

Bern, den 1. April 1969

A k t e n n o t i z zum Kartellverfahren der EG-Kommission
gegen schweizerische Farbstoffhersteller

EE 777.08.1 - A/be

Vorgeschichte des Verfah-
rens und völkerrechtliche
Gesichtspunkte

I. 1. Im Dezember 1967 teilte die EG-Kommission den schweizerischen Firmen Ciba, Geigy, Sandoz und Durand & Huguenin schriftlich mit, dass ein Verfahren gegen sie und weitere Firmen in den EG-Ländern, Grossbritannien und USA eröffnet werde. Die Kommission warf den Unternehmen vor, in abgestimmter Weise die Preise für bestimmte Farbstoffe in gleichem Masse und im gleichen Zeitpunkt in einzelnen EG-Ländern erhöht und damit Art. 85 Abs. 1 des EWG-Vertrages verletzt zu haben. Sie stellte einen Verbotsentscheid sowie eine Geldbusse in Aussicht und machte die Unternehmen auf das Recht aufmerksam, sich innert einer Frist von acht Wochen zu den Beschwerdepunkten äussern zu können.

Die Firmen Ciba, Geigy und Sandoz gelangten an den Rechtsdienst des EPD mit der Frage, ob das Vorgehen der Kommission nach dem schweizerischen Recht zulässig sei. Der Rechtsdienst des EPD lud im Januar 1968 zu einer verwaltungsinternen Besprechung ein, an der die Polizeiabteilung, die Bundesanwaltschaft, das Sekretariat der Kartellkommission, das Integrationsbüro und die Handelsabteilung vertreten waren. Die Besprechung führte zu dem Ergebnis, dass die Zustellung der Mitteilung der Kommission durch die Post eine Amtshandlung auf dem schweizerischen Territorium darstelle. Diese sei deshalb unzulässig und gelte nach

der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts als nicht erfolgt. Eine offizielle Demarche in Brüssel wurde indessen für nicht opportun angesehen, da sie eine Grundsatzdiskussion über die fragwürdige Strenge der schweizerischen Praxis in den Zustellungs- und Rechtshilfefragen heraufbeschworen hätte. Man einigte sich darauf, den betroffenen Firmen die Rechtsauffassung der Behörden mitzuteilen und ihnen das weitere Vorgehen anheimzustellen.

Die schweizerischen Firmen schickten darauf die Mitteilung der Kommission zurück mit dem Kommentar, dass sie von den zuständigen schweizerischen Behörden hiezu angewiesen worden seien. Dieser Kommentar wurde später auf Begehren des EPD richtiggestellt. Die Firmen beschränkten sich darauf, unter Hinweis auf die Auskunft des EPD die Unzulässigkeit und Nichtigkeit der Mitteilung vorzutragen.

Die Kommission antwortete den Firmen, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte ihres Erachrens keinen Rechtsakt darstelle. Die Rücksendung sei deshalb für sie unerheblich und das Verfahren nehme auch gegen die schweizerischen Firmen seinen Verlauf.

2. Im Dezember 1968 fand in Brüssel vor der Kommission eine Anhörung derjenigen Firmen statt, die verlangt hatten, sich mündlich äussern zu können. Die schweizerischen Firmen waren zu dieser Aussprache nicht eingeladen worden, da sie kein Begehren gestellt hatten. Die ebenfalls ins Recht gefassten Tochterfirmen der schweizerischen Unternehmen liessen sich jedoch an dieser Aussprache vertreten. Gemeinsam bestritten die betroffenen Firmen jegliche abgestimmte Verhaltensweise. Die gleichzeitige und gleichmässige Preiserhöhung sei auf die besonderen Verhältnisse des Marktes, aus denen sich eine Preisführerschaft ergebe, zurückzuführen.

Die ebenfalls vertretene britische ICI verfocht, gestützt auf ein Gutachten von Prof. R.Y. Jennings, zudem die Auffassung, dass die Ausdehnung des Verfahrens auf Firmen mit Sitz ausserhalb der EG keine Rechtsgrundlage im EWG-Kartellrecht habe und gegen das Völkerrecht verstosse. Dem Vernehmen nach soll die britische Regierung die ICI in dieser Auffassung unterstützen.

3. Der Vertreter der Schweizerfirmen, Herr Prof. Dr. Frank Vischer, orientierte das EPD anfangs Februar mündlich über diese Anhörung, an der er als Rechtsberater der Tochterfirmen im EWG-Raum teilgenommen hatte. Die Besprechung fand in Anwesenheit von Herrn Minister Diez, Herrn Fürsprech Moser (EPD) und dem Unterzeichneten statt. Herr Prof. Vischer legte dar, dass der Verlauf des Verfahrens wohl ein Verbot aber keinen Bussgeldentscheid erwarten lasse. Er sprach ferner den Wunsch aus, dass die schweizerischen Behörden nochmals in Brüssel ihre Rechtsauffassung über die Unzulässigkeit der Zustellung klar machten. Damit sollte dem Eindruck zuvorgekommen werden, dass sich die schweizerischen Behörden im Gegensatz zu den britischen an dem Verfahren desinteressierten. Im Auftrag des EPD sprach Herr Dr. von Tscharner von der Mission in Brüssel beim zuständigen Direktor, Herrn Mussard, vor und erläuterte ihm im Laufe des Gespräches den schweizerischen Standpunkt.

Bei der Besprechung anfangs Februar dieses Jahres stellte Herr Prof. Vischer zudem folgende Fragen:

- a) Werden die schweizerischen Behörden die Zustellung eines Entscheides der Kommission durch die Post in gleicher Weise beurteilen wie die Zustellung der Mitteilung über die Verfahrenseröffnung?
- b) Werden die schweizerischen Behörden ähnlich wie im sogenannten "Watchmakers' Case" auf geeignete Weise bei den EG-Behörden vorstellig werden, falls der Entscheid auch die schweizerischen Unternehmen betrifft?

Herr Minister Diez bestätigte, dass die Zustellung eines Entscheides durch die Post ebenfalls als rechtswidrige Amtshandlung angesehen würde. Wie wir uns gegenüber einem Rechtshilfegesuch zur Zustellung des Entscheides verhalten würden, wäre noch abzuklären. Zuständig hiefür wäre die Polizeiabteilung und das EPD. Die zweite Frage wäre in erster Linie durch die Handelsabteilung zu prüfen. Ich bemerkte hiezu, dass die Umstände im "Watchmaker's Case" wohl grundsätzlich anderer Natur waren, in Anbetracht der weitgehenden öffentlich-rechtlichen Ein- und Ausführregelung für Uhren und Uhrenbestandteile. Zudem scheine es mir als wenig wahrscheinlich, dass die schweizerischen Behörden einen Entscheid der EG-Kommission gegen schweizerische Unternehmen beanstanden könnten, nachdem das Bundesgericht die Geltung des "Auswirkungsprinzipes" für das schweizerische Kartellrecht bestätigt habe.

Im folgenden wird diese Frage auf Grund bisher bekannter Tatsachen, insbesondere der Mitteilung der Beschwerdepunkte, näher geprüft.

- II. 1. Obwohl die Kommission der Europäischen Gemeinschaften schon verschiedentlich Verfahren gegen Unternehmen mit Sitz ausserhalb des Gebiets der EG eröffnet und auch Entscheide gefällt hat über Kartelle, an denen solche Unternehmen beteiligt waren, liegen bis jetzt weder von ihr noch vom Europäischen Gerichtshof verbindliche Aeusserungen vor über den territorialen Anwendungsbereich des EWG-Kartellrechts. Aus den Entscheiden der Kommission ist indessen zu schliessen, dass die Kommission grundsätzlich dem "Auswirkungsprinzip" folgt. Aeusserungen von Kommissionsmitgliedern und Beamten bestätigen diesen Schluss.

Die EG-Behörden übernehmen damit ein Prinzip, das von den Staaten allgemein der Bestimmung des Anwendungsbereichs ihrer Kartellrechte zugrunde gelegt wird. Auch für das schweizerische Kartellge-

setz ist seine Geltung unbestritten, obschon das Gesetz selbst nichts darüber aussagt. Das Bundesgericht hat dies in einem Urteil über ein Kartell, dem neben schweizerischen Firmen auch ein französisches Unternehmen angehörte, festgehalten: "Bien que la loi du 20 décembre 1962 ne contienne aucune disposition explicite sur sa portée en matière internationale, elle s'applique également aux entraves à la concurrence commise à l'étranger et qui sortissent leurs effets en Suisse" (BGE 93 II 196).

Geht man vom Zweck des Kartellrechts aus, so erscheint das Auswirkungsprinzip als eine fast selbstverständliche Grundregel. Die Kartellgesetze sollen ein gewisses, in den einzelnen Staaten freilich unterschiedliches Minimum an wirtschaftlichem Wettbewerb gewährleisten, einerseits im allgemeinen Interesse an einer optimalen Verwendung der Produktionsmittel und andererseits im Interesse des Einzelnen an einer freien wirtschaftlichen Tätigkeit. Da der Wettbewerb den Gegenstand des Kartellrechts bildet, ist es nur sinnvoll, dem Kartellrecht eines Landes diejenigen Sachverhalte zu unterstellen, die für den Wettbewerb innerhalb seines Territoriums relevant sind, ohne Unterschied nach dem Ort der Verursachung des Sachverhalts und der Nationalität oder dem Domizil des Verursachers.

2. Das Auswirkungsprinzip hat somit zur Folge, dass Unternehmungen mit fremder Staatsangehörigkeit, mit Sitz im Ausland und ohne jede Betriebsstätte im Inland dem Kartellrecht eines Staates unterworfen werden für ein Verhalten, das sich teilweise oder im Extremfall sogar vollständig im Ausland abspielt. Es liegt nahe, dass eine solche weite Fassung des Anwendungsbereiches eines nationalen Kartellrechts zu Normenkollisionen führt. Vor allem der Staat, auf dessen Gebiet die Unternehmen zum Teil oder ausschliesslich tätig sind, wird seinerseits häufig diese Tätigkeit seinem eigenen Recht unterstellen wollen. Allerdings werden Fälle, in denen ein und dieselbe Handlung von der einen Rechtsordnung verboten und von der anderen ausdrücklich verlangt wird, zu den sel-

tenen Ausnahmen gehören. Ein Beispiel bildete das Urteil vom 22. Januar 1966 des District Court von New York im "Swiss Watchmakers' Case". Es auferlegte den angeklagten schweizerischen Unternehmen Pflichten, die im Widerspruch standen zu den geltenden schweizerischen Exportvorschriften. Es wurde aber in diesen Teilen nach der Intervention der schweizerischen Behörden durch das "Modified Final Judgment" vom 3. Februar 1965 so geändert, dass für die beklagten Unternehmen kein Widerspruch mehr bestand zu den schweizerischen Vorschriften. Viel häufiger als diese Pflichtenkollision sind indessen diejenigen Fälle, in denen sich die beiden Rechtsordnungen, deren Anwendung auf einen Sachverhalt beansprucht wird, in der Weise widersprechen, dass die eine verbietet, was die andere ausdrücklich gestattet. Auch hier liegt eine Kollision der Rechtsordnungen vor, denn in der Regel gewährt das Recht eines Landes den Privaten einen bestimmten Handlungsspielraum nicht nur zufällig und die Beeinträchtigung dieses Spielraums durch ein fremdes Recht ist ihm deshalb nicht gleichgültig.

Obschon die Entscheide, in denen der geschilderte Normenkonflikt aktuell geworden ist, nicht eben zahlreich sind, entspann sich in den letzten fünfzehn Jahren doch eine ausgedehnte Diskussion über die Lösungsmöglichkeiten. Im Vordergrund stand dabei die Frage der völkerrechtlichen Schranken der Anwendung der nationalen Kartellrechte. Die unübersehbar vielfältigen Meinungen darüber lassen sich um zwei Hauptpositionen gruppieren, die ihrem Ergebnis nach einander als Extreme gegenüberstehen. Sie sollen in den folgenden Ziffern 3, 4 und 5 kurz dargestellt werden.

3. Eine Gruppe von Autoren, zu denen der Gutachter der ICI, Prof. Jennings gehört, geht von einem System von Jurisdiktionsprinzipien aus. Dieses System wurde zur Bestimmung des Anwendungsbereiches des allgemeinen Strafrechts entwickelt und erlangte

vor allem in der anglo-amerikanischen Praxis eine weitere Bedeutung. Grundlage des Systems ist das Territorialitätsprinzip. Danach darf ein Staat nur über Handlungen innerhalb seines Hoheitsgebietes legislieren und Recht sprechen. An das Territorialitätsprinzip schliessen sich mancherlei erweiternde Prinzipien an. Für das Kartellrecht wird vor allem das sogenannte "objektive Territorialitätsprinzip", das in der Strafrechtslehre meistens unter der Bezeichnung "Ubiquitätstheorie" figuriert, in Betracht gezogen. Danach ist nicht nur der Ort der Handlung, sondern auch der Ort des Erfolgseintritts ein zulässiger Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des anwendbaren Rechts.

Jennings vertritt in seinem Gutachten die Auffassung, dass die Geltung des objektiven Territorialitätsprinzips völkerrechtlich nur für die in zivilisierten Nationen allgemein gebräuchlichen Straftatbestände anerkannt sei. Das Kartellrecht, auch soweit es Strafbestimmungen enthalte, könne in Anbetracht der grossen Unterschiede der nationalen Kartellgesetze, nicht dazu gezählt werden. Die Anwendung des objektiven Territorialitätsprinzips wäre daher völkerrechtswidrig. Jennings folgert für den vorliegenden Fall, dass der Verkauf von Farbstoffen in die EG-Länder auf Grund von Verträgen, ^{die} dem englischen Recht unterstellt sind, keine Tätigkeit der ICI auf dem Territorium der EG-Länder darstelle und dass daher allenfalls bestimmte Preise der ICI nicht nach dem EWG-Kartellrecht überprüft werden dürfen.

4. Die Darlegungen von Jennings, dass seine Auffassung dem geltenden Völkerrecht entspreche, vermögen allerdings nicht zu überzeugen. Selbst ein seiner Tendenz nach typischer Exponent der Abwehr gegen "territoriale Uebergriffe" wie Kurt Reichlin muss zugeben, dass unter gewissen einschränkenden Bedingungen das objektive Territorialitätsprinzip anzuwenden sei (vgl. Schweizerischer

Staatsschutz gegen ausländisches Wirtschaftsrecht, S. 7). Bei der Festlegung dieser einschränkenden Bedingungen lassen Reichlin und andere, ähnlich gesinnte Autoren sich von der oben unter Ziff. 1 dargelegten Erwägung leiten, dass es einem Staat grundsätzlich nicht verwehrt werden dürfe, den Markt innerhalb seines Hoheitsgebietes gegen Kartelle zu schützen. Nur dort überschreite er seine Zuständigkeit, wo er auch Kartelle seinem Recht unterstelle, die sich auf seinem Territorium nur "mittelbar", "indirekt" oder nur durch ihre "Ausstrahlungen" auswirkten. Welche Begriffe auch immer für die Ausscheidung der unzulässigen "Uebergriffe" verwendet werden, ein beträchtliches Mass an Unbestimmtheit ist ihnen allen eigen. Der Grundsatz aber ist klar. Er besagt, dass eine Anwendung des nationalen Kartellrechts nur gestattet ist, wenn das ausländische Kartell den inländischen Markt in einer qualifizierten Weise berühre. Damit treffen sich seine Verfechter im Ergebnis mit den Vertretern der anderen Hauptposition, nach der die Schranke der Anwendung des nationalen Kartellrechts nur im völkerrechtlichen Missbrauchsverbot liegt.

5. Bei einigen neueren deutschen und schweizerischen Autoren hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass das Territorialitätsprinzip und damit das ganze darauf aufgebaute System der Jurisdiktionsprinzipien untauglich seien zur Bestimmung des Anwendungsbereiches des modernen öffentlichen Wirtschaftsrechts. Die massgebliche Schranke für die Anwendung des nationalen Kartellrechts bilde das völkerrechtliche Missbrauchsverbot. Danach liegt eine unzulässige Rechtsausübung dann vor, "wenn das Interesse des Staates an einer Wahrnehmung seiner Rechte gering wiegt im Gegensatz zu den Interessen anderer Staaten oder der internationalen Gemeinschaft in ihrer Gesamtheit, denen durch die Ausübung des Rechts schwerer Schaden zugefügt wird" (G. Dahm, Völkerrecht, Bd 1, S. 197). Auch dieses Prinzip bedarf natürlich der Konkretisierung. Der vorliegende Fall ist jedoch derart typisch, dass schon das Missbrauchsverbot als solches ohne weiter spezifizierende Auf-

gliederungen für eine vorläufige Beurteilung ausreicht.

6. Sofern die Behauptungen der Kommission in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte zutreffen, handelt es sich bei den beanstandeten Verhaltensweisen um gezielte Massnahmen zur Beeinflussung des Angebotes von bestimmten Waren in einzelnen EG-Ländern. Die Auswirkungen auf dem Markt dieser Länder sind daher nicht bloss "mittelbare", "entfernte" Folgen des Kartells, sondern sie wurden von den beteiligten Unternehmen mit voller Absicht als primäres, wenn nicht sogar ausschliessliches Ziel angestrebt. Es kann grundsätzlich nicht als Missbrauch angesehen werden, wenn die EG-Behörden in Ausführung des für sie massgeblichen Rechts gegen ein solches Kartell vorgehen. Sie kommen damit nur ihrem Auftrag nach, die durch das EWG-Kartellrecht vorgezeichnete Marktordnung zu verwirklichen ohne Rücksicht auf die Herkunft der Anbieter auf diesem Markt. Das Kartellrecht würde seinen Zweck unvollständig erfüllen und die inländischen Unternehmen in schwerer Weise diskriminieren, wenn es ausländische Anbieter von seinen Vorschriften freistellte. Andererseits hat das Exportland kein legitimes Interesse an einer solchen Freistellung. Zwar bringen ihm die höheren Preise, die seine Exportunternehmen durch die verbotenen Preisabsprachen erzielen, Nutzen, indem sie seine Handelsbilanz verbessern und die Unternehmensgewinne vermehren. Das Völkerrecht gibt ihm aber keinen Anspruch, solche Vorteile unter Missachtung des Rechtes jenes Landes, in dem diese Gewinne erzielt werden, zu erlangen.

Dies gilt zweifellos für den Fall, dass die Kommission den beteiligten Firmen ein Verbot von abgestimmten Preisen und Preiserhöhungen für Verkäufe an Abnehmer innerhalb den EG auferlegt.

Auch ein Bussenentscheid müsste als völkerrechtlich zulässig hingenommen werden, denn er stellte lediglich eine Sanktion dar des Verstosses gegen das Kartellverbot, das im vorliegenden Falle,

wie vorstehend dargelegt wurde, auch für die Schweizer Unternehmen gilt. Das mag als hart erscheinen, wenn man bedenkt, dass die Unternehmen die Busse durch eine rechtzeitige Anmeldung der Absprache hätten vermeiden können, dass ihnen aber vom Vorort empfohlen worden ist, keine Anmeldungen vorzunehmen, um die Anerkennung der Geltung des EWG-Kartellrechts nicht zu präjudizieren. Nach den Empfehlungen des Vorortes muss aber die Anmeldung nicht überhaupt unterbleiben. Sie ist lediglich nicht durch die schweizerischen, sondern durch ausländische Kartellpartner vorzugehen und hätte auch im vorliegenden Fall auf diese Weise erfolgen können.

Zweifelhaft erscheint die Rechtslage ~~auch~~ dann, wenn die schweizerischen Unternehmen nicht wegen eigener Verkäufe in den EG-Ländern in den Kommissionsentscheid einbezogen werden, sondern nur deshalb, weil sie faktisch die Herrschaft inne haben über ihre Tochterunternehmen, die in den EG-Ländern domiziliert sind und dort die Waren zu den abgesprochenen Preisen verkauft haben. Es ist schwer einzusehen, welches Interesse die Kommission an einem solchen "Durchgriff" auf die Stammhäuser in der Schweiz haben kann, denn zur Durchsetzung der Kartellbestimmungen wird auch ein Entscheid gegenüber den Tochterunternehmen allein genügen. Der Einschluss der Stammhäuser würde der Kommission nur zusätzliche Schwierigkeiten bei der Urteilsvollstreckung bringen. Da die Gründe der Kommission für einen Durchgriff nicht klar sind, kann die Frage der völkerrechtlichen Zulässigkeit erst beantwortet werden, wenn der motivierte Entscheid vorliegt.

7. Im "Watchmakers' Case" wandten sich die schweizerischen Behörden unter Berufung auf die völkerrechtlichen Schranken der amerikanischen Rechtsetzungshoheit gegen folgende Teile des Urteils vom 22. Januar 1964:
 - a) Vorschriften, die im Widerspruch standen mit den schweizerischen Vorschriften über die Ausfuhr von Uhren und Uhrenbestandteilen.

- b) Vorschriften, wonach der schweizerische Exporteur seinem Abnehmer in Drittstaaten kein Verbot des Reexportes nach den USA auferlegen durfte.
- c) Die Unterwerfung der Mitglieder der FH unter das Urteil, obwohl diese im Prozess nicht Partei waren, und die Verpflichtung der FH, für die Einhaltung des Urteils durch ihre Mitglieder zu sorgen.

Die diplomatische Intervention der Schweiz richtete sich somit nur gegen das Urteil, soweit es dem schweizerischen Recht ausdrücklich widersprach, Absprachen untersagte, die nur indirekt Auswirkungen in den USA hatten und soweit es die FH gleichsam zum Gerichtsvollzieher in der Schweiz machen wollte. In diesem Umfang haben die amerikanischen Behörden die Berechtigung der schweizerischen Vorbringen auch anerkannt und das Gericht hat sein Urteil entsprechend abgeändert.

Der Fall der Farbstoffhersteller liegt demgegenüber ganz anders. Die schweizerischen Chemieunternehmen haben nach den Behauptungen der Kommission an einem Kartell teilgenommen, das darauf abzielte und auch bewirkte, dass die Preise für konkurrierende Produkte in einzelnen EG-Ländern gleichzeitig und gleichmässig erhöht wurden. Der Entscheid der EG-Kommission über das Verhalten der Schweizer Unternehmen wird sich deshalb nicht vergleichen lassen mit den beanstandeten Teilen des ursprünglichen Urteils im "Watchmakers' case".

8. Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass der Entscheid der EG-Kommission voraussichtlich von schweizerischer Seite völkerrechtlich nicht zu beanstanden sein wird. Etwas anderes könnte vielleicht gelten, wenn die Schweizer Unternehmen in unnötiger und unbegründeter Weise für Handlungen ihrer Tochterfirmen verantwortlich gemacht werden. Dies kann aber erst beurteilt werden, wenn ein motivierter Entscheid vorliegt.

