

10. Oktober 2011

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)
Direktion für Wirtschaftspolitik
Vernehmlassung zu Art. 5 KG
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit: Anpassung von Artikel 5 Kartellgesetz (KG) – Position von SwissHoldings

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für Ihr Schreiben vom 23. September 2011 mit den Vernehmlassungsunterlagen. Anlässlich der konferenziellen Vernehmlassung am 5. Oktober 2011 konnten wir bereits mündlich Stellung nehmen. Gerne nehmen wir nun die Gelegenheit wahr, Ihnen unsere Überlegungen zur vorgeschlagenen Teilrevision des Kartellgesetzes in erweiterter, schriftlicher Form mitzuteilen.

Wir danken Ihnen bereits jetzt bestens für die Berücksichtigung der Vorbringen in unserer Eingabe.

Mit freundlichen Grüssen

SwissHoldings

Geschäftsstelle



Fürsprecher Christian Stiefel
Mitglied der Geschäftsleitung



Jacques Beglinger
Rechtsanwalt, D.E.S.S.,

cc - SH-Komitee

Beilage: Stellungnahme SwissHoldings zum geplanten Teilkartellverbot mit
Rechtfertigungsmöglichkeit: Anpassung von Artikel 5 Kartellgesetz (KG)

11-10-10-b-begleit-vernehmlassung-final

10. Oktober 2011

Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit: Anpassung von Artikel 5 Kartellgesetz (KG) – Position von SwissHoldings

1.	Einleitung	1
2.	Grundsätzliche Beurteilung.....	2
	A. Ungeeignetes Mittel gegen die „Preisinsel Schweiz“.....	2
	B. Gefahr eines „Business Chilling“ bei Vertikalabreden	2
	C. Kein Teilkartellverbot ohne Rechtssicherheit	2
	D. Keine Beweislastumkehr	3
	E. Patentrechtliche Regelung zu Parallelimporten.....	3
3.	E-Art 5 KG: Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen.....	3
	A. Absatz 1	3
	B. Absatz 2	3
	C. Absatz 3	4
4.	Verhältnis zu anderen KG-Revisionen.....	5

1. Einleitung

SwissHoldings setzt sich für einen griffigen **Schutz des Wettbewerbs** ein, wohlwissend, dass nur bei einem funktionierenden Wettbewerb ein permanenter Druck auf Effizienzverbesserungen und Innovationen besteht, der die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen langfristig sicherstellt.

Dementsprechend hat sich SwissHoldings von Anfang an für die Einführung der direkten Sanktionen ausgesprochen. Angesichts der bedeutenden Sanktionen, die den Unternehmen damit drohen, hat SwissHoldings immer auch klar gemacht, dass im Kartellrecht den **Rechtsstaatlichkeits- und Rechtssicherheitsgrundsätzen** ganz besondere Beachtung geschenkt werden muss.

Diese Grundsätze sind selbstverständlich auch im Rahmen eines Verfahrens zur Revision des Kartellgesetzes zu beachten. **SwissHoldings ist daher befremdet**, dass ein doch relativ weitgehender **Paradigmenwechsel im Kartellgesetz in einem abgekürzten Verfahren** mit äusserst knapp bemessenen Fristen in die Vernehmlassung gegeben wird. Insbesondere, wenn, wie in Bezug auf die Vertikalabreden, ein (im Vergleich zu früheren Revisionsvorschlägen) eigentlicher Kurswechsel vorgeschlagen wird, geht es nicht an, auf die Ergebnisse der bisherigen zwei Vernehmlassungen zu verweisen und diese als genügend zu bezeichnen. Ein solches Vorgehen geht am Ziel der Vernehmlassung vorbei. Diese soll es den interessierten Kreisen nämlich ermöglichen, sich umfassend mit allen Gesichtspunkten eines Vorschlags auseinandersetzen zu können. Ein abgekürztes Vernehmlassungsverfahren wird der Tragweite der vorgeschlagenen Änderungen des Kartellgesetzes nicht gerecht.

2. Grundsätzliche Beurteilung

A. Ungeeignetes Mittel gegen die „Preisinsel Schweiz“

- Die Vorlage zielt laut Bundesratsbeschluss ausdrücklich darauf ab, fragwürdigen Praktiken im Umfeld der aktuellen Frankenstärke und der häufig hohen Preisdivergenz zum Ausland entgegenzuwirken. Es ist allerdings überaus fraglich, ob die Vorlage dafür einen wirksamen Beitrag leisten kann. Der erläuternde Bericht ist dazu sehr vage. **Für die Preisgestaltung sind in der Regel andere Mechanismen ungleich bestimmender**, wie etwa die im Inland vergleichsweise sehr hohen Personal- und Infrastrukturkosten. Bis zum Inkrafttreten einer derartigen Regelung ist zudem zu erwarten, dass sich die Währungslage wieder verändern wird, so dass sich die Vorlage eher als politisch motiviert präsentiert.

B. Gefahr eines „Business Chilling“ bei Vertikalabreden

- Die Vorlage steht im **Widerspruch** zu den in der ersten **Revisionsvorlage 2010** enthaltenen Absichten, die angesichts der neueren ökonomisch untermauerten Erkenntnisse bezüglich Vertikalabreden eher zu einer Liberalisierung, denn zu einer nun anvisierten Verschärfung tendierten.
- SwissHoldings ist nach wie vor der Auffassung, dass bei einer Verschärfung im Bereich der Vertikalabreden die **Gefahr eines „business chilling“** besteht. Um dies zu verhindern, müsste den Unternehmen in jedem Fall maximale Rechtssicherheit in Bezug auf die Anwendung der neuen Bestimmungen geboten werden.

C. Kein Teilkartellverbot ohne Rechtssicherheit

- Aus Sicht von SwissHoldings ist unabdingbar, dass die Unternehmen unter einer neuen Regelung genau wissen, welche Abreden erlaubt sind und welche nicht. Als Massstab hat zu gelten, dass was in der EU erlaubt ist, auch in der Schweiz erlaubt sein muss.
 - Der Paradigmenwechsel vom Missbrauchsverbot zum Teilkartellverbot führt daher zu einem markant **erhöhten Regelungsbedarf**, um das erforderliche Minimum an Rechtssicherheit sicher zu stellen. Der in die Vernehmlassung gegebene Vorschlag weist diesbezüglich erhebliche Lücken auf. Diese sind **insbesondere in folgender Hinsicht** zu füllen:
 - Den Tatbeständen von E-Art 5 Abs.2 KG müssen klare Konturen gegeben werden, z.B. im vertikalen Bereich betreffend die Zulässigkeit von „passive sales“.
 - Regelung in Fällen, in denen die beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden relevanten Markt quantitativ niedrige Umsätze tätigen (Bagatellfälle in Entsprechung zu den sog. *de minimis*-Regelungen der EU);
 - Regelung in Fällen, in denen der weder ein Tatbestand gemäss E-Art 5 Abs.2 KG (sog. Hard-core-Fälle), noch ein Bagatelltatbestand vorliegt.
 - Soweit diesen Bedenken nicht im Gesetzestext Rechnung getragen werden kann, hat das Gesetz verbindlich anzuordnen, dass der **Bundesrat** auf dem **Verordnungsweg** (Art. 6 Abs. 3 KG) die weiteren Regelungen erlässt. Nur auf Bekanntmachungen der Weko abzustellen, wäre unseres Erachtens ungenügend.
 - Die **ausführenden Bestimmungen** müssen in ihren materiellen Grundzügen im Zeitpunkt einer allfälligen Überweisung der Vorlage an das Parlament **bekannt sein**.
 - Dem Teilkartellverbot kann deshalb nur zugestimmt werden, wenn den Bedenken bezüglich **Einhaltung der Rechtssicherheit** Rechnung getragen ist.
-

D. Keine Beweislastumkehr

- Die vorgeschlagene Beweislastverschiebung für Rechtfertigungsgründe i.S. von E-Art 5 Abs. 3 KG erachten wir in den Fällen, die mit direkten Sanktionen bedroht sind, als **mit Art. 6 EMRK nicht vereinbar**. Dies aus folgenden Gründen: In Zweifelsfällen hat das angeschuldigte Unternehmen die Folgen des nicht erbrachten Beweises einer Rechtfertigung zu tragen. Ohne Umkehr der Beweislast käme dagegen der Grundsatz „in dubio pro reo“ – zugunsten des Unternehmens – zum Tragen. Mit der Umkehr der Beweislast würde damit der Grundsatz „in dubio pro reo“ ausgehöhlt.
- Es ist zu befürchten, dass später auch eine Beweislastumkehr in den Fällen von Art. 7 KG für „legitimate business reasons“ gefordert werden wird.
- Unter Beibehaltung des Untersuchungsgrundsatzes könnte den Unternehmen ev. auferlegt werden, die von ihnen geltend gemachten **Gründe zu substantiieren** (vgl. unten unter „Einzelne Bestimmungen“ zu Absatz 3; Ziff. 3.C).

E. Patentrechtliche Regelung zu Parallelimporten ist zu respektieren

- In einer allfälligen Botschaft wäre klar zu erläutern, wie sich die Revision auf die aktuelle Rechtslage betreffend **Parallelimporte** auswirken soll. Zudem müsste dort festgehalten werden, dass die Regelung in der kürzlichen Revision des Patentrechts unverändert weiter gilt.

3. E-Art 5 KG: Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

A. Absatz 1

- Absatz 1 statuiert den **Grundsatz von Verbot und Rechtfertigung**. Er unterscheidet richtigerweise nicht zwischen horizontalen und vertikalen Sachverhalten.
- Einzige zugelassene **Rechtfertigung** ist der Nachweis der „wirtschaftlichen Effizienz“. Der Begriff der „wirtschaftlichen Effizienz“ ist per se nicht neu, er bekommt aber neu eine Schlüsselfunktion. Die „wirtschaftliche Effizienz“ ist ein ökonomisches Konzept, aber kein rechtlich greifbarer Begriff. Es kann auch nicht auf eine vergleichende Interpretation im EU Recht zurückgegriffen werden. Der Begriff der „wirtschaftlichen Effizienz“ kommt dort als Rechtsbegriff gar nicht vor, weder im Primärrecht (Art. 101 AEUV), noch beispielsweise in der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (330/2010/EU). Massgeblich auf einen höchst **unbestimmter Rechtsbegriff** abzustellen, dürfte deshalb zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen.

Das Vorliegen der wirtschaftlichen Effizienz wäre zudem durch das Unternehmen nachzuweisen (siehe unten zu Absatz 3). Zusammengenommen liegt hier die **grösste Unzulänglichkeit** der vorgeschlagenen Regelung.

- Zu bemängeln ist ferner, dass der **Begriff der Erheblichkeit** in der Folge (siehe unten Absatz 2) nur nach „oben“ erläutert wird. Was **nicht** als erheblich gilt, bleibt unerklärt. Es ist zu postulieren, dass ebenfalls die für **Unerheblichkeit** massgeblichen Umstände im Text oder in der begleitenden Verordnung explizit verankert werden.

B. Absatz 2

Absatz 2 listet die **Kernbeschränkungen** (sog. Hard-core-Klauseln) auf, je getrennt für horizontale und vertikale Sachverhalte. Der Katalog folgt dabei in etwa, wenn auch sprachlich verschiedenen und inhaltlich verkürzt, der entsprechenden Auflistung in Art. 101 AEUV bzw. den EU Gruppenfreistellungsverordnungen.

Der Aufbau des Absatzes ist zwar weitgehend durch die Gesamtstruktur bedingt. Durch Ergänzung in Absatz 2 oder durch klaren Verordnungstext ist jedoch für klarere Konturen zu sorgen.

C. Absatz 3

a. Im allgemeinen

- Absatz 3 gibt eine abschliessende Darstellung dessen, was nach Vorstellung des Gesetzgebers unter „**wirtschaftlicher Effizienz**“ zu verstehen ist. Die Liste von befreienden Umständen in lit. a ist gemäss erläuterndem Bericht als abschliessend zu verstehen (S. 9). Dies beschränkt offensichtlich nicht nur die Reichweite des vom Gesetzgeber 1995 gewählten, als tragend dargestellten Konzepts (vgl. Botschaft 24.11.1994, S. 555ff.), sondern engt auch die **Verteidigungsmöglichkeiten** des betroffenen Unternehmens ein.
- Indem der Rechtfertigungstest in knappen Formulierungen zweistufig ausgestaltet ist, wird scheinbar dem EU-Modell in Art. 101 AEUV gefolgt.: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob einer der Befreiungsgründe gemäss lit. a vorliegt (die Liste ist weitgehend vom aktuellen Artikel übernommen). In einem zweiten Schritt wird sichergestellt, dass der „wirksame Wettbewerb“ durch die Abrede schlechthin nicht beseitigt werden **kann** (lit. b).

Es fehlen jedoch wichtige Elemente:

- Nicht vorgesehen sind die im EU Recht äusserst bedeutsamen Gruppenfreistellungsmöglichkeiten.
- Ebenfalls nicht vorgesehen ist eine ausdrücklich sog. *de minimis*-Befreiung in Bagatellfällen.

Desgleichen ist nicht vorgesehen, dass ein Unternehmen eine **aktive Unbedenklichkeitsbestätigung** durch die Weko verlangen kann.

Vor allem aber **fehlt** im Gegensatz zu den Verhältnissen in der EU die unionsweit reiche und in den wesentlichen Punkten **detaillierte Rechtsprechung**.

- Dies ist nur zu akzeptieren, wenn der schweizerische Regulator anderweitig für genügende Klarheit und Rechtssicherheit sorgt. Im Interesse der Rechtssicherheit ist deshalb der Bundesrat in Abs. 3 zu verpflichten, auf dem **Verordnungsweg** eine Klarheit zu schaffen, die internationalen Standards genügt. Insbesondere hat er dabei dafür zu sorgen, dass im Vertikalverhältnis der häufig vorliegende volkswirtschaftliche Nutzen anerkannt und deshalb eine grosszügige Interpretation des Begriffs der „wirtschaftlichen Effizienz“ verankert wird.

Die derzeit in E-Art. 5 Abs. 3 lit. a KG enthaltenen Kriterien mögen dazu eine Leitlinie abgeben, jedoch nicht als notwendige, sondern als gemäss den konkreten Umständen im Einzelfall **geeignete** Elemente. **Auf keinen Fall** soll die Aufzählung deshalb **abschliessend** sein.

b. Beweislast

- Die in E-Art. 5 Abs. 3 lit. a vorgeschlagene Formulierung führt zur **Umkehr der Beweislast zulasten der betroffenen Unternehmen**, und zwar nicht nur für die „Hardcore-Fälle“ gemäss E-Art. 5 Abs. 2 KG, sondern auch für die in dieser Vorlage behauptetermassen gar nicht anvisierten Fälle von E-Art 5 Abs. 1 KG. Die Vorlage gibt so ohne Not und auch in diesem Bereich vollständig das herrschende und dogmatisch angebrachte Untersuchungsprinzip preis. Effektiv würde es genügen, die **Beweisführung bei der Behörde zu belassen** und vom Unternehmen allenfalls eine **qualifizierte Mitwirkung** zu verlangen, etwa durch Auferlegen einer Pflicht, rechtfertigende Entlastungsgründe wenigstens qualifiziert zu behaupten. Damit würde dem Gebot der

Verhältnismässigkeit entsprechend mit einem weit weniger tiefen Eingriff dasselbe Ziel erreicht.

- Mit der in E-Art. 5 Abs. 3 lit. a vorgeschlagenen Formulierung werden zudem ebenfalls ohne Not **materielle und prozedurale Elemente vermischt**.

Es wird deshalb vorgeschlagen, gegebenenfalls auf die **explizite Beweisregel in E-Art. 5 Abs. 3 lit. a zu verzichten** und die qualifizierte Mitwirkungspflicht der Unternehmen in einem **separaten Absatz** zu regeln.

- Bezüglich des zweiten (negativen) Elements (keine Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen), schweigt sich der Text in E-Art. 5 Abs. 3 lit. b zur Beweislast aus. Aus dem Gesetzestext bzw. den Materialien soll klar hervorgehen, dass das **Unternehmen diesen Umstand in jedem Fall nicht zu beweisen** hat (negativa non sunt probanda).

4. Verhältnis zu anderen KG-Revisionen

Die gegenwärtige Vorlage ist als Glied in einer **Kette von Kartellrechtsrevisionen** zu verstehen. Indem insbesondere bezüglich Einschätzung von Abreden zwischen Unternehmen unterschiedlicher Stufe eine offensichtliche Diskrepanz zwischen der Teilvorlage 1 (2010) und der nun vorgeschlagenen Teilvorlage 3 (2011) festzustellen ist, besteht diesbezüglich vorab Klärungsbedarf. Würde der **Vorschlag eines Teilverbots** weitergeführt, dürfte dieser insbesondere nicht ohne die in der Vernehmlassung von 2010 vorgeschlagenen institutionellen Reformen vorangetrieben werden. Wie wir in unserer Vernehmlassung zur Umsetzung der „Motion Schweiger“ gefordert haben, ist zudem das Verschuldensprinzip umzusetzen.

Position von SwissHoldings:

- Als Mittel zur Bekämpfung der „Preisinsel Schweiz“ ist die Vorlage **ungeeignet**.
- Eine Ablösung der Vermutungstatbestände durch ein **Teilkartellverbot** kann nicht unterstützt werden, solange
 - keine genügende Sicherheit besteht, dass Abreden, die unter EU-Recht zulässig sind, auch unter Schweizer Recht erlaubt sind;
 - die ausführenden Verordnungen nicht zumindest in ihren materiellen Grundzügen bekannt sind.
- Eine **Beweislastumkehr** in der vorgeschlagenen Form wird abgelehnt.
- Eine Verschärfung von Art. 5 KG darf nicht erfolgen, ohne dass gleichzeitig eine **EMRK-konforme Institutionenreform** beschlossen und das **Verschuldensprinzip** im Kartellgesetz umfassend und kohärent umgesetzt wird.