzwürdigkeit zu. In späteren Urteilen scheint der EuGH dem Markenrecht eine grössere Bedeutung zuzugestehen. Siehe beispielsweise in *Rs Centrafarm/Winthrop*¹⁴³ *sowie insbesondere in CNL Sucal/Hag*¹⁴⁴. In letzteren Urteilen räumte der EuGH ein, dass Marken zur Identifikation von Waren dienen und auch eine Schutzfunktion für die Konsumenten haben.

Was aus der Rechtsprechung des EuGH deutlich wird ist die Tatsache, dass – gerade im Bereich des Immaterialgüterrechts – der Ausübung von Eigentumsrechten Schranken gesetzt werden. Diese Schranken kommen insbesondere vom Kartellrecht, und diese Beschränkungen aktualisieren sich insbesondere im Rahmen von Art. 82 EGV.

Frage 51: Wie kommt der EuGH dazu, in die auf nationalem Recht beruhenden Immaterialgüterrechte einzugreifen?

Immaterialgüterrechte sind durch die jeweiligen *nationalen Rechte* geschützt. Die Frage liegt daher auf der Hand wie der EuGH dazu kommen kann, in diese nationalen Rechte einzugreifen. Die Antwort geht zurück auf das *Grundig*-Urteil, und insbesondere auf das *Parke Davis*-Urteil,¹⁴⁵ in welchem der EuGH die seither konstant angewendete **Dichotomie** entwickelte,

¹⁴¹ Slg.1981, 147.

¹⁴² Slg. 1988, 2605.

¹⁴³ Slg. 1974, 1183.

¹⁴⁴ Slg. 1990, I-3758, insbesondere E.13.

¹⁴⁵ *Parke Davis & Co. et al & Centrafarm*, Slg. 1968, 99.

wonach zwar der Bestand des Immaterialgüterrechts durch das jeweilige nationale Recht geregelt ist, dass jedoch die Ausübung dieses Rechts dem Gemeinschaftsrecht unterliegt, mithin Art. 82 EGV.¹⁴⁶

Vom Grundsatz her ist aber selbstverständlich festzuhalten, dass an sich die Ausübung geistiger Eigentumsrechte nicht missbräuchlich ist. Sie allein verschaffen grundsätzlich noch keine marktbeherrschende Stellung. Es braucht somit besondere/aussergewöhnliche Umstände, um die Ausübung von Immaterialgüterrechten als missbräuchlich erscheinen zu lassen.

Frage 52: Was haben Parke Davis, Michelin etc. mit heutigen Schiedsverfahren zu tun?

Die Behauptung einer Partei im Rahmen eines Schiedsverfahrens, die Gegenpartei übe Immaterialgüterrechte (Patentrechte oder Markenrechte oder Urheberrechte) missbräuchlich aus, stellt ein Schiedsgericht vor sehr **schwierige tatsächliche und rechtliche Fragen**. In der Tat, ein Schiedsgericht tut sich sehr schwer, in private Eigentumsrechte einzugreifen. Es wird sich an das EMRK-Zusatzprotokoll (Art. 1) erinnern, wonach ein Eingriff in Eigentumsrechte nur zulässig ist, sofern der Eingriff **im öffentlichen Interesse notwendig** ist und falls der Eingriff im Vergleich zum verfolgten Ziel als **verhältnismässig** erscheint.

Die Interessenlage sowie die Verhältnismässigkeit sind somit Themen in Schiedsverfahren und es liegt auf der Hand, dass es auf die Einzelfallwürdigung in Berücksichtigung aller Umstände ankommt.

Ein Schiedsgericht wird sich daher die Rechtsprechung des EuGH bis zurück auf den 1968er Entscheid in Rs *Parke Davis* vergegenwärtigen müssen, sowie insbesondere auch die Leitplanken, welcher der EuGH im *Michelin*-Urteil gesetzt hat.¹⁴⁷ Gemäss dem *Michelin*-Urteil treffen das marktbeherrschende Unternehmen ganz besondere Pflichten dafür Sorge zu tragen, dass auf dem Markt zumindest noch ein wirksamer Restwettbewerb aufrechterhalten wird.

¹⁴⁶ Die weiteren Beurteilungskriterien wurden erst später entwickelt, beispielsweise in *CICRA/Renault* (Slg. 1988, 6039) sowie in *Volvo/Veng* (Slg. 1988, 6211) und in «*Magill*» (siehe unten).

¹⁴⁷ *Michelin/Kommission*, Slg. 1983, 57 ff.

Frage 53: Eine eskalierende «Dramatik» – weshalb?

Die Problematik in Schiedsverfahren kann über verschiedene Stufen eskalieren:

- Die *unterste Stufe* wäre der Entscheid des Schiedsgerichts, dass der gegenständliche Vertrag nur so **ausgelegt oder angewendet** werden kann/darf, dass die Rechtsausübung noch mit Art. 81/82 EGV vereinbar ist.
- Die *zweite Stufe* ist dramatischer: Es geht hier darum, dass das Schiedsgericht infolge wettbewerbsrechtlicher Bedenken zum Entscheid gelangt, dass gewisse immaterialgüterrechtliche Befugnisse **nicht ausgeübt oder nicht geltend gemacht werden können/dürfen**. Dies ist somit mehr als bloss die Vornahme einer kartellrechtskonformen Vertragsinterpretation. Es findet hier bereits eine klare Beschränkung statt, somit ein Eingriff in den Vertrag, unter Umständen in eine zwischen den Parteien speziell ausgehandelte/vereinbarte Vertragsbestimmung.
- In einer *dritten Stufe* kann ein Schiedsgericht dazu aufgerufen sein, nicht nur die Rechtsausübung des Inhabers des Immaterialgüterrechts zu **beschränken**, sondern diesen sogar auch für eine **Unterlassung** zu sanktionieren. Die Wettbewerbswidrigkeit begangen durch eine blosser Unterlassung ist meines Erachtens bereits eine sehr «harte Gangart».¹⁴⁸
- Eine noch höhere *vierte Stufe* ergibt sich bei einer Sanktionierung infolge **Geschäftsverweigerung**. Grundsätzlich wird man einem Unternehmen zubilligen müssen, dass es selbst darüber entscheiden kann, mit wem es welche Geschäfte abschliesst. Dass dies unter dem Gesichtspunkt von Art. 82 EGV nicht so ist, braucht nicht weiter betont zu werden. Dennoch möchte ich dies bereits als einen *dramatischen Schritt* bezeichnen, wenn ein Schiedsgericht zum Entscheid kommen muss, dass einer Partei des Schiedsverfahrens die Pflicht auferlegt werden soll, ein Geschäft mit der anderen Partei abzuschliessen (oder das Geschäft auf eine andere, für den Konkurrenten vorteilhaftere Basis zu stellen).
- Die *fünfte und höchste Stufe* der «Dramatik» wird erreicht, wenn vom Schiedsgericht verlangt wird, es müsse der belasteten Partei ein **Zwangslizenz** auferlegt werden (bzw. es sei der anbegehrenden Partei auch gegen den Willen der Lizenzgeberin eine Lizenz zu erteilen). Auf der gleichen Stufe wie die Einräumung einer Zwangslizenz anzusiedeln ist der Entscheid eines Schiedsgerichts, wonach eine Partei die von ihr geschaffene Struktur unter der **essential facility doctrine** (siehe hierzu unten) offen halten muss.

¹⁴⁸ Zu erinnern ist an den oben erwähnten EuGH-Entscheid i.S. *Commercial Solvents*.

Eine Sonderstellung nimmt die Frage ein, unter welchen Voraussetzungen ein Schiedsgericht einer Partei des Schiedsverfahrens *ein unternehmerisches Verhalten in Bezug auf Drittparteien* vorschreiben kann, und dies zum Schutz/Vorteil der anderen Partei des Schiedsverfahrens. Es geht hier hauptsächlich um die Frage, ob und unter welchen Umständen ein Schiedsgericht einer marktmächtigen Partei verbieten darf, mit einem **predatory pricing Verlustverkäufe** zu tätigen.¹⁴⁹

Frage 54: Weshalb aktualisiert sich dieser Konflikt im Rahmen von Art. 82 EGV besonders?

Das Kartellverbot von Art. 81 und das Missbrauchsverbot von Art. 82 ergänzen sich. Während das **Kartellverbot** Absprachen zwischen zwei oder mehr Unternehmen visiert, erfasst das **Missbrauchsverbot** gemäss Art. 82 dagegen die Praktiken eines einzelnen Unternehmens, **sofern** dieses eine beherrschende Stellung innehat. Beide Artikel sind somit in Idealkonkurrenz nebeneinander anwendbar.

Art. 82 auferlegt es dem Marktbeherrscher, sich so zu verhalten, wie wenn ein wirksamer Wettbewerb bestehen würde. Somit geht es darum, eine Ausbeutung oder Diskriminierung von Abnehmern zu verhindern, unlautere Mittel zu verbieten, Methoden zu verbieten, welche nicht denjenigen des Leistungswettbewerbs entsprechen und ausserdem, Mittel zu verbieten, welche geeignet wären, die beherrschende Stellung zu konsolidieren oder zu verstärken.¹⁵⁰

Frage 55: Wann liegt eine missbräuchliche Marktbeherrschung vor?

Ich begnüge mich mit bloss summarischen Stichworten. Es bestehen **vier Voraussetzungen: Erstens** eine beherrschende Stellung auf dem Ge-

¹⁴⁹ Dass mit einem solchen Vorbringen das Schiedsgericht vor sehr schwierige ökonomische Fragen gestellt wird, liegt auf der Hand. Experten werden sich ausgedehnt darüber streiten, ob effektiv der Tatbestand eines Verlustverkaufs vorliegt, was sehr detaillierte Analysen über die Kostenstruktur des Produktes über einen repräsentativen Zeitraum notwendig macht. Vgl. hierzu *Tetra Pak/Kommission*, Slg. 1994, II-827 ff. sowie den früheren Entscheid *AKZO Chemie BV/Kommission*, Slg. 1991, I-3359. Weites Aufsehen erregt haben die in der Seeschifffahrt eingesetzten «Kampfschiffe», welche mit Kampfpreisen und einem entsprechenden Fahrplan einen Konkurrenten aus dem Markt zu verdrängen versuchen; siehe hierzu Georg-Klaus DE BRONETT, Art. 81 und 82 EG: Ideal-oder Gestzeskonkurrenz? ELR 04/2000, 138 ff.

¹⁵⁰ Eine beherrschende Stellung an sich ist nicht verpönt (dies würde das natürliche Wachstum eines gut geführten Unternehmens behindern oder das Unternehmen gera-

meinsamen Markt oder einem Teil desselben. **Zweitens** eine Ausnutzung dieser Stellung. **Drittens** muss es sich um eine qualifizierte Ausnutzung handeln (d.h. eine blosser Ausnutzung genügt noch nicht, sondern diese muss missbräuchlich sein, somit wirtschaftlich objektiv nicht gerechtfertigt), und **viertens** muss eine potentielle Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten vorliegen.

Eine Marktbeherrschung liegt dann vor, wenn ein Unternehmen in der Lage ist, in «**spürbarem Masse**» (Kommission) bzw. «**in wesentlichem Umfang**» (EuGH) **unabhängig von Wettbewerbern und Kunden auf den betroffenen Märkten agieren zu können**.¹⁵¹

Die amerikanische Definition lautet leicht anders: «*market power is the ability of a firm profitably to maintain the price above the competitive level*».

Ein marktbeherrschendes Unternehmen hat somit eine «**power over the price**». Dieser Definition liegt auch der Gedanke zu Grunde, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen in der Lage ist, einen wirksamen Wettbewerb zu verhindern bzw. andere Wettbewerber auszuschalten.

Frage 56: Relevanter Markt und Marktanteil – wie bestimmen?

Eine beherrschende Stellung wird in der Regel bei einem Marktanteil von 50% oder mehr ohne weiteres angenommen. Umgekehrt wird bei einem Marktanteil von weniger als 25% nur bei besonderen Verhältnissen eine Marktbeherrschung angenommen. Anders ausgedrückt: Schon ein Marktanteil von mehr als 25% kann kritisch sein. Zu berücksichtigen sind sämtliche

dezu dafür bestrafen, dass es erfolgreich war). Es gibt somit kein allgemeines Monopolverbot. Sanktioniert ist bloss der Missbrauch der dominanten Stellung in Form des Behinderungsmisbrauchs oder des Ausbeutungsmisbrauchs. Dem Art. 82 liegt die wirtschaftspolitische Erkenntnis zu Grunde, dass monopolistische Wirtschaftsstrukturen sich innovationshemmend auswirken, zu einer nicht mehr effizienten Ressourcen-Nutzung und Ressourcen-Verteilung führen und letztlich die Versorgung mit qualitativ hochstehenden und dennoch preisgünstigen Waren und Dienstleistungen gefährden. So wären beispielsweise marktbeherrschende Unternehmen in der Lage, den Preis anzuheben oder die Produktion künstlich zu verknappen, Innovationen zu verhindern oder sonstwie ihren Marktanteil zu stabilisieren. Zwei verschiedene Instrumentarien stehen zur Verfügung, um hier eingreifen zu können: Einerseits das Missbrauchsverbot gemäss Art. 82 und andererseits die Zusammenschlusskontrolle gemäss der FKVO.

¹⁵¹ Dann ist das Unternehmen in der Lage, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern. Siehe die Entscheide *United Brands* (Slg. 1978, 207 insbes. E. 63/66) und *Hoffmann-La Roche* (Slg. 1979, 461 insbes. Er. 38, 520) sowie *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*; siehe ausserdem das bereits erwähnte *Michelin*-Urteil aus dem Jahre 1983 (Slg. 1983, 3461).

Faktoren wie beispielsweise Eintrittsbarrieren («**entry barriers**»), welche den Marktzutritt erschweren,¹⁵² oder Ausstiegsbarrieren («**exit barriers**»).¹⁵³ Ausserdem ist das Mass der vertikalen Integration und der Bündelung zu berücksichtigen¹⁵⁴, ferner besonders hohe Marketingkosten.

In fast allen Schiedsfällen im Bereiche von Art. 82 beginnt die *schwierige Fragestellung bei der Bestimmung des relevanten Marktes in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht*. Je enger diese Definition ausfällt, umso eher ist der Tatbestand der Marktbeherrschung erfüllt.¹⁵⁵ Ebenso schwierig kann die Frage sein, den relevanten Produktmarkt zu bestimmen.

Im Unterschied zum Ermittlungsverfahren durch die Kommission verfügt ein Schiedsgericht nicht über eine Infrastruktur, selbst die notwendigen Markterhebungen durchzuführen. Die Darlegung der relevanten Marktparameter liegt somit in den Händen der Parteien, und ein Schiedsgericht wird den Parteien aufgeben müssen, durch reputierte Sachverständige die relevanten Eckwerte darzutun. Verschiedentlich hat ein Schiedsgericht sich auch verpflichtet gefühlt, selbst einen *economic expert* oder einen *industrial expert* beizuziehen.¹⁵⁶ Anzumerken ist, dass die Beurteilung des neutralen Experten

¹⁵² Zum Beispiel prohibitiv hohe R&D costs, hohe Rohmaterialkosten, hohe Vorinvestitionen, schwierige/teure Technologie, welche langjährige Erfahrung und hohe Investitionen erfordert. Sind dagegen kaum nennenswerte Marktzutrittschranken vorhanden, so wird einem neuen Wettbewerber der Einstieg leicht gemacht. Damit kann die Marktmacht eines Unternehmens trotz einem sehr hohen Marktanteil relativ klein sein.

¹⁵³ Das Aussteigen aus einem industriellen Engagement kann mit sehr hohen Kosten verbunden sein, z.B. *environmental rehabilitation costs* etc. In einem kürzlichen Schiedsverfahren waren die *environmental rehabilitation costs* bezüglich eines Bergbauunternehmens in Griechenland zu beurteilen, was sich bereits als ausserordentlich schwierig erwies. Glücklicherweise ist es bis anhin noch nicht zu einem Schiedsverfahren über die Umweltkosten bei der Stilllegung einer Nuklearanlage gekommen (schon die konservativen Schätzungen liegen bei einigen -zig Milliarden Franken).

¹⁵⁴ Dies war eine *Crux* beim gescheiterten Zusammenschlussvorhaben zwischen *GE und Honeywell* im Jahre 2001.

¹⁵⁵ Die Kriterien sind in zahlreichen Entscheiden insbesondere der Kommission abgesteckt worden. Siehe insbesondere auch die Kommissionsbekanntmachung vom 9. Dezember 1997 über den relevanten Markt (Abl 1997 Nr. C372/5).

¹⁵⁶ Dieser Beizug ist jedoch nicht unproblematisch und muss sorgfältig geregelt werden. Falls ein Schiedsgericht selbst einen neutralen Experten beiziehen möchte (nebst Anhörung der Experten der Parteien), muss dies den Parteien so früh als möglich (idealerweise bereits beim ersten *Organisational Meeting*) mitgeteilt werden. Allein schon die Auswahl des neutralen Experten ist «ein Kunststück für sich», aus offensichtlichen Gründen. Zudem: Selbst wenn eine genehme Person beauftragt werden kann, kann es sich als sehr schwierig erweisen, die *Expert's Terms of Reference* zu vereinbaren. Beispielsweise stellt sich regelmässig die Frage, ob der neutrale Experte selbst (von sich aus) Nachforschungen erheben kann, und bei wem. Kann er je bei den Parteien «einmarschieren» und Erhebungen tätigen? Begleitet? Unbegleitet? Protokolliert/unprotokolliert? Kann er von sich aus das Personal befragen? Kann er weitere Dokumente

für das Schiedsgericht selbstverständlich nicht verbindlich ist, sondern es wird das Schiedsgericht dessen Beurteilung selbständig würdigen, im Rahmen der Gesamtwürdigung in sachlicher und rechtlicher Hinsicht.

Eines aber ist ziemlich sicher: Ein Art. 82-Schiedsfall wird zum «Tummelfeld» der Ökonomen.¹⁵⁷ Die meisten Artikel 82-Schiedsverfahren befassen sich im übrigen ganz konkret mit der Höhe der geforderten Lizenzgebühren.

Frage 57: Missbrauch-Ökonomie: Das Schiedsgericht zwischen Wissenschaft und russischem Roulette?

Schon aus der vorgehenden Fragestellung im Zusammenhang mit dem relevanten Markt ergibt sich die Schwierigkeit der marktökonomischen Erhebungen. Indessen: Die Schwierigkeit wird nochmals gesteigert bei einem allfälligen Marktmachtmissbrauch durch **unangemessen hohe Preise**.¹⁵⁸

Selbstverständlich gibt es keine allgemeine kartellrechtliche Preiskontrolle – *ausser eben dann, wenn ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung erlangt hat*.¹⁵⁹ Die Thematik für das Schiedsgericht beginnt typischerweise bei der schwierigen Grundsatzfrage, ob die Ausübung eines Immaterialgüterrechts missbräuchlich erscheint.

sichten (nicht nur diejenigen, welche im Schiedsverfahren eingereicht wurden) bzw. sich von den Parteien vorlegen lassen? Und ferner: Wie erstattet der Experte Bericht an das Schiedsgericht? Auch diese Berichterstattung wird für die Parteien transparent sein müssen. Somit Vorlage eines schriftlichen Berichtes und anschliessende Einvernahme des Experten in *cross examinations* vor dem Schiedsgericht etc. Als praktischer Hinweis: Wenn ein solcher neutraler Experte bestellt werden soll, kehre ich regelmässig vor, dass dieser schon von Anbeginn an bei allen *Hearings* dabei ist (somit auch bei der Vernehmung von *fact witnesses*), damit er dieselbe «Lernkurve» hat wie die Schiedsrichter.

¹⁵⁷ Dass dem Schiedsgericht bei der Beurteilung des Marktes eine sehr schwierige Aufgabe zukommt, liegt auf der Hand, und die Experten sind in der Regel schon uneinig bei den Marktkriterien, bei der Anwendung des SSNIP-Tests, der Produkte-Substituierbarkeit etc. Noch schwieriger wird die ökonomische Beurteilung bei der Frage nach der Auswirkung angeblich missbräuchlicher Vorkehrungen. Was, beispielsweise, ist die Ökonomie eines Rabattsystems; wann ist dieses für den Konsumenten vorteilhaft/förderlich, wann führt es zur Diskriminierung (à la *United Brands*) oder zu einem Verdrängungswettbewerb (à la *AKZO 1991* oder *Tetra Pak 1994*)?

¹⁵⁸ Siehe hierzu beispielsweise *Parke Davis 1968* (Slg. 1968, 87); *Deutsche Grammo/Metro 1971*, *United Brands* (Preisdiskriminierung), vgl. hierzu HUMMER/SIMMA/VEDDER, *Europarecht in Fällen*, 1999, 842 ff., *CICRA/Renault 1988*.

¹⁵⁹ Im Bereich von Arzneimitteln wurde beispielsweise der englischen Firma *Napp* im Jahre 2001 ein Bussgeld wegen zu hoher Morphinpreise auferlegt.

Im *Grundig*-Urteil¹⁶⁰ unterschied der EuGH zwischen **Bestand** des Immaterialgüterrechts (welcher sich nach nationalem Recht beurteilt) und der **Ausübung** desselben (welche Letztere dem Gemeinschaftsrecht unterliegt und beschränkt werden kann, wenn diese Ausübung zu einer beherrschenden Stellung beiträgt und dazu führen könnte, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Nach Ansicht des EuGH liegt ein solcher Missbrauch unter anderem dann vor, wenn für patentierte Erzeugnisse ein **unangemessener Preis** verlangt wird. Ferner hat der EuGH in *United Brands* klar ausgeführt, dass unterschiedliche Preise eine Preisdiskriminierung darstellen und gegen Art. 82 EGV verstossen.

Auch **Rabattsysteme** und Mengenrabatte (obschon grundsätzlich rechtmässig, solange die Differenzierung auf objektiven Massstäben beruht) können widerrechtlich sein, sobald das System so angelegt ist, dass andere Wettbewerber faktisch ausgeschlossen werden.¹⁶¹

Letzteres gilt auch bei Lizenzverträgen, welche Rabatt-Lizenzen vorsehen (somit eine Reduktion der Lizenzgebühr nach Massgabe der abgenommenen Warenmenge). Solche Rabatt-Lizenzen können dazu führen, dass der Lizenznehmer die Produkte nicht anderswo einkauft oder sie nicht selbst herstellt, und dass der Lizenznehmer dadurch noch stärker an den marktmächtigen Lizenzgeber gebunden wird.

In einem 1998 abgeschlossenen **Schiedsverfahren** ging es nicht nur um die Zulässigkeit einer Rabatt-Lizenz, sondern auch darum, dass der Lizenzgeber selbst (welcher mit verschiedenen Lizenznehmern nicht-exklusive Lizenzverträge abgeschlossen hatte) die betreffenden Produkte zu Tiefstpreisen auf den Markt brachte. Mehrere Lizenznehmer weigerten sich daher, die Lizenzgebühren zu bezahlen und forderten widerklageweise Schadenersatz gegen den Lizenzgeber mit der Behauptung, dieser habe bewusst **Verlustverkäufe** vorgenommen, um so die Konkurrenten (Lizenznehmer) aus dem Markt hinauszudrängen.¹⁶²

¹⁶⁰ *Grundig/Consten*, Rs 56 und 58/64, Slg. 1966, 321 ff.

¹⁶¹ Auf den kürzlichen sehr guten Aufsatz zu dieser Thematik (insbes. über die rechtliche Situation nach deutschem Recht) sei verwiesen auf: Knut Werner LANGE, Die kartellrechtliche Kontrolle der Gewährung von Rabatten, WuW 3/2002, 220–229.

¹⁶² Gegenüber dem Vorwurf des *predatory pricing* machte die Lizenzgeberin geltend, dass ihre Gestehungskosten tiefer seien als von den Lizenznehmern (Beklagten und Widerklägern) behauptet wurde, und ausserdem habe sie das Produkt weiterentwickelt, und es handle sich gar nicht um Verlustverkäufe (welche unter die AKZO-Sanktion fallen würden), sondern um die nach der EuGH-Rechtsprechung tolerierten Einführungsrabatte (unter Verweis auf *Hoffmann-La Roche/Kommission* bezüglich Vitamine, Slg. 1979, 542).

Frage 58: Was ist das «richtige» pricing für Lizenzen?

Für ein Schiedsgericht ergeben sich jedoch die schwierigsten Fragen im Bereiche der **Beurteilung der Angemessenheit einer Lizenz** zur Herstellung von **pharmazeutischen Produkten**. Die Problematik wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass durchschnittlich aus zweitausend Forschungsprojekten nur gerade (höchstens) ein Dutzend bis ins Entwicklungsstadium gelangen. Von diesem Dutzend gelangen schliesslich vielleicht nur zwei oder drei überhaupt an den Markt, und von Letzteren dürfte nur ein einziges Produkt überhaupt erfolgreich sein (mithin zu einem unternehmerischen Deckungsbeitrag führen, welcher die direkten Forschungs- und Entwicklungskosten übersteigt). Und schliesslich sind es, wie bekannt, nur ganz wenige Produkte, welche so erfolgreich sind, dass sie 80 oder gar 90% der Erträge eines Pharmaunternehmens ausmachen.

Die Problematik für das Schiedsgericht besteht nun darin, beim **pricing** einer Lizenz zu beurteilen, welche Entwicklungskosten in die Gestehungskosten einzurechnen sind und welche nicht. Somit: Ist zu berücksichtigen, dass (nebst dem üblichen F&E-Aufwand für ein Pharmaprodukt, welcher **durchschnittlich im Bereiche von USD 600–800 Mio.** liegt) einige hundert oder mehr kostspielige Forschungsprojekte in demselben Sektor **abortiv** verlaufen sind, oder sind dies *sunk costs*?

Oder wäre nur ein direkter *cost plus*-Ansatz zu verwenden (somit Berücksichtigung der effektiven Gestehungskosten nur gerade des betreffenden Produktes in Relation zum Verkaufspreis bzw. der Lizenzgebühr? Überhaupt: Gibt es ein **Vergleichsmarktkonzept** für die Verwertung von geistigen Eigentumsrechten?

Die Schwierigkeit der Fragen liegt auf der Hand, und dies führt auch dazu, dass in aller Regel solche Schiedsverfahren – oft unter direkter Anleitung des Schiedsgerichts – zwischen den Parteien verglichen wird. Der Vergleich (im Sinne der Renegotiierung des Lizenzvertrages) ist die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis auf eine neue und zukunftsorientierte Basis zu stellen.¹⁶³

¹⁶³ Siehe unten: Vom Schiedsverfahren zur Mediation.

Frage 59: Welche Problematik stellt sich bei Koppelungsgeschäften?

Koppelungsgeschäfte unterfallen Art. 82 (2) (b) EGV. Sie werden gelegentlich von marktmächtigen Unternehmen auferlegt, weil es diesen erlaubt, ihre **Marktmacht in angrenzende Märkte auszudehnen**. Daneben haben sie den wettbewerbsrechtlich unerwünschten Effekt, potentielle Konkurrenten vom Markt auszuschliessen und ausserdem die Wahlfreiheit des Käufers (das gekoppelte Produkt bei einem anderen Lieferanten einzukaufen) zu eliminieren.

In einigen mir bekannten Schiedsfällen sind Koppelungsgeschäfte bezüglich immaterialgüterrechtlich geschützter Produkte verwendet worden, zum Beispiel bei der Auflage, Halbleiter-Chips lediglich vom Lizenzgeber zu beziehen (obschon solche Chips auch von chinesischen Billig-Produzenten hätten eingekauft werden können). Während ein Schiedsgericht sich an das *Hoffmann-La Roche*-Urteil sowie später *Hilti* und *Tetra Pak II* erinnern wird, kann sich auch die technisch schwierige Frage stellen, ob zwischen dem gekoppelten Produkt und einem OEM-Produkt eine funktionale Identität bzw. Substituierbarkeit besteht oder nicht.

Im rein technischen Sektor wird sich diese letztere Frage wohl beantworten lassen.

Viel schwieriger ist die Frage jedoch bei **Zusatzprodukten**, welche bei der Erzeugung pharmazeutischer Produkte verwendet werden. Die Frage ist, wie ein Schiedsgericht mit einiger Verlässlichkeit dahingehend instruiert werden kann, dass ein bestimmtes vom Hersteller verlangtes Zusatzprodukt eine besondere Wirkung entfaltet, welche ein anderes Zusatzprodukt nicht beanspruchen kann. Hier streiten sich vor dem Schiedsgericht nicht nur Anwälte und Ökonomen, sondern auch Biochemiker, Mediziner und Pharmakologen.

Frage 60: Wann soll/muss ein Schiedsgericht eine Geschäftsabschlusspflicht statuieren?

Es ist in zwei mir bekannten Fällen vorgekommen, dass ein eingeklagtes Unternehmen der Klägerin vorwirft, einen eigentlichen **Verdrängungswettbewerb** zu betreiben und widerklageweise vom Schiedsgericht ein Urteil verlangt, wonach die Klägerin verpflichtet werden soll, das Vertragsverhältnis weiterzuführen, nebst Widerklage auf Schadenersatz wegen Lieferverweigerung oder **Geschäftsverweigerung**.

Auch solche Fragen einer Geschäftsabschlusspflicht stellen sich nur im Bereiche von Art. 82, d.h. bei marktbeherrschenden Unternehmen. Gemäss dem *Michelin-Entscheid* des EuGH kommt ihnen die besondere Verantwortung zu dafür Sorge zu tragen, dass durch ihr Verhalten nicht der wirksame und unverfälschte Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt beeinträchtigt wird.¹⁶⁴

Würde keine Marktbeherrschung vorliegen, so wäre selbstverständlich jedes Unternehmen frei zu entscheiden, mit wem es in Geschäftsbeziehung treten will und welche Geschäftsbeziehungen es aufrechterhalten will. **Der Grundsatz der Vertragsfreiheit wird jedoch durch Art. 82 beschränkt.**¹⁶⁵ An

¹⁶⁴ *Michelin v/ Kommission*, Slg. 1983, 3461 (3511).

¹⁶⁵ Die Rechtsprechung des EuGH zur Geschäftsverweigerung geht zurück auf den viel zitierten Entscheid *Commercial Solvents v/ Kommission* (Slg. 1974, 223 (insbesondere 245 ff.)). In jenem Fall ging es bekanntlich darum, dass die Muttergesellschaft Commercial Solvents (weltweit eine Marktführerin für die Rohstoffherstellung für das TBC-Arzneimittel auf der Basis von Etambutol) eine zu bloss 51% beherrschte italienische Tochtergesellschaft hatte, deren Verwaltungsrat die amerikanische Commercial Solvents stimmrechtsmässig kontrollieren konnte. Die italienische 51%ige Tochtergesellschaft belieferte ein anderes italienisches Pharmaunternehmen, Zoja SpA, mit dem Wirkstoff. Als unabhängige Händler begannen, den benötigten Rohstoff (Etambutol) billiger anzubieten, kündigte Zoja den Vertrag mit der 51%igen Tochtergesellschaft in der Annahme, es werde ihr schon gelingen, das Etambutol aus anderen Lieferquellen billiger einzukaufen. Dies erwies sich jedoch nach kurzer Zeit als falsch, so dass sich Zoja notgedrungen wiederum an die 51%ige Tochtergesellschaft wandte. Letztere verweigerte dann aber die Belieferung, insbesondere auch deshalb, weil sich in der Zwischenzeit die Commercial Solvents von einer reinen Wiederverkäuferin von Rohstoffen zur Herstellerin von Arzneimittelspezialitäten entwickelte und damit zur direkten Konkurrentin von Zoja wurde. Auf Grund der Lieferverweigerung gelangte Zoja an die EG-Kommission und beantragte die Einleitung eines Verfahrens. Die Kommission erblickte in der Lieferverweigerung einen Missbrauch von Marktmacht im Sinne von Art. 82 (ex 86) EGV und auferlegte der 51%igen Tochtergesellschaft, Mindestmengen des Rohstoffes weiterhin an Zoja zu liefern. Die Anfechtung des Kommissionsentscheidungs beim EuGH war erfolglos. Der EuGH hielt, ganz im Sinne der Kommission, klar fest, dass ein dominanter Hersteller die Weiterbelieferung nicht deshalb verweigern dürfe, weil er selbst auf demselben Markt (Medikamentenherstellung) tätig werden wolle. Entscheidend für die Begründung war, dass ein effektives Abhängigkeitsverhältnis zu bejahen war in dem Sinne, dass Zoja keine Möglichkeit hatte, auf ein anderes Produkt auszuweichen. Sodann stand für den EuGH im Vordergrund, dass Commercial Solvents ein vertikal integriertes Unternehmen war, und dass Zoja (als Kundin) in einem abgeleiteten Markt in einem Konkurrenzverhältnis stand. Durch die Lieferverweigerung wäre es Commercial Solvents gelungen, sich auch im abgeleiteten Markt der Medikamentenherstellung eine bessere Position zu verschaffen. Zum Umfeld des Tatbestandes gehört im übrigen, dass Commercial Solvents effektiv weltweit der einzige industrielle Hersteller des Rohstoffes von Etambutol war, und dass ein Markteintritt durch andere Wettbewerber erschwert war, weil diesem das benötigte Know-how fehlte.

den Fall *Commercial Solvents* schlossen sich weitere Fälle an, wie beispielsweise *United Brands*,¹⁶⁶ *Hugin*,¹⁶⁷ *Télémarketing*¹⁶⁸ oder *Tetra Pak II*.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Slg. 1978, 207. Es ging darum, dass das marktbeherrschende Unternehmen **United Brands** den dänischen Vertriebshändler Olesen mit einem Lieferstopp bezüglich Chiquita-Bananen belegte, mit der Begründung, Olesen konzentriere sich stärker auf die ebenfalls von ihm vertriebenen Dole-Bananen. Sowohl die Kommission als auch der Generalanwalt und diesem folgend der EuGH erklärten den Lieferstopp für unzulässig. Insbesondere werde der Markt zu Ungunsten der Bananen-Konsumenten beschränkt, und die Diskriminierung des Händlers Olesen könnte dazu führen, dass unter Umständen ein Händler das Geschäft aufgeben muss. Im Unterschied zum Fall *Commercial Solvents* war *United Brands* nicht vertikal integriert. Es fehlte somit an einem potentiellen Wettbewerbsverhältnis. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass wohl angenommen werden darf, dass Olesen selbst bei einem permanenten Lieferstopp (seitens *United Brands*) in der Lage gewesen wäre, den Betrieb und Vertrieb für andere Bananenproduzenten und deren Produkte (wie bzw. Dole) weiterzuführen (*United Brands* hatte lediglich einen Marktanteil von etwas über 40%). Demgegenüber war im Falle *Commercial Solvents* die italienische Firma Zoja auf die Lieferung des Rohstoffes angewiesen, ohne welchen die Produktion aus technischen Gründen nicht hätte weitergeführt werden können. Der Fall *Commercial Solvents* überzeugt daher mehr als der Fall *United Brands*. Es scheint, dass sich die Kommission sowie der EuGH insbesondere durch Konsumentengesichtspunkte leiten liessen. Es ging somit wohl eher um Konsumentenschutz und nicht so sehr um den Schutz eines wirksamen Wettbewerbs. Immerhin: Der EuGH befand eine wirtschaftliche Abhängigkeit von Olesen von *United Brands* und befand, dass die Lieferverweigerung angesichts der langjährigen Geschäftsbeziehung als unverhältnismässig und diskriminierend betrachtet werden müsse.

¹⁶⁷ **Hugin**, Slg. 1979, 1869. Es ging um den Verkauf von Registrierkassen in Grossbritannien, welche *Hugin* bis anhin via *Liptons Ltd.* verkaufen liess. *Hugin* beschloss dann aber, fortan die Registrierkassen in England selbst verkaufen zu wollen, und weigerte sich, den Vertrag mit *Liptons* zu verlängern. Damit war *Liptons* nicht mehr in der Lage, diese Kassen zu vertreiben und die benötigten Ersatzteile für bereits gelieferte Kassen zu liefern. Für die Kommission war klar, dass *Liptons* auf die Weiterbelieferung der Ersatzteile durch *Hugin* angewiesen war und dass es *Hugin* mit der Lieferverweigerung darum ging, seine eigene Monopolstellung auszubauen. Im Verfahren vor dem EuGH stellte der Generalanwalt besonders auf das Argument der Monopolausdehnung ab, in Anlehnung an das *Commercial Solvents*-Präjudiz. Demnach liegt ein Verstoß gegen Art. 82 EGV vor, wenn ein Unternehmen in beherrschender Position diese ausnützt, um den praktisch einzigen wichtigen Konkurrenten auf einem Sekundärmarkt zu eliminieren, um so diesen Sekundärmarkt zu monopolisieren. Im späteren RTL-Entscheid (Slg. 1985, 3261) definierte der EuGH den Inhalt des Missbrauchsbegriffs in demselben Sinne. Die späteren Urteile *Hilti AG* (Slg. 1991 II-1439) sowie *Napier Brown/British Sugar* (1988 ABl. L284/41) festigten diese Praxis. In diesem Zusammenhang ist auch das Urteil i.S. *United Brands v/ Kommission* (Slg. 1978, 207) zu erwähnen (wobei das Interessante an diesem Urteil ist, dass *United Brands* selbst nicht in einem Konkurrenzverhältnis zur von ihr nicht mehr belieferten dänischen Firma Olesen stand. *United Brands* stoppte die Belieferung von Olesen mit Chiquita-Bananen mit der Begründung, Olesen habe die Chiquita-Bananen gegenüber den von Olesen ebenfalls vertriebenen Dole-Bananen benachteiligt und somit eine Vertragsverletzung begangen. Die Kommission und der EuGH betrachteten diesen Lieferstopp als unzulässig. Man wird hier allerdings anmerken, dass das *United Brands*-Urteil relativ weit geht, und man wird wohl sagen müssen, dass es wirtschaftspolitisch auch darum ging, den Weiterbestand von Olesen als ein (schützenswertes) KMU zu sichern (es ist dies ein Fall, der mich nicht besonders überzeugt).

Ein **Schiedsgericht** wird eine Geschäftsabschlusspflicht nur nach sehr eingehender Prüfung in Betracht ziehen können.

- Voraussetzung ist wohl ein *schützenswertes Wettbewerbsverhältnis* (welches an sich bei *United Brands* nicht vorlag), sowie
- ein ausgesprochener *Missbrauch* von Marktmacht in einer Situation, wo das konkurrenzerte Unternehmen in einem Abhängigkeitsverhältnis steht (somit keine Substituierungsmöglichkeit besteht).
- Ausserdem wird ein Schiedsgericht die Gründe für eine Geschäftsverweigerung im Detail prüfen müssen, beispielsweise der Einwand, die andere Vertragspartei (oft ist es eine Lizenznehmerin) habe ihrerseits nicht erfüllt oder Lizenzgebühren nicht bezahlt oder sonstwie den Vertrag verletzt.
- Ausserdem wird möglicherweise die belastete Partei Kapazitätsgründe vortragen mit der Behauptung, eine Ausweitung der Kapazitäten sei nicht möglich oder nicht zumutbar.

¹⁶⁸ **Centre Belge d'Etudes du Marché S.A./Co. Luxembourgeoise de Télédiffusion**, Slg. 1985, 3261. In diesem Fall ging es darum, dass der EuGH ein Koppelungsgeschäft zu beurteilen hatte, welches einer missbräuchlichen Geschäftsverweigerung gleich kam. Das Centre Belge (CBEM) war der einzige Anbieter von Telemarketing auf dem Fernsehsender RTL. Nach Ablauf des Vertrags änderte RTL die Geschäftspolitik und verlangte inskünftig von den Anbietern von Telemarketing-Dienstleistungen, dass Telefonnummern eines Unternehmens der RTL-Gruppe benützt werden müssen. Diese Auflage hielt der EuGH für wettbewerbswidrig unter dem Gesichtspunkt von Art. 82 EGV. Der EuGH erblickte darin die Absicht eines marktbeherrschenden Unternehmens mit dieser Auflage auch in einem benachbarten (aber getrennten) Markt eine stärkere Stellung zu erreichen. Somit Ausdehnung vom Hauptmarkt der Erzeugung und Ausstrahlung von Fernsehprogrammen auf den Nachbarmarkt der Telekommunikation. Auch in diesem Entscheid berief sich der EuGH auf das Präjudiz in *Commercial Solvents*.

¹⁶⁹ **Tetra Pak II/Kommission**, ABl. 1992 L 1/22; Slg. 1996, I-5951. In diesem Fall ging es darum, dass *Tetra Pak* als marktmächtiges Unternehmen versuchte, durch Unterkostenverkäufe auszuweiten. *Tetra Pak* war Marktführerin bezüglich der Maschinen für die Herstellung aseptischer Cartons (welche verwendet werden, um Getränke wie Milch oder Fruchtsäfte abzufüllen). Auf dem septischen Markt (kürzere Haltbarkeit der abgefüllten Produkte) war *Tetra Pak* zwar führend, aber nicht marktbeherrschend. Für die Herstellung der benötigten Abfüllmaschinen hatte *Tetra Pak* Patente hinterlegt. An den Verkauf der *Tetra Pak*-Abfüllmaschinen wurde indessen die Bedingung geknüpft, dass die Käufer auch die von der *Tetra Pak* gelieferten Kartons bestellen mussten. Man wird sich hier an das *Hilti*-Urteil erinnern (**Hilti AG/Kommission**, Slg. 1991, II-1439), in welchem *Hilti* den Verkauf der immaterialgüterrechtlich geschützten Kartuschen davon abhängig machte, dass auch die entsprechenden Bolzen (für welche indessen auch andere Anbieter auf dem Markt waren) abgenommen werden mussten.

Frage 61: Wo steht die Schiedsgerichtspraxis in Bezug auf die essential facility doctrine?

Wiederum geht es hier um eine **Frage von heutzutage zentraler Bedeutung**, weil sie sich in Schiedsverfahren insbesondere in zwei Bereichen aktualisiert: Zum einen im Bereich der Herstellung von **hoch technologischen Produkten** (inklusive Arzneimitteln), zum anderen im Bereich der Zulassung zu **Netzwerken** der Telekommunikation, der Gasleitungen und der Stromnetze.

Wann also liegt eine *essential facility* vor? Es macht den Anschein, dass dieser Begriff zum modischen **Schlagwort** geworden ist.¹⁷⁰ Die *essential facility*-Doktrin wird im *MCI-Entscheid* wie folgt zusammengefasst:

«A monopolist's refusal to deal under these circumstances is governed by the so-called essential facility doctrine. Such a refusal may be unlawful because a monopolist's control of an essential facility (sometimes called a <bottle-neck>) can extend monopoly power from one stage of production to another, and from one market into another. Thus, the antitrust laws have imposed on firms controlling

¹⁷⁰ Die *essential facility doctrine* geht auf das legendäre Urteil des US Supreme Court i.S. **United States v/ Terminal Rail Road Association** aus dem Jahre 1912 zurück. Mehrere Eisenbahngesellschaften hatten ein *Joint Venture* gegründet und erlangten die Kontrolle über den Eisenbahnverkehr von und nach St. Louis, einem wichtigen Eisenbahnknotenpunkt. Durch diese Kontrolle konnten sie verhindern, dass weitere Eisenbahngesellschaften den Verkehr aufnahmen. Allenfalls wäre dies nur durch den Aufbau einer weiteren prohibitiv teureren Infrastruktur möglich gewesen. In seiner *landmark*-Entscheidung verpflichtete der US Supreme Court jedoch das *Joint Venture*, die Verträge so zu ändern, dass aussenstehende Eisenbahngesellschaften entweder in das *Joint Venture* eintreten konnten oder aber die bereits bestehende Eisenbahninfrastruktur diskriminierungsfrei benutzen durften. Der Entscheid erging unter dem Sherman Act Section 1 (unzulässiges konzertiertes Verhalten durch eine horizontale Absprache) sowie unter Sherman Act Section 2 (versuchte Monopolisierung).

Im späteren Fall **Associated Press v/ United States** aus dem Jahre 1945 ging es um den Zugang zu Informationsdiensten einer Vereinigung von 1200 Zeitungsagenturen.

Sodann ging es im Falle **Otter Tail Power Co. v/ United States** darum, dass sich das öffentlich-rechtliche Elektrizitätsunternehmen Otter Tail Power weigerte, Elektrizität von Konkurrenten durch seine Netze durchleiten zu lassen. Im 1983er Entscheid i.S. *MCI v/ AT&T* ging es darum, dass AT&T der konkurrierenden Telefongesellschaft MCI die Interkonnektion zu ihrem lokalen Verteilnetz verweigerte, welche Interkonnektion eine unabdingbare Voraussetzung für die Ermöglichung der Dienstleistung an die Endkunden der MCI war.

an essential facility, the obligation to make the facility available on non-discriminatory terms.»¹⁷¹

In der EU hat die *essential facility*-Doktrin mit grosser Verspätung Einzug gehalten. Die ersten drei Fälle betrafen die Verweigerung des Zugangs oder die diskriminierende Zulassung zu Hafenanlagen. Diese wurden von der Kommission als «wesentliche Einrichtungen» bezeichnet. Diese Entscheidungen führten schliesslich zum EuGH-Entscheid i.S. *Radio Telefís Eirean (RTE) und Independent Television Publications (ITP) v/ Kommission* sowie *BBC Enterprises v/ Kommission*. Diese drei parallelen Verfahren «segeln» unter dem Schlagwort «**Magill**».¹⁷²

In der *Magill*-Entscheidung führte der EuGH aus, dass eine Lizenzverweigerung als solche kein Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstelle, es sei denn, dass **aussergewöhnliche Umstände vorliegen** würden. Solche aussergewöhnlichen Umstände erblickte der EuGH allerdings in dreierlei Hinsicht: *Erstens* bestand für das Produkt (nämlich die wöchentliche Fernsehprogramm-Zeitschrift) kein Substitutionsprodukt. *Zweitens* bestand für das Produkt (die Fernsehprogramm-Zeitschrift) eine klare Nachfrage der Konsumenten, welche infolge der Lizenzverweigerung nicht befriedigt werden konnte. *Drittens* liess sich die Lizenzverweigerung nicht rechtfertigen (die Lizenzverweigerung hatte damit zu tun, dass die Fernsehgesellschaften sich den zusätzlichen Markt der wöchentlichen Programmzeitschrift selbst vorbehalten wollten).

¹⁷¹ *MCI Communications Corp. v/ AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir. 1983). Siehe hierzu: Katharina SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, 15.

¹⁷² In *Magill* ging es darum, dass der irische Verlag *Magill* eine umfassende wöchentliche Fernsehzeitschrift publizierte. Die für diese Zeitschrift benötigten Informationen (wie Titel der Sendung, Sendezeit, Sendekanal etc.) waren indessen nach irischem Recht urheberrechtlich geschützt, so dass die drei in Irland sendenden Fernsehanstalten dem Verlag *Magill* die Verwendung der Informationen (und somit die Publikation der geplanten wöchentlichen Zeitschrift) erfolgreich verbieten konnten. *Magill* gelangte daraufhin an die Kommission und beschwerte sich über eine Verletzung von Art. 82 (ex 86) EGV. Die Kommission erblickte im Verhalten der Fernsehgesellschaften tatsächlich eine missbräuchliche Ausübung von Marktmacht und auferlegte den Fernsehanstalten die Pflicht zur Einräumung einer Zwangslizenz. Durch diese Zwangslizenz wurde somit das nationale (irische) Urheberrecht an diesen Programmen beschnitten.

Illustrativ ist weiters der EuGH-Entscheid i.S. *Der Standard* vom 26.11.1998, wo es um die Weigerung eines vertikal integrierten Zeitungsverlags ging, ein Konkurrenzblatt in das eigene Hauszustellungssystem aufzunehmen. Siehe im übrigen Dirk BUSCHLE, *Der Standard, Magill und die essential facilities*, European Law Reporter 12/98, 570 ss.

Ausserdem sei verwiesen auf den EuG Entscheid vom 16.12.1999 in Rs *Micro Leader Business/Kommission* und den Aufsatz von Astrid BUHROW, Missbrauch von Marktmacht durch Geltendmachung von Urheberrechten, ELR 06/2000, 212 ff.

Magill hat zu zahlreichen Exegesen in der kartellrechtlichen Literatur Anlass gegeben (obschon es sich dabei sicherlich nicht um einen *essential facility*-Fall handelt. Die an den Programmen geltend gemachten Urheberrechte sind nicht wirklich eine *essential facility*).

Im Nachgang zu Magill sind weitere Entscheidungen ergangen,¹⁷³ die hier nicht besonders erwähnt werden. Sie haben für die aktuellen Schiedsverfahren insbesondere im Bereich der Interkonnektion (Zugang zu Netzwerken) einen Beurteilungsrahmen abgesteckt.

Bedeutend schwieriger sind jedoch die Fälle **im Bereiche der Pharmaindustrie sowie in der Chemie-Branche**.

¹⁷³ Z.B. das *Porto di Genova* – Urteil in Slg. I-1991, 5889, in welchem es um den Akzess zu den Hafeneinrichtungen ging.

Siehe ferner *London European/Sabena*, 1992 ABl. L 317/47, in welchem, Fall es darum ging, dass Sabena die Fluggesellschaft London European nicht in ihr Buchungssystem aufnehmen wollte, dies vermutlich deshalb, weil Sabena die Konkurrenz des Billigfliegers fürchtete; die Kommission qualifizierte diese Zugangsverweigerung unter Art. 82 (ex 86) lit. (b) und (d). Vor Erlass der förmlichen Entscheidung nahm Sabena die missliebige Konkurrentin in das System auf.

Siehe ferner *Aer Lingus/British Midlands* betreffend das sog. Interlining, welches seitens British Midland gekündigt wurde, nachdem Aer Lingus die Strecke London-Dublin in ihren Flugplan aufnahm. die Kommission statuierte eine Geschäftsabschlusspflicht. 1992 ABl. L 96/34.

Auf die *essential facility* Doktrin (sowie auf *Commercial Solvents*) berief sich die Kommission im vorsorglichen Massnahmeverfahren in *Rs Sealink/B&I-Holyhead*, in welchem es darum ging, dass die Marktbeherrscherin Sealink (ein vertikal integriertes Unternehmen, welches nicht nur den Fährbetrieb, sondern auch die Hafeneinrichtung kontrollierte) den Fährfahrplan so abänderte, dass das B&I Fährschiff in Folge Änderungen des Wasserstandes nicht mehr ungehindert operieren konnte. ABl. 1994 L 15/8; 22.

Kurz darauf wurde der Holyhead-Hafen erneut zum Schauplatz eines weiteren Verfahrens: *Sea Containers/Sealink*, in welchem Fall es darum ging, dass Sea Containers den Hafenzugang erwirken wollte. Die Kommission erliess eine förmliche Entscheidung und wiederholte die dreiteilige Begründung in der vorerwähnten Holyhead-Entscheidung. Gleichzeitig stellte sie klar, dass es unerheblich sei, ob der Zugang von einem bisherigen oder einem neuen Konkurrenten verlangt wird (E. 67).

Siehe auch den Art. 86er (ex 90) Fall, in welchem dem Staat Dänemark die Gleichbehandlungspflicht bezüglich der Hafenanlage von *Rodby* in Erinnerung gerufen werden musste, nachdem der Reederei *Stena* verboten wurde, neben der bestehenden Anlage in *Roby* eine weitere Anlage für den Fährdienst zwischen Dänemark und Deutschland zu erstellen. ABl. 1994, L 55/56.

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch an das Verfahren gegen die *Trans-Atlantic Linienkonferenz*, in welchem die 15 zusammengeschlossenen Unternehmen wegen Ausschaltung des potentiellen Wettbewerbs mit Euro 273 Mio. gebüsst wurden (ABl. 1999 Nr. L 95/1); siehe auch Torsten BERGAU, Verstoß gegen Art. 82 EG durch Ausschaltung potentiellen Wettbewerbs, ELR 6/99, 245 ff.

Siehe weiters die CEWAL-Entscheidung in *Rs Companie maritime belge transports SA et al/Kommission*, EuGH vom 16.3.2000 und den Aufsatz von Georg-Klaus DE BRONETT, Art. 81 und 82 EG: Ideal-oder Gesetzeskonkurrenz? ELR 04/2000, 138 ff.

- Beispielsweise hat sich die schwierige Frage gestellt zu beurteilen, ob eine amerikanische Lizenzgeberin (bezüglich der Herstellung eines Pharma-Wirkstoffes) gezwungen werden kann, eine ausgesprochene Vertragskündigung zurückzunehmen und den Lizenzvertrag weiterzuführen gestützt auf das Vorbringen der Lizenznehmerin, sie habe ihre Produktionsanlagen speziell für das entsprechende Herstellungsverfahren mit grossem Kostenaufwand eingerichtet, und es sei ihr unzumutbar, diese Anlagen auf ein anderes Produkt umzustellen. Die Umstellung allein würde zum Verlust der innegehaltenen Marktposition führen.
- Man wird sich bei dieser Fragestellung an *Commercial Solvents* erinnern.
- Indessen hat sich gezeigt, dass die tatsächlichen Abklärungen ausserordentlich komplex und kontrovers sein können und sich das Schiedsgericht mit zahlreichen Experten-Gutachten wird auseinandersetzen müssen.

Frage 62: Welche Aspekte sind bei behaupteter *essential facility* zu prüfen?

Eine kleine Checkliste für die Qualifizierung als *essential facility*: Die schiedsgerichtliche Beurteilung des Sachverhalts erfordert insbesondere die Abklärung der folgenden Fragen:

- Betreibt oder vertreibt das verweigernde Unternehmen wirklich eine «*essential facility*»?
- Wann ist eine Infrastrukturanlage oder Ressource «wesentlich»?
- Was ist der relevante Markt (sachlich, geographisch und zeitlich)?
- Liegt eine marktbeherrschende Stellung des «Verweigerers» vor?
- Ist letzterer vertikal integriert?
- Bestehen zwei verbundene Märkte?
- Ist die «*facility*» wirklich erforderlich?
- Besteht wirklich ein qualifiziertes Abhängigkeitsverhältnis des Abnehmers vom beherrschenden Unternehmen?
- Findet eine Ungleichbehandlung statt?
- Welche wechselseitigen Interessen sind gegeneinander abzuwägen?
- Fehlen Alternativen für den Abnehmer?
- Bestünde eine Substituierbarkeit?

- Bestünde eine Dupliziermöglichkeit?
- Ökonomische Zumutbarkeit von Alternativen?
- Erscheint eine Zugangsverweigerung oder Lizenzverweigerung wirklich als rechtsmissbräuchlich?
- Mögliche Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung?
- Fehlende Kapazität des Verweigerers: genügen solche zur Rechtfertigung?
- Rechtfertigt sich die ausnahmsweise Einschränkung der Immaterialgüterrechte wirklich?
- Nach welchen Kriterien müssten von einem Schiedsgericht die Zugangsbedingungen oder Lizenzbedingungen festgelegt werden?
- Welche Kriterien bestehen in der Pharmaindustrie?
- Welche Kriterien bestehen in der Chemiebranche?
- Welche Kriterien bestehen im Anlagenbau?
- Welche Kriterien bestehen bei Telekommunikationsnetzen?¹⁷⁴
- Welche Kriterien bestehen bei Eisenbahninfrastrukturen?
- Welche Kriterien bestehen bei Elektrizitäts- und Gasleitungen?
- Welche Kriterien bestehen bei Hafenanlagen?
- Welche Kriterien bestehen bei Flughafeneinrichtungen?
- Welche Kriterien bestehen beim Zugang zu Logistiknetzen (Computernetze)?
- Was sind die Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Lizenzverweigerung oder Zugangsverweigerung?
- Verfahrensfragen (Zuständigkeit, vorsorgliche Massnahmen, Beweislastregelung, Unterlassungsansprüche bezüglich der Behinderung, Schadenersatzansprüche, Klage auf Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinnes nach Bereicherungs-Grundsätzen oder analog zu einer Geschäftsanmassung, Auswirkungen auf eine Kontrahierungspflicht)?
- Paralleles Verfahren vor einem Schiedsgericht und vor den Wettbewerbsbehörden (Mitwirkungspflicht der Parteien, Untersuchungsmaxime).

¹⁷⁴ Siehe hierzu die sehr aufschlussreiche Verfügung der Eidg. Kommunikationskommission «Interkonnektion VI» zum Fall diAX, sic! 5/2002, 331–341.

Frage 63: Welche komplexen Fragen stellen sich bei der allenfalls vorzunehmenden Einräumung von Zwangslizenzen?

Siehe hierzu die Bemerkungen zur Frage 58. Zwangslizenzen – gar nicht so unüblich in England und Irland, wie der jüngste Fall in Rs *IMS Health/Kommission* zeigt – sind grundsätzlich ein schwerer Eingriff in die Autonomie eines Unternehmens. Die Hürde ist dementsprechend hoch, ja *muss* hoch sein.

In zwei kürzlichen (verbundenen) Pharma-Fällen wurde widerklageweise die Einräumung von Zwangslizenzen betreffend die weitere Benützung von Herstellungs- und Verfahrenspatenten und Know-how verlangt, im wesentlichen mit der Begründung, (i) dass ansonsten der (nur gerade auf das spezifische Produkt konfigurierte) Betrieb eingestellt werden müsste, und (ii) dass ein erhebliches öffentliches Interesse bestehe, dass dieses Heilmittel in Europa weiterhin produziert wird.

- Die **Wesentlichkeit** der Immaterialgüterrechte war unbestritten, ebenfalls die marktmächtige Stellung des verweigernden Unternehmens (Inhaberin der Immaterialgüterrechte). Somit war eine **Abhängigkeit** gegeben; zu prüfen waren **mögliche Alternativen**.
- Das **Schiedsgericht** befasste sich daher u.a. nicht nur mit den **technischen Abklärungen** der Zumutbarkeit einer allenfalls möglichen *technischen Umrüstung* des Betriebes zur Verarbeitung eines oder mehrerer verwandter Produkte und der hierfür notwendigen Investitionen, mit Anhörung von technischen Experten,
- sondern insbesondere auch mit der Frage, ob **Substitutionsprodukte** pharmakologisch *gleichwertig* seien und
- den **gleichen Kundenkreis** ansprechen würden (das Produkt enthielt gewisse natürlich gewonnene Enzyme, wogegen es sich bei den allenfalls in Frage kommenden Substitutionsprodukte um sog. *recombinant products* handelte, bei denen die natürliche Essenz durch ein neuartiges chemisches Herstellungsverfahren ersetzt wurde).
- Ausserdem prüfte das Schiedsgericht das behauptete **öffentliche Interesse** der Konsumenten am Produkt (mit widersprüchlichen Aussagen von Ärzten als Experten über diese drei Fragenkomplexe), und
- es prüfte die **Rechtfertigungsgründe** der verweigernden **Lizenzgeberin** (diese betonte die Ausstände in den Lizenzzahlungen, die mangelnde Transparenz in den Abrechnungen und die ungenügende Kontrollmöglichkeit und der mangelnde Rückfluss an Information bezüglich der Verbesserungseinrichtungen im Herstellungsprozess gemäss der vertraglichen *grant-back obligation*,

- wogegen die **Lizenznehmerin** die teilweisen Zahlungsausstände mit Mängeln in der Technologie begründete, teilweise mit bloss vorübergehenden Liquiditätsengpässen infolge Ausbau der Anlage (behauptetermassen zum Vorteil der Lizenzgeberin) und
- unter Geltendmachung, dass die **ausschliessliche grant back obligation** ohnehin gegen die **TT-GVO** verstosse, weshalb sie nicht einzuhalten sei.
- Sodann prüfte das Schiedsgericht die widerklageweise vorgetragene Behauptung der Lizenznehmerin, wonach die Klägerin/Lizenzgeberin lediglich Vorwände gesucht habe, um den Lizenzvertrag zu kündigen, weil das Produkt eben dabei sei, **ein Renner zu werden**, und sich die Lizenzgeberin mit einer anderen Vertragspartei einen **vorteilhafteren** Lizenzvertrag versprechen würde,
- und schliesslich hatte sich das Schiedsgericht mit den finanziellen und weiteren Rahmenbedingungen im Zusammenhang mit der widerklageweise angebehrten **Zwangslizenz** zu befassen, somit mit dem eigentlichen **pricing** (nachdem sich aus internen Notizen der Klägerin, welche an *Hearings* aufgedeckt wurden, ergeben hatte, dass die Klägerin tatsächlich einen Vorwand suchte, um den für sie angeblich zu wenig vorteilhaften Lizenzvertrag zu kündigen);
- zu diesem Zweck fanden nicht nur Anhörungen des CFO der Lizenzgeberin statt, sondern auch von **ökonomischen Experten**, welche sich mit drei verschiedenen *calculation models* zur Berechnung einer angemessenen Lizenz äusserten.
- Und letztlich prüfte das Schiedsgericht die wichtige Frage, ob *in Berücksichtigung aller Umstände* die sofortige Kündigung des Lizenzvertrages gerechtfertigt erschien, oder ob diese vielmehr **als rechtsmissbräuchlich qualifiziert** werden müsse (genau diese Frage ist auch der springende Punkt im eingangs erwähnten Verfahren *IMS Health*).

Frage 64: Wie beurteilt ein Schiedsgericht die Kostenfaktoren zur Herstellung eines pharmazeutischen Produktes? Wie beurteilt es den allenfalls zu erwartenden künftigen Gewinn, und über welche Zeitspanne?

Siehe die vorstehende Antwort. Die ökonomischen Experten streiten sich, wie ein **cost plus** Ansatz zu berechnen ist, welche F&E Kosten einbezogen werden können, was als **sunk costs** zu bezeichnen ist.

Kontrovers ist regelmässig auch die **Zeitspanne**: Kann widerklageweise ein entgangener (diskontierter) Gewinn über die gesamte Restlaufzeit eines Pa-

tentes verlangt werden? Oder nur über einen kürzeren Zeitraum? Wie stark schmälert der Ablauf des Patentes in einzelnen Ländern die Preise auf den Absatzmärkten?

Quid, wenn der Patentschutz in Deutschland im Jahre 2003 ausläuft, das dort in Lizenz hergestellte Produkt jedoch EU-weit verkauft wird und die Patente in Spanien und Portugal etc. erst im Jahre 2007 und 2009 auslaufen und die Lizenzgeberin (möglicherweise wettbewerbswidrigerweise!) im Lizenzvertrag auferlegt hatte, dass eine **Globallizenz** bis zum Auslaufen des letzten Patentes geschuldet sei?

Was ist die ökonomische Auswirkung von Parallelimporten?¹⁷⁵

In allen Fällen kommt es zu ökonomischen Gutachten, wobei auffällt, wie sehr die Gutachten der Parteien schon in ihrem ökonomischen Ansatzpunkt auseinanderklaffen. Besonders schwierig sind die rein hypothetischen Thesen bezüglich eines behaupteten entgangenen Gewinns. Und dies vor allem dann, wenn der entgangene Gewinn für fünf oder mehr Jahre *in die Zukunft* hinein aufgerechnet wird (zum Beispiel für die Restlaufzeit eines Patentes).

Ebenso schwierig ist es indessen, eine Klage oder **Widerklage auf Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinnes** (nach Bereicherungsgrundsätzen) hinsichtlich des Quantitatifs zu beurteilen. Experten pflegen mit verschiedenen Berechnungsmodellen zu operieren, welche mit sehr vielen Unsicherheitsfaktoren verknüpft sind.

Frage 65: Welches sind die Sanktionen bei einem Verstoss unter Art. 82 EGV?

Wie bereits erwähnt, enthält Art. 82 EGV keine ausdrückliche Nichtigkeits-sanktion analog zu Art. 81 (2) EGV. Die Rechtsfolgen werden somit dem jeweiligen nationalen Recht überlassen.

Das Spektrum der Rechtsfolgen des Marktmachtmissbrauchs ist ausserordentlich breit. Es umfasst nicht nur den Schadenersatz, sondern auch den Anspruch auf Beseitigung, Vorteilsausgleichung, neue Rechtsgestaltung, was anhand einer *case study* separat dargestellt werden soll.

¹⁷⁵ Siehe hierzu Frage 66 und insbesondere das Literaturverzeichnis unter Kapitel IV G.

N. Erschöpfungsproblematik und Parallelimport

Frage 66: Welche Rolle spielt die Thematik der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten und die damit verbundene Thematik der Parallelimporte in Schiedsverfahren?

Die Problematik der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten ist **eine zentrale Thematik** in internationalen Schiedsverfahren. Sie taucht auf beispielsweise in der Form, dass eine Lizenznehmerin gegenüber der Lizenzgeberin den Einwand erhebt, Lizenzgebühren seien nicht mehr geschuldet mit der Begründung, die Lizenzgeberin habe keinerlei Vorkehrungen getroffen, um den Zerfall der Marktpreise als Folge von Parallelimporten zu verhindern.

Ein Schiedsgericht wird sich alsdann mit der Frage befassen müssen, ob die Lizenzgeberin mit Aussicht auf Erfolg Vorkehrungen (und letztlich Prozessverfahren) hätte anstrengen können/müssen, um Graumarktanbieter zu bekämpfen.

Die Thematik ist ausserordentlich weitläufig und **kann hier im Einzelnen nicht dargestellt werden**. In den letzten Jahren hat eine breite Diskussion bezüglich der Frage der nationalen Erschöpfung (beispielsweise in der Schweiz bezüglich Patentrechte¹⁷⁶), der EU-weiten Erschöpfung¹⁷⁷ oder der internationalen Erschöpfung.¹⁷⁸ Ich muss mich hier damit begnügen, auf das beigefügte **Literaturverzeichnis** zur Problematik der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten (Kapitel IV. G) zu verweisen.

Anzumerken ist, dass es gerechtfertigt erscheint, für Patentrechte (für deren Erwirkung und Unterhaltung unter Umständen enorme Investitionen zu machen sind) eine andere Beurteilung zu machen als in Bezug auf Markenrechte oder Urheberrechte (welche *ex lege* und unter Umständen ohne namhafte Investitionen entstehen).

¹⁷⁶ Siehe insbesondere BGE 126 III 129 i.S. *Jumbo/Kodak*; vgl. Werner STIEGER, «Kodak», sic! 2/2001, 89–106.

¹⁷⁷ Der EuGH sprach sich erstmals bereits im Urteil in Rs *Deutsche Grammophon/Metro* (Slg. 1971, 487) für die gemeinschaftsweite Erschöpfung aus, später ausserdem in *Ideal Standard/Kommission* (Slg. 1994, I-1 E. 33) sowie in *Merck/Primecrown/Europharm*. Siehe insbesondere das viel-kommentierte Präjudiz *Silhouette/Hartlauer* Rs C-355/1996; Slg. 1998, I-4799.

¹⁷⁸ Siehe den EFTA Court vom 3.12.1997 in Rs *Maglite*, E-2/97; CMLR 1998, 331 ff. und die Literatur im letzten Kapitel sowie Aufsätze von Gallus JOLLER hierzu.

III. Ausblick

A. Zukunftsperspektiven

Frage 67: Wie wirken sich die Neuregelungen bezüglich der horizontalen und vertikalen Vereinbarungen auf Schiedsverfahren aus?

Für *vertikale Vereinbarungen* gelten seit dem 1. Juni 2000 die neue sog. Schirm-GVO¹⁷⁹, welche die bisherigen GVOs zum Alleinvertrieb, Alleinbezug sowie zum *Franchising* ersetzt.¹⁸⁰ Die neue Schirm-GVO umfasst nunmehr auch selektive Vertriebssysteme (mit Ausnahme des separat geregelten Automobilhandels). Die Schirm-GVO wird ergänzt durch die ausserordentlich expliziten Leitlinien der Kommission über vertikale Beschränkungen vom 13.10.1999.¹⁸¹

Was bedeutet nun diese neue Schirm-GVO für die Praxis der Schiedsgerichte? Meine Antwort kurz zusammengefasst: **Mehr Freiheit, aber auch mehr Verantwortung!** Mehr Freiheit deshalb, weil die neue Schirm-GVO die frühere rein formale (aber einfacher zu handhabende) Beurteilung eines Vertragsverhältnisses zurückstellt und nunmehr massgeblich auf die *wirtschaftliche Auswirkung* abstellt. Es entfällt damit zwar die Zwangsjacke der bisherigen engmaschigen Reglementierung in schwarze, weisse und graue Klauseln (neu enthält die Schirm-GVO nur noch die schwarzen Klauseln) sowie die bisherige Möglichkeit der Anmeldung bei der Kommission und, bezüglich der grauen Klauseln, die allfällige Durchführung eines Widerspruchsverfahrens. Auf der anderen Seite führt die Beseitigung dieser gewissen objektiven (allerdings formalen) «Messlatten» zu einer sehr viel schwierigeren Beurteilung. Nicht mehr die formal-juristischen Elemente stehen im Vordergrund, sondern ganz eindeutig die ökonomischen Elemente. Sozusagen ein Punktesieg der Ökonomen gegenüber den Juristen, möchte man meinen, doch letztlich wird auch in der Zukunft die abschliessende Meinung durch den Juristen gebildet werden.

¹⁷⁹ VO Nr. 2790/1999 vom 22.12.1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L336/21.

¹⁸⁰ VO Nr. 1983/83; VO Nr. 1984/83 und VO Nr. 4087/88.

¹⁸¹ ABl. C291/1.

Immerhin begrüßenswert ist, dass nunmehr eine abschliessende Liste der *hard core*-Tatbestände besteht. Alle übrigen Beschränkungen sind alsdann freigestellt, solange die beteiligten Unternehmen nicht über eine erhebliche Marktmacht verfügen. Die untere Grenze der Erheblichkeit wird anhand des Marktanteils definiert, welcher bei 30% liegt (mit einer gewissen Toleranzzone).¹⁸²

Auch die *horizontalen Wettbewerbsabreden* sind seit dem 1. Januar 2001 auf eine neue Basis gestellt (mit Übergangsfrist für bestehende Vereinbarungen bis zum 30. Juni 2002).¹⁸³ Auch in Bezug auf diese neuen GVOs ist zu sagen, dass die kartellrechtliche Beurteilung der horizontalen Zusammenarbeit weggerückt wird vom formalistischen Ansatz zu einer neuen wirtschaftlichen/ökonomischen Untersuchung. Ziel dabei ist es auch, eine Zusammenarbeit von Konkurrenten in denjenigen Fällen zu erlauben, in denen eine Kooperation zur wirtschaftlichen Wohlfahrt beiträgt, ohne dabei den Wettbewerb zu bedrohen oder gar auszuschalten.

Auch in dieser Beziehung gewähren die neuen GVOs mehr Spielraum für eine Vertragsgestaltung und beseitigen das bisherige sehr enge Korsett. Die Marktanteilsschwellen, bis zu welchen die Gruppenfreistellung in Anspruch genommen werden kann, liegen bei 20% für Spezialisierungsvereinbarungen und bei 25% für F&E-Vereinbarungen. Indessen sind auch hier *hard core*-Wettbewerbsbeschränkungen (wie die Festsetzung von Preisen, Produktionsbeschränkungen, die Aufteilung von Märkten oder Kunden) unabhängig von der Marktstellung generell verboten. Auch hier sind die Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit eine unerlässliche Informationsquelle.¹⁸⁴

Frage 68: Welche Veränderungen bringen die neue Schirm-GVO und die beiden horizontalen GVOs für Schiedsgerichtsverfahren?

In der bisherigen Schiedsgerichtspraxis ist deutlich geworden, wie sehr eine beklagte Partei unter Umständen daran interessiert sein kann, sich ihrer Verpflichtungen dadurch zu entschlagen, dass sie sich auf die angebliche

¹⁸² Auch die TT-GVO Nr. 240/1996 ist in Revision und wird der neuen Konzeption angepasst.

¹⁸³ VO Nr. 2658/2000 der Kommission vom 29.11.2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen sowie VO Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung.

¹⁸⁴ ABl. 2001/C3/02.

Unzulässigkeit einer Vertragsklausel beruft. Es ist dies besonders deutlich geworden in Vertriebsverträgen, aber auch beim Alleinbezug. Ausserdem bei F&E-Verträgen (namentlich, wenn sich eine der Parteien in der künftigen Vermarktung des entwickelten Produktes beeinträchtigt fühlt) sowie bei Spezialisierungsvereinbarungen (insbesondere dann, wenn sich das Marktpotential für die fraglichen Produkte unter den Parteien zum Nachteil der einen verschiebt). Die bisherigen Verordnungen mit den engmaschigen Reglementierung haben solchen Parteien (und deren Anwälte) ein reiches Instrumentarium beschert, um – vielleicht zu Recht, sehr oft allerdings als Vorwand – sich den vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen.

In ganz besonderem Masse trifft diese Bemerkung zu auf Lizenzvereinbarungen unter der bisherigen TT-GVO; sie hat es in einer Anzahl von Fällen beispielsweise einer Lizenznehmerin erlaubt, sich über längere Zeit ihrer Verpflichtung zur Bezahlung von Lizenzen zu entziehen und im Vorfeld der Androhung der Lizenzgeberin auf Einreichung der Schiedsklage bei einem Schiedsgericht zu bemerken, sie werde den Fall der EU-Kommission unterbreiten. Diese werde sich dann schon für diese Sache «interessieren»¹⁸⁵ Die neuen GVOs bilden hierzu viel weniger Handhabe, was von der Sache her erfreulich ist.

Indessen: Die neuen GVOs stellen die Schiedsgerichte (und natürlich auch die staatlichen Zivilgerichte) vor ganz neue Anforderungen in der Erfüllung ihrer Aufgabe, nunmehr **massgeblich die ökonomischen Effekte zu beurteilen**.

¹⁸⁵ Zu erinnern ist beispielsweise an den Fall *Atlantic Richfield Company Inc. (ARCO) v/ Repsol (Spanien)*. Repsol als Lizenznehmerin der ARCO stellte die Lizenzzahlungen ein. Als ARCO den beträchtlichen Zahlungsausstand nicht länger hinnehmen wollte und mit der Einleitung eines Schiedsverfahrens drohte, drohte Repsol ihrerseits damit, den Lizenzvertrag bei der EU Kommission zu unterbreiten. Nach Einleitung des ICC Schiedsverfahrens machte Repsol diese Drohung wahr und unterbreitete den Lizenzvertrag der Kommission mit dem Hinweis, dass dieser unzulässige Beschränkungen enthalte, insbesondere mit Bezug auf die im Lizenzvertrag enthaltene Vereinbarung, dass der Standort für die Repsol-Produktionsstätte nur in Süd-Spanien liegen dürfe, nicht aber in Nord-Spanien (an dieser geographischen Einschränkung war ARCO interessiert weil, wie sich im Untersuchungsverfahren ergab, dadurch die Distanz zu zwei konkurrenzierender Anlagen in Italien und Holland, an welchen ARCO direkt interessiert war, vergrössert wurde, was die Konkurrenzierung bei der Belieferung der Abnehmer erschwerte) sowie die mengenmässige Beschränkung für die Produktion der lizenzierten Produkte. Diese beiden lizenzvertraglichen Beschränkungen machten die Anspruchsgrundlage für ARCO, die ausstehenden Lizenzgebühren von Repsol einzufordern, ausserordentlich kritisch. Das ICC Schiedsgericht sistierte das Verfahren nach Unterbreitung des Vertrages durch Repsol bei der Kommission; daraufhin kam es zu einem Vergleich zwischen den Parteien.

Die Schwierigkeit beginnt schon bei der Bestimmung des relevanten Marktes. Handelt es sich um einen nationalen Markt? – um einen EU-weiten Markt? – einen Weltmarkt? Nach welchen Kriterien ist der Produktemarkt zu definieren?¹⁸⁶

Noch schwieriger ist die korrekte ökonomische Erfassung der Marktanteilschwellen für ein bestimmtes Produkt wenn Fragen bestehen, ob ähnliche Produkte oder allenfalls substituierbare Produkte zu berücksichtigen sind oder nicht. Schiedsgerichte sind in dieser Hinsicht in langwierigen *Hearings* von Wirtschaftsexperten «strapaziert» worden, welche mit einem SSNIP-Test¹⁸⁷ und komplexen ökonomischen Analysen die eine oder andere Position verfochten haben.

Die Schwierigkeit der wirtschaftlichen Analyse ergibt sich auch aus den nunmehr eng beieinander liegenden Marktanteilsschwellen: Die *de minimis*-Bekanntmachung¹⁸⁸ sieht vor, dass Art. 81 (1) EGV nicht eingreift, wenn die Vereinbarung keine spürbaren Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel hat oder keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Laut dieser Bekanntmachung sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen (auch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) nicht spürbar, wenn der von den beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf dem betroffenen Markt kleiner ist als 10%, falls es sich um tatsächliche oder potentielle Wettbewerber handelt bzw. 15%, wenn die Vereinbarung zwischen Unternehmen geschlossen wird, welche keine tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerber sind. Bei Schwierigkeiten gilt die 10%ige Schwelle. Auf Einzelheiten der neuen Bekanntmachung ist hier nicht weiter einzugehen. Indessen ist festzuhalten, dass die *de minimis*-Bekanntmachung nicht beansprucht werden kann bei allen typischen *hard core*-Verstößen.¹⁸⁹

¹⁸⁶ In einem kürzlichen Schiedsverfahren hat sich die Frage gestellt, ob es sich bei einem gewisses Enzym, welches traditionellerweise aus natürlichen (meist tierischen) Rohstoffen gewonnen wird und dem analogen Enzym eines Konkurrenten, welcher dieses Enzym neuerdings synthetisch herstellen kann, um verschiedene Produktemärkte handelt, oder um einen und denselben Markt.

¹⁸⁷ SSNIP = *small but significant non-transitory increase in price*. Zu Deutsch: «Kreuzpreiselastizität». Der Test besagt, dass ein Unternehmen, welches mit seinem Produkt einen kleinen aber nicht bloss vorübergehenden Preisaufschlag macht (z. B 5% oder 10%), und dabei dieses dennoch weiterhin Produkt profitabel vermarkten kann, einen eigenen Produktemarkt versorgt. Profitabilität heisst hier, dass der höhere Preis mehr ausmachen muss als der durch die Preiserhöhung bewirkte Verlust an Volumen bzw. an Käufern.

¹⁸⁸ ABl. C 368 vom 22.12.2001, ersetzend die bisherige Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung.

¹⁸⁹ Dazu gehören: Festsetzung der Preise beim Verkauf von Erzeugnissen an Dritte, Beschränkung der Produktion oder des Absatzes, Aufteilung von Märkten oder Kunden,

B. Vom Schiedsverfahren zur Mediation

Frage 69: Kann ein Schiedsgericht neue Wege aufzeigen, oder leistet es nur gerade Vergangenheitsbewältigung?

Des Weiteren geht es im Rahmen eines Schiedsgerichtsverfahrens sehr oft auch darum, neue Wegmarken oder Konzepte aufzuzeigen, wie die Parteien in der Zukunft ihr Verhältnis handhaben können. Diese letztere sehr wichtige Komponente kann geradezu die **Essenz eines Schiedsverfahrens** (oder aber einer *mediation*) sein, indem es nicht nur darum geht, die Vergangenheit zu bewältigen, sondern auch konstruktiv die Zukunft wegweisend aufzuzeigen oder zu regeln.

Es ist dieser letzte Aspekt, welcher das Verfahren vor einem Schiedsgericht oder vor einem Mediator gegenüber einem Verfahren vor einem staatlichen Gericht auszeichnet. Der staatliche Richter wird sich nur in den seltensten Fällen berufen sehen, den Parteien bei der Strukturierung ihres Verhältnisses behilflich zu sein. Dass gerade diese letztere Hilfestellung durch ein erfahrenes Schiedsgericht (oder einen Mediator) von äusserst grosser Bedeutung ist, haben kürzliche Fälle gezeigt.

Frage 70: Warum sind Mediationsverfahren erfolgreich?

Kartellrechtliche Schiedsverfahren sind, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen unschwer ergibt, ausserordentlich aufwändig. Die Absorption von *management time* sowie die Kosten für Anwälte und Experten sind gewaltig.

Gewichtig ist auch der Zeitfaktor: Ein Schiedsverfahren kann Jahre dauern, obschon es für die befassten Parteien unter Umständen von herausragender

falls es sich um horizontale Vereinbarungen handelt. Bei vertikalen Vereinbarungen gehören zu den *hard core*-Verstössen die Beschränkung der Möglichkeit des Käufers, seinen Verkaufspreis selbst festzulegen, Gebietsbeschränkungen oder Beschränkungen hinsichtlich des Kundenkreises, Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Gruppen von Kunden, welche der Lieferant sich selbst vorbehalten hat, Beschränkung des Verkaufs an Endbenutzer durch Käufer, welche auf der Grosshandelsstufe tätig sind sowie Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher, soweit diese Beschränkungen Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems auferlegt werden. Ausserdem die Beschränkung von Querlieferungen etc. Die *de minimis*-Bekanntmachung enthält somit eine detaillierte schwarze Liste, welche bei der Rechtsanwendung durch Schiedsgerichte sehr komplexe Fragen aufwerfen kann

Wichtigkeit wäre, eine rasche Entscheidung zu haben.¹⁹⁰ Ein Mediationsverfahren verspricht, eine rasche und kosteneffiziente einvernehmliche Erledigung des Streites zu verwirklichen, vor allem auch dann, wenn mehrere Parteien am Verfahren beteiligt sind.

Der Hauptvorteil des Mediationsverfahrens liegt indessen darin, dass es in aller Regel nicht bloss darum geht, die Probleme der Vergangenheit zu bewältigen, sondern dass es (ebenso wichtig oder sogar vorrangig) darum geht, das Geschäftsverhältnis für die Zukunft auf eine für alle Beteiligten befriedigende Basis zu stellen. Ein gut geführtes Mediationsverfahren hat das Potential, für die Beteiligten ganz neue Perspektiven zu eröffnen. Im Mindesten erspart es ihnen indessen ein langwieriges und kostspieliges Schiedsverfahren.

Frage 71: Was aber, wenn ein Mediationsverfahren nicht zu einer Einigung führt?

Das Ziel eines Mediationsverfahrens wäre es, dass die Parteien selbst (unter der Ägide des Mediators) eine Einigung finden.

In einem beträchtlichen Prozentsatz der Fälle ist dies jedoch nicht möglich. Diesfalls ist es nicht unüblich, dass der Mediator den Parteien (und mit deren Einverständnis) seinen eigenen Vergleichsvorschlag unterbreitet und diesen auch begründet. Ist dieser Vergleichsvorschlag umsichtig und gut begründet, hat er alle Chancen, von den Parteien angenommen zu werden (unter Umständen nach Einräumung einer Erklärungsfrist oder Ratifikationsfrist).

Es kann aber auch sein, dass die Parteien den Vergleichsvorschlag beispielsweise in neun Punkten annehmen, jedoch mit dem zehnten Punkt nicht einverstanden sind. Es obliegt alsdann dem Mediator, ein Verfahren vorzuschlagen, welches dazu führt, dass dieser verbleibende strittige Punkt sachrichtig beurteilt wird.

Diese weitere Beurteilung kann entweder in einem erweiterten Mediationsverfahren erörtert werden oder aber, es kann der Mediator vorschlagen, über diesen Punkt ein eigentliches Schiedsverfahren stattfinden zu lassen. Dieses Schiedsverfahren hat alsdann den grossen Vorteil, dass es klar fo-

¹⁹⁰ Wenn es um die Frage geht, ob ein erfolgreiches Pharmaprodukt verkauft werden kann, ist es für die beteiligten Unternehmen von äusserster Wichtigkeit, eine Entscheidung in nicht mehr als 3–6 Monaten zu haben; sie wollen eine *fast track arbitration* oder ein Mediationsverfahren, unter Konzentration auf die wichtigsten Aspekte. Mit einem mehrjährigen (noch so perfekten) Schiedsverfahren wäre ihnen indessen in keiner Weise gedient.

kussiert ist, und dass es möglich sein sollte, auch dieses Schiedsverfahren innerhalb von sehr kurzer Zeit mittels schiedsgerichtlicher Entscheidung beurteilen zu lassen.

Ein Mediationsverfahren kann sich somit auch bei einem allfälligen Misserfolg desselben als ausserordentlich nützlich erweisen. Es erlaubt den Parteien zumindest, sich darüber Gedanken zu machen, wie ein allfälliges darauf folgendes Schiedsverfahren wirklich kosteneffizient strukturiert werden kann. Dass dem erfahrenen Mediator hierbei eine herausragende Rolle zukommt, braucht nicht speziell erwähnt zu werden.

Frage 72: Was ist besonders typisch an einem Mediationsverfahren?

Es würde den vorliegenden Rahmen sprengen, hierzu detaillierte Ausführungen zu machen. Ich beschränke mich auf einige Stichworte:

Zu Beginn des Verfahrens einigen sich die befassten Parteien auf *ein Mediation and Confidentiality Agreement*. Darin wird unter anderem festgehalten, dass keinerlei Aussagen oder Zugeständnisse, wie sie im Rahmen des Mediationsverfahrens gemacht werden, in einem allfällig nachfolgenden Schiedsverfahren oder einem Verfahren vor einer Kartellbehörde oder einem staatlichen Gericht verwendet werden dürfen.

Alsdann einigen sich die Parteien auf einen von allen Beteiligten anerkannten Mediator. Zu erwähnen ist, dass in den USA sehr häufig zwei Mediatoren benannt werden (wobei sich beide Mediatoren von allen Parteien als gleichermassen unabhängig betrachten werden).

Der Mediator wird in der Regel an einer Telefonkonferenz die Vorstellungen der Parteien über das Mediationsverfahren besprechen. In der Regel läuft es darauf hinaus, dass zunächst die eine Partei und alsdann die übrigen Partei kurzgefasste *mediation briefs* einreichen (somit Rechtsschriften, welche sich auf das Wesentlichste beschränken, unter Vorlage der wichtigsten Dokumente). Es ist nicht unüblich zu besprechen, dass solche *mediation briefs* nicht mehr als dreissig (oder maximal fünfzig) Seiten umfassen sollen. Die Fristen zur Einreichung dieser *briefs* sind in der Regel kurz, beispielsweise 2–3 Wochen.

Nach Eingang der *mediation briefs* beider Parteien (bzw. von allen Parteien, wenn es mehr als zwei sind) wird der Mediator – zur Vorbereitung des *Mediation Hearing* – die Parteien ersuchen, bis zu einem für alle Parteien gültigen Stichtag (z.B. eine Woche vor den *Hearings*) nochmals je zwei kurz-

gefasste Memoranden (von beispielsweise 1–3 Seiten) einzureichen, und zwar jede Partei:

- ein sog. *Open Memorandum* im Sinne einer kurz gefassten Stellungnahme, wie die im Mediationsverfahren anzustrebende Lösung sich darstellen könnte. Dieses Memorandum ist allen Parteien zugänglich, sowie
- ein sog. *Closed Confidential Memorandum*; in diesem nur dem Mediator allein zugestellten Memorandum (welches somit unter den anderen Parteien nicht zirkuliert) wird jede Partei dem Mediator vertraulich darlegen, mit welchen Zugeständnissen sich die Partei allenfalls bei einer umfassenden Einigung einverstanden erklären könnte.

Hernach finden die *Mediation Hearings* statt. Sie können einige Tage, eine Woche oder länger dauern, eventuell verteilt über zwei Etappen. Das Charakteristikum dieser *Hearings* ist es, dass der Mediator (nach einer offenen *Opening Session*) jeweils mit den Parteien einzeln verhandelt, im Sinne einer *shuttle diplomacy*. Was in diesen *caucus sessions* dem Mediator anvertraut wird, ist grundsätzlich vertraulich. Der Mediator wird jeweils zum Schluss einer jeden *caucus session* mit der Partei klar absprechen, welche Gesichtspunkte er bei seinem weiteren Gespräch mit der anderen Partei (oder den anderen Parteien) verwenden kann.

Kein Mediationsverfahren gleicht dem anderen. Auch die Rolle des Mediators ist in jedem Verfahren verschieden. Zu Beginn ist er meist ein aufmerksamer *listener*, mutiert alsdann sehr bald zu einem *pro active listener* und wird seine Rolle in den ersten *caucus sessions* vorwiegend als *facilitator* verstehen. Über die Zeit wird er immer mehr ein «sehr gutes Gefühl» für die Dynamik des Falles entwickeln, und er wird damit in der Lage sein, auch seine eigene Erfahrung und Sachkompetenz in den jeweiligen Verhandlungen einfließen zu lassen. Er ist letztlich ein *messenger of reality*, und er wird diese Funktion mit seiner eigenen Sachkompetenz verbinden, um die Parteien einer sich abzeichnenden Lösung näher zu führen.

Das A und O bei diesem Prozess ist jedoch die Fähigkeit des Mediators zur gut strukturierten Kommunikation, sowohl mit allen Parteien zusammen wie auch in den Einzelgesprächen. Über diese Art der *communication skills* sind zahlreiche hervorragende Bücher geschrieben worden, deren Lektüre ich als unumgängliches Rüstzeug des Mediators betrachte. Es steht ausser Frage, dass die sehr bewusste und strukturierte Anwendung dieser Grundregeln der Kommunikation einen ganz entscheidenden Beitrag zur Konfliktlösung leisten.¹⁹¹

¹⁹¹ Zur Pflichtlektüre gehören Bücher aus der Harvard-Schule wie Roger FISHER/William URY, *Getting to Yes* und *Das Harvard-Konzept*, sowie insbesondere Stephen COVEY, *The 7 Habits of Highly Effective People* (und weitere Bestseller von COVEY).

Frage 73: Wie häufig enden Schiedsverfahren in einem Vergleich?

Die Vergleichsquote ist ausserordentlich hoch. Typischerweise zeichnen sich die Umriss einer Lösung anlässlich der *oral hearings* ab (somit anlässlich der Verhandlungen mit den Parteien und Zeugen nach Durchführung eines Schriftenwechsels). Ob eine solche Vergleichung zustande kommt, hängt indessen auch sehr stark mit dem Verhandlungsstil des Schiedsgerichts zusammen. Seine Rolle und Aufgabe ist nicht bloss im «Zuhören und Zurücklehnen» zu sehen, sondern vielmehr darin, dass es *pro-aktiv* die Verhandlungen leitet, den Parteien und allfälligen Zeugen und Experten aber auch signalisiert, mit welchen tatsächlichen Fragen und rechtlichen Aspekten es Mühe hat (und somit den Stand der eigenen Reflexionen durchschimmern lässt). So wird es viel eher in der Lage sein, zusammen mit den Parteien eine Konsensbasis zu finden.

In fast allen Fällen wird es indessen so sein, dass die Parteien vom Schiedsgericht erwarten, dass es in der Lage ist, mit der durchsichtig gemachten grundsätzlichen Lagebeurteilung (insbesondere hinsichtlich der kartellrechtlichen Fragen) den Rahmen oder die Bandbreite eines Vergleiches abzustecken.

Frage 74: Wie aktiv soll sich ein Schiedsgericht an Vergleichsverhandlungen beteiligen?

Dies ist eine häufig gestellte Frage und bedarf einer gründlichen Überlegung. Die Frage ist insbesondere mit den Parteien selbst zu besprechen. Es geht essentiell um das Thema, ob das Schiedsgericht – wenn es sich einmal in Vergleichsgesprächen engagiert hat und diese Vergleichsgespräche nicht zu einer Einigung geführt haben – die Rolle eines Schiedsgerichts einnehmen kann. Die Frage geht somit dahin, ob die Schiedsrichter alsdann, wenn sie nach einem nicht erfolgreichen Vergleichsverfahren den Rechtsstreit mittels Schiedsentscheid beurteilen müssen, die während der Vergleichsverhandlungen erworbenen Kenntnisse (beispielsweise über Zugeständnisse der Parteien) verwenden können/sollen/dürfen, oder ob diese sozusagen weggesteckt werden müssen.

Die Erfahrung zeigt, dass bei einer Diskussion dieser Fragen vor Einlassung der Schiedsrichter auf Vergleichsverhandlungen die Parteien wohl stets bekräftigen, dass die Schiedsrichter die im Rahmen von Vergleichsgesprächen erworbenen Kenntnisse auch im Rahmen eines Schiedsentscheids verwenden können (und auch verwenden sollen).¹⁹²

¹⁹² Man mag hier einwenden, dass, wenn dies der Fall ist, Parteien sich während der Vergleichsgespräche «bedeckt» halten werden, weil sie sich für den Fall, dass das Verfah-

Frage 75: Soll ein Schiedsgericht im Rahmen von Vergleichsgesprächen auch *caucus sessions* durchführen?

Zum schiedsgerichtlichen Verfahren gehört essentiell das Gleichbehandlungsprinzip sowie die Gewährung des rechtliche Gehörs. Dies bedeutet grundsätzlich, dass in einem Schiedsverfahren keine einseitigen Kommunikationen zwischen nur einer Partei und einem Schiedsrichter oder dem Gesamtschiedsgericht stattfinden dürfen. Während dieser geradezu axiomatische Grundsatz stets strikte einzuhalten ist, spricht indessen nichts dagegen, davon abzuweichen, wenn die Parteien im Rahmen von Vergleichsgesprächen damit einverstanden sind.¹⁹³ Solche Gespräche mit den Parteien je einzeln sind gewissermassen das Erfolgsrezept in Mediationsverfahren, und es besteht kein Grund, dieses Erfolgsrezept nicht auch bei Vergleichsgesprächen im Rahmen eines Schiedsverfahrens anwenden zu dürfen. Falsch wäre es nur, dies sozusagen unreflektiert zu tun.

Frage 76: Falls im Rahmen des Schiedsverfahrens ein Vergleich zustande kommt: Wie soll das Verfahren erledigt werden?

Die Frage ist hier, ob die Parteien wünschen, dass der Vergleich im Rahmen eines Schiedsentscheids festgehalten wird (sog. *consent award* oder *award on agreed terms*). Grundsätzlich wird eine Partei insbesondere dann ein Interesse daran haben, dass die vergleichsweise getroffene Regelung zu einem *consent award* erhoben wird, wenn von der andern Partei Leistungen in der weiteren Zukunft zu erbringen sind, welche möglicherweise durch ein Vollstreckungsverfahren abgesichert werden sollten.

Sind solche Leistungen (beispielsweise eine einmalige Zahlung) lediglich in naher Zukunft zu erbringen, so könnte ein praktischer Weg auch darin bestehen, das Schiedsverfahren so lange sistiert zu halten, bis die effektive

ren dann doch mittels Schiedsentscheid beurteilt werden müsste, nicht vergeben wollen. Diese Befürchtung hat sich jedoch, zumindest in meiner Praxis, als nicht berechtigt erwiesen. Mir ist kein Fall gegenwärtig, in welchem solche Vergleichsgespräche nicht zu einer Lösung von zumindest einigen (wenn nicht viel häufiger der meisten) strittigen Fragen geführt haben. Selbst wenn somit einzelne oder gewisse Fragen für eine schiedsgerichtliche Beurteilung übrig bleiben, sind die Parteien besser beraten zu akzeptieren, dass die Schiedsrichter die im Verlaufe der Vergleichsgespräche gewonnenen Kenntnisse verwenden dürfen. Sie haben damit eine Gewissheit, dass das Schiedsgericht sich in Bezug auf die zu entscheidenden Punkte im Rahmen der Bandbreite der Diskussionen halten wird.

¹⁹³ Dass dieses Einverständnis sehr ausdrücklich eingeholt werden muss, ist selbstverständlich.

Zahlung erfolgt ist. Alsdann kann das Verfahren «als durch Vergleich erledigt» mit einem relativ kurzen *Termination Order* erledigt werden.

Frage 77: Was, wenn die Parteien die Aufnahme eines Vergleiches in den Schiedsentscheid verlangen, dieser Vergleich jedoch gewisse wettbewerbswidrige Komponenten enthält?

Es ist vorgekommen, dass Parteien sich im Rahmen eines Schiedsverfahrens auf eine Vergleichung geeinigt haben, welche aus wettbewerbsrechtlichen Gründen kritisch erscheint. Beispielsweise einigen sie sich auf eine Einschränkung des Wettbewerbs, auf eine Aufteilung gewisser Produktionsparten oder Regionen etc. Die Versuchung hierzu liegt durchaus nahe. Es dürfte alsdann Aufgabe des Schiedsgerichts sein, die Parteien auf allfällige Bedenken hinzuweisen.

Was ein Schiedsgericht in einem solchen Falle nicht tun darf ist, einen solchen Vergleich zum Schiedsspruch *on agreed terms* zu erheben. Das Schiedsgericht soll und darf nicht, nach meiner Auffassung, eine Einigung der Parteien mittragen (und letztlich via 1958 New York Convention der internationalen Anerkennung und Vollstreckung zugänglich machen), wenn die von den Parteien getroffene Lösung wettbewerbswidrig ist.

IV. Literatur und Materialien

A. Literatur zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, insbes. zur Ausdehnung der Schiedsklausel

- Marc BLESSING Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, Swiss Commercial Law Series Vol. 10, 1999 (Helbling & Lichtenhahn); siehe auch ders.: Introduction to Arbitration, International Arbitration in Switzerland, Kluwer 2000, 1–303
- Marc BLESSING The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability, ICCA Congress Series No. 9, the Hague/London/Boston 1999, 168 ff.
- Marc BLESSING Extension of the Scope of an Arbitration Agreement to Non-signatories, in: the Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects, ASA Special Series No. 8, 1994, 151 ff.
- VON DER CRONE/WALTER Konzernklärung und Konzernverantwortung, Schweiz. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2/2001, 53–68
- Bernard HANOTIAU Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues, an Analysis, Journal of International Arbitration June 2001, 251–360
- ICC (Hrsg.) Competition and Arbitration Law, 1993 (ICC Publ. 480/3)
- ICC (Hrsg.) Competition Law and Information Based Services, 1994 (ICC Publ. No. 480/5)
- ICC (Hrsg.) Due Process and Anti-Competitive Practices, 1994 (ICC Publ. No. 480/6)
- Otto SANDROCK Arbitration Agreements and Groups of companies, Festschrift Pierre Lalive, Basel 1993, 625–647
- Otto SANDROCK The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: an Enigma Still Unresolved, in: Festschrift Richard M. Buxbaum, Kluwer 2000, 461–487
- Alexander RIESENKAMPPF Haftung der Muttergesellschaft für kartellwidriges Verhalten der Tochtergesellschaft, WuW 4/2001, 357/8
- Herman VERBIST The Application of European Community Law in ICC Arbitration, Special ICC Supplement, 1994, ICC Publ. No. 537, 33–55

B. Allgemeine Literatur zum Kartellrecht

- Carl BAUDENBACHER (Hrsg.) Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht (Forum 1999); zitiert: Baudenbacher 1999
- Carl BAUDENBACHER (Hrsg.) Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht (Forum 2000); zitiert: Baudenbacher 2000

- Carl BAUDENBACHER (Hrsg.) Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht (Forum 2000); zitiert: Baudenbacher 2001
- BAUDENBACHER/SCHNYDER Die Bedeutung des EG-Kartellrechts für Schweizer Schiedsgerichte, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 20, 1996
- BECK'SCHE Textausgabe Kartellrecht, 2000, 3. A.
- BELLAMY & CHILD European Community Law of Competition, 5. A., 2001
- Simone BEESER Strategische Allianzen im EU-Wettbewerbsrecht, München 1996
- CALLIESS/RUFFERT (Hrsg.) Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, 849–939
- Volker EMMERICH Kartellrecht, 1994
- Frank EMMERT Europarecht, 1996
- FAULL & NIKPAY The EC Law of Competition, 1999
- H. FLEISCHER/T. KÖRBER Der Einfluss des US-amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht, WuW 1/2001, 6–19
- FLEISCHER/DOEGE Der Fall United States v. Microsoft, in WuW 7/8 2000, 705–718
- GREEN/ROBERTSON Commercial Agreements and Competition Law, 1997
- GLEISS/HIRSCH Kommentar zum EG-Kartellrecht, 4.A., 1993
- GROEBEN/THIESING/ELLERMANN Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 85–87 EGV (Band 2/ I), 5. A, 1999
- HUMMER/SIMMA/VEDDER Europarecht in Fällen, 1999
- IMMENGA/MESTMÄCKER EG-Wettbewerbsrecht I & II, 1997, und Erg.band
- Mark R. JOELSON An International Antitrust Primer, 2. A., 2001
- JONES/VAN DER WOUDE/LEWIS E.C. Competition Law Handbook, 1995
- KOENIG/PECHSTEIN Entscheidungen des EuGH, 1998
- Valentine KORAH EC Competition Law and Practice, 6th Ed., 1997
- Valentine KORAH Cases & Materials on EC Competition Law, 1998
- Richard A. POSNER Antitrust Law, 2nd Ed., 2001
- RITTER/BRAUN/RAWLINSON European Competition Law: A Practitioner's Guide, 2. A., 2000
- Ingo SCHMIDT Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 1996
- Jürgen SCHWARZE Die extraterritoriale Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts – Vom Durchführungsprinzip zum Prinzip der qualifizierten Auswirkung, WUW 12/2001, 1190–1202
- SCHWEITZER/HUMMER Europarecht, 1996
- Hubert STÖCKLI Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Uni Freiburg/CH, 1999
- Jörg SCHÜTZ Zur Aenderung des Kartellverfahrens gemäss Artikel 81 EGV, in WuW 7/8 2000, 686–696
- Roger ZÄCH Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000
- Roger ZÄCH Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, Zürich/Baden-Baden/Wien 1996
- Roger ZÄCH Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999
- Festschrift Roger ZÄCH Der Einfluss des Europäischen Rechts auf die Schweiz, 1999 (mit 16 Beiträgen zum Wettbewerbsrecht)

C. Speziell zu vertikalen Vereinbarungen

«Schirm»-GVO Nr. 2790/1999 über vertikale Vereinbarungen, vom 22.12.1999, (ABl. 1999 Nr. L 336/21); in Kraft per 1.1. bzw. 1.6.2000

Leitlinien der Kommission für die Beurteilung vertikaler Beschränkungen, vom 13.10.2000 (2000/C 291/01); zum Verständnis siehe auch das Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen (Kom (96) 721, angenommen 22.1.1997), sowie die Mitteilung der Kommission im Anschluss an das Grünbuch, vom 30.9.1998 (Kom/98/0544; ABl. Nr. C vom 26.11.1998)

Wolfgang BOSCH	Die neue Schirm-GVO 2790/1999 für vertikale Vereinbarungen und ihre Auswirkungen auf selektive Vertriebssysteme, in: Georg RAUBER (Hrsg.), Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht, Zürich 2000, 101 ff.
CELLI/BIRKHÄUSER	Die Beurteilung von Vertikalabreden durch die Eidgenössische Wettbewerbskommission, sic! 5/2002, 378–384
Yvo HANGARTNER	Selektive Vertriebssysteme als Problem des Wettbewerbsrechts, sic! 5/2002, 321–330
Ken MÜLLER-TAUTPHAEUS	Neue Gruppenfreistellungsverordnung zu vertikalen Vereinbarungen (ELR 02/2000, 60–63)

Insbesondere Literatur zu den kartellrechtlichen Aspekten von Lizenzverträgen und der TT-GVO:

Steven D. ANDERMAN	EC Competition Law and Intellectual Property rights, the Regulation of Innovation, Oxford University Press, 1998
VON BÜREN/DAVID	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 1995, 349 ff.
Reto M. HILTI	Lizenzvertragsrecht, 2001, 381–452
Valentine KORAH	Technology Transfer Agreements and the EEC Competition Rules, 1996
Dieter PFAFF	Lizenzverträge, 1999, 60–98
STUMPF/GROSS	Der Lizenzvertrag, 7.A., 1998, 357–810
Richard P. ROZEK	The Effects of Compulsory Licensing on Innovation and Access to Health Care, The Journal of World Intellectual Property, Nov. 2000, 889–917

D. Zu horizontalen Vereinbarungen

GVO Nr. 2658/2000	vom 29.11.2000 über Gruppen von Spezialisierungs-Vereinbarungen (L 304/3), in Kraft per 1.1.2001, befristet bis 31.12.2010
GVO Nr. 2659/2000	vom 29.11.2000 über Gruppen von Vereinbarungen über Forschung & Entwicklung (L 304/7), in Kraft per 1.1.2001, befristet bis 31.12.2010

Leitlinien der Kommission	über horizontale Vereinbarungen (ABl. 2001 Nr. C 3 vom 6.1.2001; Entwurf veröffentlicht am 27.4.2000 in ABl. 2000 Nr. C 118/3), 11–392
Mitteilung der Kommission	betreffend Wettbewerbsregeln für Unternehmenskooperationen, vom 29.11.2000
Hendrik HANSEN	Die wettbewerbspolitische Beurteilung von Forschungs- und Entwicklungskooperationen zwischen konkurrierenden Unternehmen, WuW 5/1999, 468–479

E. Zum Verfahren

Weissbuch 1999	über die Modernisierung der «Kartellverordnung» (VO 17/1962)
Zusammenfassung	der Bemerkungen zum Weissbuch (Summary of the Observations), vom 29.2.2000
Mitteilung der Kommission	betreffend Anwendung der Artikel 81 und 82 EGV, vom 27.9.2000, ABl. 2000 Nr. C 365 E 284
Verordnungsvorschlag	der Kommission für die vom Rat (nach Anhörung des Europäischen Parlamentes) zu erlassende neue Kartellverordnung (2000/C 365 E/28), vorgelegt am 28.9.2000 (ABl. vom 19.12.2000) (Dezentralisierung – aber nicht Re-Nationalisierung – der Anwendung des EG-Kartellrechts durch Einbeziehung der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte; Anwendung des Gemeinschaftsrechts, falls die Geschäftstätigkeit die Handelsbeziehungen zwischen Mitgliedstaaten berühren (statt 16 verschiedene Rechtsordnungen); Aufgabe des bisherigen Anmeldesystems);
Carl BAUDENBACHER	Modernisierung der Europäischen Wettbewerbspolitik – Zweiter Akt. Vorschlag der Kommission für eine neue Ratsverordnung zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG niedergelegten Wettbewerbsregeln (ELR 10/2000, 326–329)
BAUDENBACHER/HIGGINS	Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration, The Columbia Journal of European Law, Winter 2002, 1–18
Georg-Klaus DE BRONETT	Art. 81 und 82: Ideal- oder Gesetzeskonkurrenz? (ELR 04/2000, 138–142)
Hannes BONER	Das Weissbuch der Europäischen Kommission über Modernisierung der Anwendung und Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union, AJP 2000, 261 ff.
SCHAUB/DOHMS	Das Weissbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zu Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, WuW 11/1999, 1055–1070
Helmut SCHRÖTER	Aktuelle Probleme der Anwendung von Art. 81 EG, in: Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Forum 2000, Hrsg. Baudenbacher, 23–56
Jörg SCHÜTZ	Zur Änderung des Kartellverfahrens gemäss Artikel 81 EGV, WuW Juli/Aug. 2000, 686–696

ZINSMEISTER/LIENEMEYER Die verfahrensrechtlichen Probleme bei der dezentralen Anwendung des europäischen Kartellrechts, WuW 4/2002, 331–340

F. Zu Art. 82 EGV

FLEISCHER/WEYER Neues zur *essential facilities*-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, WuW 4/1999, 350–363 (zum Bronner – Entscheid)

FLEISCHER/DOEGE: Der Fall *United States v. Microsoft*, WuW 7–8/2000, 705–717

John Temple LANG *Some Current Problems of Applying Article 82 EC*, in: Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Forum 2000, Hrsg. Baudenbacher, 57–96

Marcel MEINHARD Die Beschränkung nationaler Immaterialgüterrechte durch Art. 86 EG-Vertrag unter besonderer Berücksichtigung der *Essential-Facilities*-Doktrin, Zürich 1998

Frank MONTAG Aktuelle Entwicklungen im Bereich des Art. 82 EGV, in: Baudenbacher 1999, 109 ff.

Richard P. ROZEK: *The Effects of Compulsory Licensing on Innovation and Access to Health Care*, *The Journal of World Intellectual Property*, Nov. 2000, 889–917

Markus RUFFNER Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, *AJP* 1996, 834 ff.

Katharina SCHINDLER Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht – Die «*Essential Facility*» – Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Bern 1998

Hans Peter SCHWINTOWSKI Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, WuW 9/1999, 842–853

Hubert STÖCKLI Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung – Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Fribourg 1999

Bo VESTERDORF *Recent Developments in European Competition Case-law, The CFI*, in: Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Forum 2000, Hrsg. Baudenbacher, 119–148

Einige wichtige Art. 82-Entscheide:

United Brands v. Kommission (Slg. 1978, 207 Erw. 63/66, 286; Koenig S. 361–364; Hummer S. 842; Korah Cases p. 92)

Hoffmann-La Roche v. Kommission (Vitaminfall) (Slg. 1979, 461, Erw. 38, 520; Korah Cases p. 93–115)

Michelin v. Kommission (Slg. 1983, 3461, Erw. 30, 3503; Hummer S. 854; Korah Cases p. 115 ss.)

Europemballage/Continental Can v. Kommission (Slg. 1973, 215; Hummer S. 859; Koenig S. 356–361; Korah Cases, p. 74–92)

CBEM v. CLT IPB (Télémarketing) (Slg. 1985, 3261; Korah Cases p. 118–120)

AKZO Chemie v. Kommission (AKZO II) (Slg. 1991, I-3359; [1993] 5 CMLR 215; Hummer S. 856–859; Korah Cases p. 120–125)
Tetra Pak Int. v. Kommission (Tetra Pak II) (Slg. 1990, II-309; Koenig S. 342–349; Hummer S. 854; Korah Cases p. 125)
Soc. Italiana Vetro SpA v. Kommission (ital. Flachglas) (Slg. 1992, II-1403; Korah Cases p. 126 ss.)
Radio Telefís v. Kommission (Magill) (Slg. 1995, I-743; Hummer S. 856–859; Koenig S. 349–356)
Companie Maritime Belge v. Kommission (Slg. 1996, II-1201)
Oscar Bronner (Slg. 1998, I-7791)
European Night Services (EuG vom 15.9.1998)

Einige Entscheide zur Lizenzverweigerung und Geschäftsverweigerung:

Commercial Solvents (Slg. 1974, 223)
Hugin (Slg. 1979, 1869)
Télémarketing (Slg. 1985, 3261)
Tetra Pak II (Slg. 1994, 755)
United Brands, (Slg. 1978, 207)
Magill (Slg. 1991, II. 535; [1991] 4 CMLR 669 etc.; Slg. 1995, I-743)
Bronner (C 7/1997; Slg. 1998, I-7791)

Essential facility – Entscheide:

Sealink/B&I Holyhead (ABl. 1994 L 15/8; [1992] 1992 5 CMLR 255 1992)
London European/Sabena (1992 ABl. L 317/47)
Aer Lingus/British Midlands (1992 ABl. I 96/40)
Sea Containers/Sealink (ABl. L 15/8)
Roscoff ([1995] 5 CMLR 177)
Rodby (ABl. 1994 L 55/56)

US-Entscheide:

US v. Terminal Rail Road Association 224 U.S. 383 (1912)
Otter Tail Power Co. v. United States (410 U.S. 366 (1973))
Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 US 585 (1985)
MCI Communications v. AT&T, 708 F.2nd 1081 (7th Cir. 1983)

G. Einige Literaturhinweise zur Thematik der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten und zu Parallelimporten

Carl BAUDENBACHER	Internationale Erschöpfung des Markenrechts und der Begriff der Zustimmung (ELR 12/01, 382–387)
Carl BAUDENBACHER	Erschöpfung der Immaterialgüterrechte in der EFTA und die Rechtslage in der EU, GRUR Int., 7/2000, 584–596
Carl BAUDENBACHER	Immaterialgüterrecht und Handelspolitik, Zeitschrift für Schweizerisches Recht Band 120, 2001, 207–231

Simone BEESER	EuGH vermeidet ausdrückliche Stellungnahme zu Vertriebsklauseln, welche Parallelimporte verbieten (ELR 05/98, 198–200)
Simone BEESER	Schutz von Parallelimporten (ELR 07/99, 288–290)(zu <i>BASF v. Kommission</i>)
Erwin BOLLINGER	Die Regelung der Parallelimporte im Recht der WTO (sic! 1998, 541 ff.)
Silvio BORNER	Nationale oder internationale Erschöpfung von Patenten (sic! 4/1999, 476–477)
BÜRGI/LANG	Rettungsanker Patentrecht zum Schutz selektiver Vertriebssysteme in der Schweiz? (sic! 4/1999, 379–395)
Jean-Lois COMTE	Internationale Erschöpfung der Patent-rechte? (sic! 4/1999, 478–483)
Graeme FEARON	Parallel Imports – Are we Any Closer to a Definite Rule of Law? The Journal of World Intellectual Property, May 1998, 495–506
Chr. HEINEMANN	Weiter Zustimmungsbegriff als Hintertür für die internationale Erschöpfung des Markenrechts? (ELR 8/99, 344–347)
Peter HEINRICH	Parallelimport! Summa Jus 8/1999, 377–380
Gallus JOLLER	Entscheidung des EFTA-Gerichtshofes zugunsten internationaler Erschöpfung des Markenrechts (<i>Mag Instruments/California Trading</i> , EFTA 3.12.1997, E-2/97) (ELR 01/98, 2–4)
Gallus JOLLER	Zwingende regionale Erschöpfung im Markenrecht. (ELR 08/98, 354–357)
Gallus JOLLER	US Supreme Court für internationale Erschöpfung des Urheberrechts (ELR 04/98, 142–144)
Martin LUTZ	Parallelimport und Urheberrecht in der Schweiz (GRUR int 2000, 496–506)
Chr. MAILLEFER	Épuisement et consentement: Précision de l'arrêt <i>Silhouette</i> (sic! 4/1999, 467–469)
Maarten MEULENBELT	Parallel Imports of Medicinal Products – A New Balance?, The Journal of World Intellectual Property, May 1998, 525–537
Jürg MÜLLER	Zur markenrechtlichen Zulässigkeit von Parallelimporten (sic! 5/1998, 505–509)
Ingrid NITSCHKE	Parallelimport von Arzneimitteln: Rebranding zulässig? (ELR 11/99, 446–448)
Johan PITZ	Exhaustion of Industrial Property rights from the German Perspective, Journal of World Intellectual Property Vol. 4 No. 2, March 2001
Georg RAUBER (Hrsg.)	Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Zürich 2000
Vincent SALVADÉ	Les conditions d'épuisement du droit de distribution conféré à l'auteur (sic ! 9/2001, 795–802)
Ralph SCHLOSSER	L'épuisement international en droit des marques: Etendue et limites (sic! 4/1999, 396–402)
Alexander J STACK	TRIPS, Patent Exhaustion and Parallel Imports, The Journal of World Intellectual Property, July 1998, 657–689
Werner STIEGER	«Kodak» – Momentaufnahme des Schnittbereiches von Immaterialgüter – und Kartellrecht (sic! 2/2001, 89–106)

Handelsgericht Zürich	Urteil vom 23. November 1998 i.S. <i>Kodak SA/Jumbo-Markt AG</i>
CH Bundesgericht	Urteil vom 7. Dezember 1999 i.S. <i>Kodak SA/Jumbo-Markt AG</i> ; BGE 126 III 129ff.
CH Bundesgericht	Urteil vom 20. Juli 1998 i.S. <i>Imprafot AG/Nintendo Co. LTD und Waldmeier AG</i> ; BGE 124 III 321; <i>Chanel</i> : BGE 122 (1996) III 469; <i>Omo</i> : BGE 105 (1979) II 49; <i>Dior</i> : BGE 114 (1988) II 92; <i>Kodak SA/Jumbo Markt AG</i> : BGE 126 III 129 (7.12.1999)
EuGH	<i>Centrapharm v. Sterling Drug</i> (Rs 15/1974; Slg. 1974, 1147); <i>Merck v. Stephar</i> (Rs. 187/1980; Slg. 1981, 2063); <i>Warner v. Christiansen</i> (Rs. 158/1986; Slg. 1988, 2605); <i>Silhouette International v. Hartlauer</i> (Rs. C-355/1996; Slg. 1998, I-4799); <i>Sebago</i> Urteil vom 1. Juli 1999 (Rs. C-173/98); Opinion des Generalanwaltes Stix-Hackl in joined cases C-414/99, C-415/99 und C-416/99 i.S. <i>Zino Davidoff SA v. A & G Imports Ltd., Levi Strauss & Co and Levi Strauss (UK) Ltd. v. Tesco Stres plc and Costco Wholesale UK Ltd</i> , vom 5. April 2001
Materialien:	Markenrechtsrichtlinie (Rat, vom 21.12.1988; 89/104/EWG): Art. 7 Abs. 1 Richtlinie zum Rechtsschutz von Computerprogrammen (91/250/EWG): Art. 4 (c) Richtlinie über den Rechtsschutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen (87/54/EWG): Art. 5 (5) Vermietrechtsrichtlinie (92/100/EWG): Art. 9 (2)

H. Schweiz und Diverses

Carl BAUDENBACHER	Kartellrechtsreform 2001: Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga 1995 nun in die Qualifikation für die Champions' League? Festschrift Franz Jaeger/Jürg Furrer, Zürich 2001, 353–372
Carl BAUDENBACHER	Staatshaftung im gesamten Europäischen Wirtschaftsraum: EuGH und EFTA-Gerichtshof im Doppelpass, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 10/2000, 425–432
Jürg BORER	Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, Festschrift Roger Zäch, 1999, 217–226
J. BOURGEOIS/H. JOHANNES	Blitz und Donner aus Brüssel, Festschrift Roger Zäch, 1999, 227–240
R. VON BÜREN/Chr. LANG	Freistellungen und Bekanntmachungen im Europäischen und Schweizerischen Kartellrecht, Festschrift Professor Roger Zäch, 1999, 241–256
D. GIRSBERGER/WEBER-STECHER	Die Einrede der Wettbewerbsrechtswidrigkeit vor schweizerischen Schiedsgerichten, in: Festschrift Roger Zäch, Zürich 1999, 681 ff.

Anton HEINI	Wettbewerbsbeschränkungen auf dem EU-Markt vor Schweizerischen Schiedsgerichten, in: Festschrift Roger Zäch, Zürich 1999, 317 ff.
Franz HOFFET	Plädoyer für die ex officio Anwendung von Kartellrecht durch Schiedsgerichte in der Schweiz, ASA Bulletin 2000, 697–704
Ulrich IMMENGA	Zur extraterritorialen Anwendung der europäischen Fusionskontrolle, Festschrift Roger Zäch, 1999, 347–358
Frank A. ROSSINI	Schiedsgerichtsbarkeit und Wettbewerbsrecht: Vorlagepflicht und –recht nach Art. 15 bzw. 47 KG, ASA Bulletin 2000, 705–715
Anton K. SCHNYDER	Wettbewerbsrecht im Schiedsgerichtsverfahren (ELR 08/99, 326/7) (zu <i>Eco Swiss v. Benetton</i>)
Pierre TERCIER	Le droit de l'arbitrage et le droit de la concurrence, ASA Bulletin 2000, 688–696
Eidg. Kommunikationskommission	«Interkonnektion VI», Verfügung der Eidg. Kommunikationskommission vom 5.2.2002 betreffend diAx (TDC Switzerland AG), sic! 5/2002, 331–341
Obergericht TG/B'Gericht	Alleinvertriebsvertrag schweizerischen Rechts: EU-Wettbewerbsrecht anwendbar? (sic! 7/2001, 669–681)

I. Elektronische Medien

Arbitration CD-Rom 2001:1, Hrsg. Kluwer Law International

CD-Rom «**European Competition Law**» 2002–1, Hrsg. Kluwer Law International und Ellis Publications

EUR-Lex: Amtsblatt der EG, L & C Mitteilungen und Bekanntmachungen

V. Anhang

Nachstehend ist der schweizerische «*Arbitration Act*» auf deutsch und englisch wiedergegeben, das heisst das 12. Kapitel des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht der Schweiz (IPRG), Artikel 176 bis 194. In *ad hoc* Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz regeln diese Bestimmungen **autonom** das Schiedsverfahren, ohne Verweis auf das vor staatlichen Gerichten massgebliche Zivilprozessrecht.

In *institutionellen Verfahren* gelten in erster Linie die zwingenden Bestimmungen des 12. Kapitels (im wesentlichen geht es nur um das in Artikel 182 (3) IPRG sanktionierte Gleichbehandlungsprinzip), sowie alsdann in zweiter Linie die von den Parteien vereinbarte institutionelle Verfahrensordnung, in dritter Linie gefolgt von dem, was die Parteien selbst und das Schiedsgericht in Bezug auf das Verfahren vereinbaren oder festlegen.

Bestimmungen des Schweizerischen Gesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG), in Kraft seit dem 1. Januar 1989

12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Art. 176 I. Geltungsbereich. Sitz des Schiedsgerichts

- 1 *Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte.*
- 2 *Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten nicht, wenn die Parteien schriftlich die Anwendung dieses Kapitels ausgeschlossen und die ausschliessliche Anwendung der kantonalen Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart haben.*
- 3 *Der Sitz des Schiedsgerichts wird von den Parteien oder der von ihnen benannten Schiedsgerichtsinstitution, andernfalls von den Schiedsrichtern bezeichnet.*

Art. 177 II. Schiedsfähigkeit

- 1 *Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein.*
- 2 *Ist eine Partei ein Staat, ein staatlich beherrschtes Unternehmen oder eine staatlich kontrollierte Organisation, so kann sie nicht unter Berufung auf ihr eigenes Recht ihre Parteifähigkeit im Schiedsverfahren oder die Schiedsfähigkeit einer Streitsache in Frage stellen, die Gegenstand der Schiedsvereinbarung ist.*

Art. 178 III. Schiedsvereinbarung

- 1 Die Schiedsvereinbarung hat schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht.
- 2 Die Schiedsvereinbarung ist im übrigen gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht.
- 3 Gegen eine Schiedsvereinbarung kann nicht eingewendet werden, der Hauptvertrag sei ungültig oder die Schiedsvereinbarung beziehe sich auf einen noch nicht entstandenen Streit.

Art. 179 IV. Schiedsgericht

1. Bestellung

- 1 Die Schiedsrichter werden gemäss der Vereinbarung der Parteien ernannt, abberufen oder ersetzt.
- 2 Fehlt eine solche Vereinbarung, so kann der Richter am Sitz des Schiedsgerichts angerufen werden; er wendet sinngemäss die Bestimmungen des kantonalen Rechts über die Ernennung, Abberufung oder Ersetzung von Schiedsrichtern an.
- 3 Ist ein staatlicher Richter mit der Ernennung eines Schiedsrichters betraut, so muss er diesem Begehren stattgeben, es sei denn, eine summarische Prüfung ergebe, dass zwischen den Parteien keine Schiedsvereinbarung besteht.

Art. 180 2. Ablehnung eines Schiedsrichters

- 1 Ein Schiedsrichter kann abgelehnt werden:
 - a. wenn er nicht den von den Parteien vereinbarten Anforderungen entspricht;
 - b. wenn ein in der von den Parteien vereinbarten Verfahrensordnung enthaltener Ablehnungsgrund vorliegt, oder
 - c. wenn Umstände vorliegen, die Anlass zu berechtigten Zweifeln an seiner Unabhängigkeit geben.
- 2 Eine Partei kann einen Schiedsrichter, den sie ernannt hat oder an dessen Ernennung sie mitgewirkt hat, nur aus Gründen ablehnen, von denen sie erst nach dessen Ernennung Kenntnis erhalten hat. Vom Ablehnungsgrund ist dem Schiedsgericht sowie der anderen Partei unverzüglich Mitteilung zu machen.
- 3 Soweit die Parteien das Ablehnungsverfahren nicht geregelt haben, entscheidet im Bestreitungsfall der Richter am Sitz des Schiedsgerichts endgültig.

Art. 181 V. Rechtshängigkeit

Das Schiedsverfahren ist hängig, sobald eine Partei mit einem Rechtsbegehren den oder die in der Schiedsvereinbarung bezeichneten Schiedsrichter anruft oder, wenn die Vereinbarung keinen Schiedsrichter bezeichnet, sobald eine Partei das Verfahren zur Bildung des Schiedsgerichts einleitet.

Art. 182 VI. Verfahren

1. Grundsatz

- 1 Die Parteien können das schiedsrichterliche Verfahren selber oder durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung regeln; sie können es auch einem Verfahrensrecht ihrer Wahl unterstellen.

Art. 189 3. Schiedsentscheid

- 1 *Der Entscheid ergeht nach dem Verfahren und in der Form, welche die Parteien vereinbart haben.*
- 2 *Fehlt eine solche Vereinbarung, so wird er mit Stimmenmehrheit gefällt oder, falls sich keine Stimmenmehrheit ergibt, durch den Präsidenten des Schiedsgerichts. Der Entscheid ist schriftlich abzufassen, zu begründen, zu datieren und zu unterzeichnen. Es genügt die Unterschrift des Präsidenten.*

Art. 190 **IX. Endgültigkeit. Anfechtung**

1. Grundsatz

- 1 *Mit der Eröffnung ist der Entscheid endgültig.*
- 2 *Der Entscheid kann nur angefochten werden:*
 - a. *wenn der Einzelschiedsrichter vorschriftswidrig ernannt oder das Schiedsgericht vorschriftswidrig zusammengesetzt wurde;*
 - b. *wenn sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat;*
 - c. *wenn das Schiedsgericht über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden oder wenn es Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen hat;*
 - d. *wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt wurde;*
 - e. *wenn der Entscheid mit dem Ordre public unvereinbar ist.*
- 3 *Vorentscheide können nur aus den in Absatz 2, Buchstaben a und b genannten Gründen angefochten werden; die Beschwerdefrist beginnt mit der Zustellung des Vorentscheides.*

Art. 191 2. Beschwerdeinstanz

- 1 *Einzigste Beschwerdeinstanz ist das schweizerische Bundesgericht. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege betreffend staatsrechtliche Beschwerde.*
- 2 *Die Parteien können vereinbaren, dass anstelle des Bundesgerichtes der Richter am Sitz des Schiedsgerichtes entscheidet; dessen Entscheid ist endgültig. Die Kantone bezeichnen hierfür eine einzige Instanz.*

Art. 192 **X. Verzicht auf Rechtsmittel**

- 1 *Hat keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz, so können sie durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft die Anfechtung der Schiedsentscheide vollständig ausschliessen; sie können auch nur einzelne Anfechtungsgründe gemäss Artikel 190 Absatz 2 ausschliessen.*
- 2 *Haben die Parteien eine Anfechtung der Entscheide vollständig ausgeschlossen und sollen die Entscheide in der Schweiz vollstreckt werden, so gilt das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche sinngemäss.*

Art. 193 **XI. Vollstreckbarkeitsbescheinigung**

- 1 *Jede Partei kann auf ihre Kosten beim schweizerischen Gericht am Sitz des Schiedsgerichts eine Ausfertigung des Entscheides hinterlegen.*
- 2 *Auf Antrag einer Partei stellt das Gericht eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung aus.*

- 3 *Auf Antrag einer Partei bescheinigt das Schiedsgericht, dass der Schiedsspruch nach den Bestimmungen dieses Gesetzes ergangen ist; eine solche Bescheinigung ist der gerichtlichen Hinterlegung gleichwertig.*

Art. 194 XII. Ausländische Schiedssprüche

Für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche gilt das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche.

* * *

Provisions of the Swiss Federal Private International Law Act relating to International Arbitration

(in force as of 1 January 1989)

Chapter 12: International Arbitration

Art. 176 I. Field of Application; Seat of the Arbitral Tribunal

- 1 *The provisions of this Chapter shall apply to all arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if, at the time of the conclusion of the arbitration agreement, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland.*
- 2 *The provisions of this Chapter shall not apply where the parties have agreed in writing that the provisions of this Chapter are excluded and that the cantonal provisions on arbitration should apply exclusively.*
- 3 *The seat of the arbitral tribunal shall be determined by the parties, or the arbitral institution designated by them, or, failing both, by the arbitrators.*

Art. 177 II. Arbitrability

- 1 *Any dispute of financial interest may be the subject of an arbitration.*
- 2 *A state, an enterprise owned by a state, or an organization controlled by a state, which is party to an arbitration agreement, cannot invoke its own law in order to contest its capacity to be a party to arbitration or the arbitrability of a dispute covered by the arbitration agreement.*

Art. 178 III. Arbitration Agreement

- 1 *The arbitration agreement must be made in writing, by telegram, telex, telecopier or any other means of communication which permits it to be evidenced by a text.*
- 2 *Furthermore, an arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, or to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the main contract, or to Swiss law.*
- 3 *The validity of an arbitration agreement cannot be contested on the ground that the main contract is not valid or that the arbitration agreement concerns a dispute which had not as yet arisen.*

Art. 179 **IV. Arbitrators**

1. Constitution of the Arbitral Tribunal

- 1 *The arbitrators shall be appointed, removed or replaced in accordance with the agreement of the parties.*
- 2 *In the absence of such agreement, the court where the tribunal has its seat may be seized with the question; it shall apply, by analogy, the provisions of cantonal law on appointment, removal or replacement of arbitrators.*
- 3 *When a judge has been designated as the authority for appointing an arbitrator, he or she shall make the appointment unless a summary examination shows that no arbitration agreement exists between the parties.*

Art. 180 2. Challenge of An Arbitrator

- 1 *An arbitrator may be challenged:*
 - a. *if he or she does not meet the qualifications agreed upon by the parties;*
 - b. *if the arbitration rules agreed upon by the parties proved a ground for challenge;*
 - c. *if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his or her independence.*
- 2 *No party may challenge an arbitrator nominated by it, or whom it was instrumental in appointing, except on a ground which came to that party's knowledge after such appointment. The ground for challenge must be notified to the arbitral tribunal and the other party without delay.*
- 3 *To the extent that the parties have not made provision for this challenge procedure, the judge at the seat of the arbitral tribunal shall make the final decision.*

Art. 181 **V. Lis pendens**

The arbitral proceedings shall be pending from the time when one of the parties seizes with a claim either the arbitrator or arbitrators designated in the arbitration agreement or, in the absence of such designation in the arbitration agreement, from the time when one of the parties initiates the procedure for the appointment of the arbitral tribunal.

Art. 182 **VI. Procedure**

1. Principle

- 1 *The parties may, directly or by reference to arbitration rules, determine the arbitral procedure; they may also submit the arbitral procedure to a procedural law of their choice.*
- 2 *If the parties have not determined the procedure, the arbitral tribunal shall determine it to the extent necessary, either directly or by reference to a statute or to arbitration rules.*
- 3 *Regardless of the procedure chosen, the arbitral tribunal shall guarantee equal treatment of the parties and the right of the parties to be heard in adversarial proceedings.*

Art. 183 2. Provisional and Conservatory Measures

- 1 *Unless the parties have otherwise agreed, the arbitral tribunal may, on motion of one party, order provisional or conservatory measures.*
- 2 *If the party concerned does not voluntarily comply with these measures, the arbitral tribunal may request the assistance of the competent state court; the court shall apply its own law.*

- d. *if the principle of equality of the parties or the right of the parties to be heard was breached;*
 - e. *if the award is contrary to public policy.*
- 3 *Where the tribunal decided on its constitution or jurisdiction in a preliminary award it can be set aside only on the basis of the above subsections 2(a) and 2(b) the time-limit runs from the notification of the preliminary award.*

Art. 191 **2. Competent Authority**

- 1 *The action to be set aside may be brought only before the Federal Supreme Court. The procedure applicable to setting aside is governed by the provisions of the Federal Statute on the Organization of the Federal Judiciary regarding constitutional complaints.*
- 2 *The parties may agree that the state court at the seat of the arbitral tribunal decide in lieu of the Federal Supreme Court. Its decision is final. For this purpose the cantons designate a sole cantonal authority.*

Art. 192 **X. Exclusion Agreement**

- 1 *If none of the parties has its domicile, its habitual residence, or a business establishment in Switzerland, the parties may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, excluded fully the action to set aside or they may limit it to one or several of the grounds listed in Art. 190 subsection 2.*
- 2 *If the parties have excluded fully the action to set aside and if the award is to be enforced in Switzerland, the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards applies by analogy.*

Art. 193 **XI. Deposit and Certificate of Enforceability**

- 1 *Each party may at its own expense deposit a copy of the award with the Swiss court at the seat of the arbitral tribunal.*
- 2 *On request of a party, the court shall certify the enforceability of the award.*
- 3 *On request of a party, the arbitral tribunal shall certify that the award was rendered pursuant to the provisions of this Statute; such certificate has the same effect as the deposit of the award.*

Art. 194 **XII. Foreign Arbitral Awards**

The recognition and enforcement of a foreign arbitral award is governed by the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

Der Autor

Marc Blessing [m.blessing@baerkarrer.ch] studierte an den Universitäten von Zürich (Dr. iur.) und Genf. Nach fünfjähriger Tätigkeit beim Bezirksgericht Zürich sowie in eigener Anwaltspraxis trat er anfangs 1974 bei der Anwaltskanzlei Bär & Karrer ein und ist seit 1979 Partner. In den letzten 25 Jahren hat er sich spezialisiert im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, sowohl als Anwalt zur Vertretung von Parteien vor internationalen Schiedsgerichten sowie (mehr und mehr, und heute vorwiegend) als Präsident von internationalen Schiedsgerichten. In zahlreichen Schiedsverfahren sowie Mediationsverfahren standen und stehen komplexe kartellrechtliche Fragen zur Debatte.



Marc Blessing ist seit 1996 Dozent im Rahmen des *Executive MBL*-Programms der Universität St. Gallen für den Bereich «*Schiedsgericht und Kartellrecht*» sowie Dozent im Rahmen des LL.M.-Programms der Universität Zürich. Er war Präsident der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (ASA) und ist Mitglied und akkreditierter Schiedsrichter bei zahlreichen internationalen Schiedsorganisationen wie beispielsweise der Zürcher Handelskammer, der IHK (Paris), des London Court of International Arbitration (LCIA), Chartered Institute of Arbitrators, WIPO, American Arbitration Association, CIETAC (Beijing), Handelskammern in Stockholm, Wien, Seoul etc. Er verfasste zahlreiche Publikationen.

Bär & Karrer ist eine eingesessene Zürcher Anwaltspraxis mit Zweigbüros in Genf, Lugano und Zug sowie in London. Die Kanzlei betreut alle Segmente des kommerziellen Rechts, mit Schwerpunkten in Gesellschaftsrecht, Transaktionen, Banken- und Finanzmarktrecht, Schiedsgerichtsbarkeit, Immaterialgüterrecht, Kartellrecht, Steuerrecht, Erbschaftsplanung und Zivilprozess.

Hauptbüro Zürich: Seefeldstrasse 19, CH-8024 Zürich
Telefon: +41 (0) 58 261 5000, Fax: +41 (0) 261 5001
E-Mail: zuerich@baerkarrer.ch
Web: www.baerkarrer.ch

Alle Publikationen in der Reihe *Swiss Commercial Law Series* sind auf der Website von Bär & Karrer im PDF-Format abrufbar.