

## Fragen zur Rechtsstaatlichkeit im Wettbewerbsrecht

*Die Rolle des Wettbewerbsschutzes in der EU nach Beginn der «Lissabon»-Phase und die Debatte über die Kartellgesetzrevision in der Schweiz*

**Wettbewerbsschutz wird in der EU aus Sicht des Autors auch nach «Lissabon» seine Bedeutung behalten, die Übernahme der Grundrechtscharta könnte aber auf Kartellrechtsverfahren ausstrahlen. In der Schweiz sind ähnliche Fragen hängig.**

*Philipp Zurkinden*

Der Schutz des Wettbewerbs war vor «Lissabon» in Artikel 3 Absatz 1 lit. g des EG-Vertrags als Teil der Tätigkeit der Gemeinschaft anerkannt. Die Aufgaben der Europäischen Gemeinschaft waren in Artikel 2 EG-Vertrag aufgezählt. Letztere Vorschrift besagt, dass durch die Realisierung der unter anderem in vorerwähntem Artikel 3 genannten Politiken und Massnahmen innerhalb der EU bestimmte soziale und wirtschaftliche Ziele zu fördern seien.

### Was bringt «Lissabon»?

Nach dem Vertrag von Lissabon wird der Schutz des Wettbewerbs weder im Vertrag über die Europäische Union (EUV) noch im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) genannt, sondern in einem Protokoll zu diesen beiden Verträgen. Protokoll Nr. 27 stellt fest, «dass der Binnenmarkt, wie er in Artikel 3 des Vertrags über die Europäische Union beschrieben wird, ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt». Dieser Artikel 3 EUV zählt, ähnlich wie der alte oben erwähnte Artikel 2 EGV, Ziele der EU auf. Als solche werden etwa ein ausgewogenes Wirtschaftswachstum, Vollbeschäftigung und sozialer Fortschritt, Umweltschutz sowie wissenschaftlicher und sozialer Fortschritt genannt.

Bekannte Wettbewerbsrechts-Experten weisen aufgrund der «Relegation» des Wettbewerbsproblems auf Protokoll-Niveau darauf hin, dass die bis anhin zentralen Wettbewerbsregeln nach «Lissabon» eine weniger bedeutende Rolle spielen könnten. Eine solche Folgerung überzeugt jedoch nicht. Der Wettbewerbsschutz galt bereits vor «Lissabon» nie als Selbstzweck, sondern als notwendiges Instrument zur Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft bzw. für das Funktionieren des Binnenmarktes.

Das Protokoll 27 zum Lissabonner Vertrag wiederholt nichts anderes als genau diese Funktion des Wettbewerbs. Ebenso wurden die materiellrechtlichen Wettbewerbsvorschriften inhaltlich nicht geändert. Wäre tatsächlich eine Änderung der

Bedeutung des Schutzes des Wettbewerbs beabsichtigt gewesen, hätte man Protokoll Nr. 27 und/oder zumindest die materiellrechtlichen Vorschriften nicht mit diesem Wortlaut verabschiedet.

Die Ziele, die vor und nach «Lissabon» unter anderem durch die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts erreicht werden sollen, sind aber sehr ambitiös. Es ist eine Tatsache, dass die sich zurzeit in der EU manifestierenden wirtschaftlichen Probleme das Erreichen dieser Ziele enorm erschweren. Ebenso ist evident, dass unter diesen Umständen die liberalistische Wettbewerbspolitik als Instrument zur Förderung dieser Ziele an gewisse Grenzen stösst. Es ist somit aufgrund dieser faktischen Umstände - und nicht aufgrund des Lissabonner Vertrags - möglich, ja wahrscheinlich, dass die Anwendung des Wettbewerbsrechts im Verhältnis zu anderen Massnahmen und Politiken eine differenziertere Ausgestaltung erfährt.

### **Neue Grundrechtssituation**

Einen direkten Einfluss auf das EU-Wettbewerbsrecht dürfte hingegen die nach «Lissabon» veränderte Grundrechtssituation haben. Mit dem Lissabonner Vertrag anerkennt die EU nun auch formell die Grundrechtscharta und tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten bei. Bisher hatte die Charta lediglich deklaratorischen Charakter, was den EU-Institutionen einen grossen Ermessensspielraum belies.

Mit der rechtlichen Verbindlichkeit der Grundrechtscharta könnte eine indirekte Anwendbarkeit insbesondere von Artikel 6 und 7 EMRK auf kartellrechtliche Bussgeldverfahren zu verfahrensrechtlichen und allenfalls sogar institutionellen Änderungen führen. So dürften die Verteidigungsrechte von betroffenen Unternehmen bei der Anwendung und Bemessung von Geldbussen und der Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs im Allgemeinen verbessert werden. Letzteres könnte insbesondere Fragen im Zusammenhang mit der Selbstbelastung von Parteien, der Befragung von Zeugen und der Anhörung vor der Entscheidbehörde betreffen.

Ebenso müsste sich die EU aufgrund der wohl nach EMRK ungenügenden Unabhängigkeit der Kommission als Entscheidinstanz Gedanken zur Behördenstruktur im Zusammenhang mit solchen Verfahren machen. Die Ideen hierzu könnten von der Übertragung der Entscheidungsbefugnisse auf ein Wettbewerbsgericht über die Schaffung einer unabhängigen europäischen Wettbewerbsbehörde als Anklage- oder Entscheidungsinstanz bis hin zur einfachen strukturellen Teilung dieser Funktionen innerhalb der bestehenden Behörden reichen.

Im Rahmen der schweizerischen Kartellgesetz-Evaluation stellen sich ähnliche institutionelle Fragen. In dem zurzeit vorliegenden Vernehmlassungsentwurf schlägt der Bundesrat die Schaffung eines Bundeswettbewerbsgerichts vor, das Wettbewerbsverhalte (ausser Unternehmenszusammenschlüsse) beurteilen soll. Die bestehende Weko würde samt Sekretariat aufgelöst und durch eine einheitliche Wettbewerbsbehörde ersetzt, welche die Untersuchungen leitet und beim Wettbewerbsgericht Antrag stellt. Die Beurteilung der in der Schweiz meldepflichtigen Zusammenschlüsse soll der Wettbewerbsbehörde vorbehalten bleiben.

### Wie weit geht die Schweiz?

In der Schweiz und der EU stellen sich somit in verfahrensrechtlicher und institutioneller Hinsicht ähnliche Fragen, und man darf gespannt sein, wie die definitiven Lösungen aussehen werden. In materiellrechtlicher Hinsicht hat sich die Schweiz seit der Totalrevision des Kartellgesetzes 1995 immer enger an das EU-Recht angelehnt. Die nun vorgeschlagene neue Struktur der Schweizer Wettbewerbsbehörde erscheint nicht in allen Punkten durchdacht. Aufgrund der immer noch spärlichen Spruchpraxis muss in der Schweiz auf die Rechtsauslegung und -fortbildung durch die Rechtsprechung und Sekundärerlasse (auch mit Bezug auf nicht mit Sanktionen belegbare Wettbewerbsverstösse) besonderes Gewicht gelegt werden. Ob mit der vorgeschlagenen Behördenstruktur diese Aufgaben erfüllt werden können, erscheint unklar.

Abgesehen von dieser institutionellen Neuerung überraschen auch die grundsätzliche Übertragung der Zuständigkeit auf die Europäische Kommission im Falle von Zusammenschlüssen, die internationale Märkte betreffen, und vor allem die Vorschrift, wonach die Schweizer Wettbewerbsbehörde künftig Daten an ausländische Wettbewerbsbehörden weitergeben darf - und zwar selbst dann, wenn es sich um vertrauliche Informationen handelt. Damit würde die Schweiz in unternehmensfeindlicher und der diesbezüglichen bisherigen Schweizer Haltung völlig konträrer Weise viel weiter gehen als die Europäische Union in ihren Kooperationsabkommen.

Dr. iur. **Philipp Zurkinden**, LL. M. und Fürsprecher, ist Lehrbeauftragter für schweizerisches und europäisches Kartellrecht an der Universität und am Europainstitut Basel und Partner bei Prager Dreifuss AG.