

An das
Sekretariat der Wettbewerbskommission
zHd. Herrn Prof. Walter A. Stoffel,
Präsident
Monbijoustrasse 43
3003 Bern

RR/FM

312

Bern, 7. Juni 2010

Vernehmlassung zur Revision der Vertikalbekanntmachung

Sehr geehrter Herr Präsident

Gerne nehmen wir zur Revision der Vertikal-Bekanntmachung Stellung und bedanken uns herzlich für diese Möglichkeit.

I. Allgemeines

A. Ziel und Gründe der Revision

Im Begleitschreiben zur Vernehmlassung begründet die Wettbewerbskommission (Weko) die Notwendigkeit der Revision der Vertikalbekanntmachung von 2007 mit zwei Gründen:

- Aufgrund der drei Leitentscheide in den Fällen "Gartenscheren", "Hors-Liste-Medikamente" und "Gaba" bestehe in den Bereichen Gebietsschutzabreden, Festlegung von Wiederverkaufspreisen und Publikumsempfehlungen nun eine Fallpraxis, welche die Rechtssicherheit für Unternehmen fördere. Diese sei in die Vertikalbekanntmachung einzuarbeiten. Dabei sei vor allem die Bedeutung der Kriterien für Erheblichkeit und Rechtfertigungsgründe bei der Einzelfallbeurteilung stärker hervorzuheben.
- Am 1. Juni 2010 werde die neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung in Kraft treten. Um in der Schweiz weiterhin möglichst dieselben Regeln wie in der EU zur Anwendung zu bringen, müssen an der Vertikalbekanntmachung gewisse Anpassungen vollzogen werden. Damit dürften vor allem die Bestimmungen zum Internethandel und zur zweiten Marktanteilsschwelle (Ziffer 15) gemeint sein.

Des Weiteren bekräftigt die Weko ihre Absicht, weiterhin den in Artikel 5 Absatz 4 KG zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Willen durchzusetzen.

Der Schweizerische Anwaltsverband ist der Ansicht, dass weder diese Zielsetzung noch die beiden Gründe eine umfassende Anpassung der Vertikalbekanntmachung im heutigen Zeitpunkt rechtfertigen. Dafür gibt es verschiedene Gründe:

- Von den drei erwähnten Leitentscheiden (Gartenscheren, Hors-Liste-Medikamente und Gaba) sind zwei von den Parteien an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen worden. Der Dritte (Gartenscheren) wurde in Form einer einvernehmlichen Regelung erledigt und keiner gerichtlichen Überprüfung unterzogen. Die drei Leitentscheide stellen deshalb zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr (und nicht weniger) als die Auslegungspraxis der Wettbewerbskommission zu Artikel 5 Absatz 4 KG dar. Es ist denkbar, wenn nicht sogar wahrscheinlich, dass sich im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung dieser beiden Leitentscheide eine andere Auslegung von Artikel 5 Absatz 4 KG ergibt. Die Festschreibung der Weko-Praxis in der Vertikalbekanntmachung ist deshalb verfrüht.
- Die Bestimmung von Artikel 5 Absatz 4 KG wurde im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes sehr kritisch geprüft; die Evaluationsgruppe empfahl aufgrund ihrer Beurteilung die Streichung dieser Bestimmung aus dem Kartellgesetz. Es ist zu erwarten, dass gemäss Auftrag des Bundesrates der Vorentwurf für eine Revision des Kartellgesetzes im Bereich von Artikel 5 Absatz 4 KG Vorschläge für eine neue Regelung enthält. Diese wird im Rahmen der Vernehmlassung und der parlamentarischen Beratung voraussichtlich weitere Änderungen erfahren. Auch aus diesem Grund erscheint die Festschreibung der aufgrund einer umstrittenen Bestimmung ergangenen Behördenpraxis ebenfalls als verfrüht. Zudem betont die Weko ihre Zielsetzung, die Durchsetzung des gesetzgeberischen Willens zu Artikel 5 Absatz 4 KG fortzusetzen. Dieser unveränderte Fortsetzungswille erfordert keine Änderung der Vertikalbekanntmachung.
- Es trifft zu, dass der Umgang mit Vertikalbeschränkungen in der Schweiz möglichst gleichartig geregelt sein sollte wie im EU-Wettbewerbsrecht. Dazu ist allerdings keine völlige Überarbeitung der Bekanntmachung notwendig. Der grösste Teil der vorgeschlagenen Änderungen betrifft nicht den Nachvollzug von Änderungen in der Vertikal-GVO, sondern innerschweizerische Anpassungen. Lediglich die neue Regelung betreffend Umsatzschwellen in Ziffer 15 (2) Rechtfertigung und in lit. (c) der Präambel ist direkt auf die Änderung der Vertikal-GVO zurückzuführen. Dieser Neuerung könnte – wenn dies überhaupt als wünschbar erachtet wird – mit einer punktuellen Änderung ohne "Totalrevision" Rechnung getragen werden (vgl. nachstehend D.). Eine Übernahme der neuen EU-Regeln zum Internethandel bedingt schliesslich auch keine "Totalrevision" (vgl. II. A. nachstehend). Vielmehr wäre Rechtssicherheit durch einen klaren und globalen Verweis auf die ausführlichen Regeln in den Leitlinien anzustreben.

B. Zur Übernahme der Regeln von EU-Vertikal-GVO und Leitlinien unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit

Die Erlasse der Europäischen Kommission im Bereich des Wettbewerbsrechts zeichnen sich durch eine Gesetzgebungstechnik aus, welche sich erheblich von jener in der Schweiz un-

terscheidet. Neben der eigentlichen Gruppenfreistellung haben die Leitlinien für die Schaffung von Rechtssicherheit für Unternehmen und Anwälte eine kaum zu überschätzende Bedeutung. Die Leitlinien enthalten einerseits eine detaillierte Aufarbeitung der Fallpraxis der europäischen Gerichte und der Europäischen Kommission (zum Beispiel im Bereich der Handelsvertreter), andererseits zahlreiche Anwendungsbeispiele für die Regeln der Gruppenfreistellungsverordnung. Daraus ergibt sich eine für die Selbsteinschätzung durch die Unternehmen unverzichtbare Regelungsdichte.

Demgegenüber stellt die Vertikalbekanntmachung in ihrer heutigen Form, aber auch im überarbeiteten Entwurf vom 19. April 2010, lediglich eine "abgespeckte" Version der Gruppenfreistellungsverordnung dar, welche zudem aufgrund der typisch schweizerischen Gesetzgebungstechnik im Bereich von Artikel 5 KG auch noch inhaltlich stark vom Gehalt der GVO abweicht. Schon in der Vergangenheit hat dieser Umstand zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt. Einerseits hat die Wettbewerbsbehörde verschiedentlich verlauten lassen, dass die Einhaltung von EU-Wettbewerbsrecht im Bereich der Vertikalbeschränkungen auch die Gesetzmässigkeit des Verhaltens in der Schweiz zur Folge habe. Andererseits ergibt jedoch bereits der Wortlaut der geltenden Vertikalbekanntmachung klare inhaltliche Abweichungen zu den Regeln des europäischen Wettbewerbsrechts in diesem Bereich. Dieser Mangel wird durch den Vernehmlassungsentwurf nicht behoben; im Gegenteil werden sogar neue Abweichungen geschaffen, so zum Beispiel in der Definition von Passivverkäufen in Ziffer 3 (s. dazu hinten II. A.)

Der SAV ist deshalb der Ansicht, dass die Regelungstechnik der Vertikalbekanntmachung grundsätzlich überdacht werden muss, wenn einerseits die Zielsetzung der EU-Kompatibilität verfolgt wird, andererseits aber trotzdem an Schweizer Eigenheiten festgehalten werden soll. Wenn an der heutigen Regelungstechnik festgehalten wird und angesichts der bevorstehenden Rechtsprechung in den beiden hängigen Leitentscheiden ist damit zu rechnen, dass die Rechtsunsicherheit im Bereich der Vertikalabreden nicht abnimmt.

C. Zeitliche Dringlichkeit?

Der SAV kann die zeitliche Dringlichkeit einer Überarbeitung der Vertikalbekanntmachung nicht nachvollziehen. Der SAV begrüsst zwar grundsätzlich das Bestreben der Wettbewerbskommission um verbesserte Rechtssicherheit im Bereich der Vertikalbeschränkungen. Hinsichtlich der schweizerischen Fallpraxis ist dies jedoch nicht zu erreichen, solange die gerichtliche Überprüfung der Leitentscheide nicht abgeschlossen ist. Bis zum Vorliegen der höchstrichterlichen Entscheidungen in diesen beiden Fällen dürfte sich aber auch abzeichnen, in welche Richtung die gesetzgeberische Entwicklung im Bereich von Artikel 5 Absatz 4 KG geht. Eine Einarbeitung der behördlichen Fallpraxis in die Vertikalbekanntmachung ist aus diesen Gründen zeitlich nicht dringlich, sondern voreilig.

Es verbleibt die Angleichung der Rechtslage an die Änderungen im Bereich der Vertikal-GVO und der dazugehörigen Leitlinien. Angesichts der verschiedenen gesetzgebungstechnischen Ansätze im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsrecht ist das Ziel einer

derartigen Vereinheitlichung auf dem eingeschlagenen Weg jedoch nach Ansicht des **SAV** nicht zu erreichen. Dazu bedürfte es grundsätzlich Überlegungen zur Rechtssetzungstechnik. Die Frage würde sich stellen, ob auch in der Schweiz ein System von ausführlichen Leitlinien eingeführt werden müsste. Alternativ wäre es auch denkbar, pauschal auf die europäische Regelung zu verweisen und lediglich gezielt helvetische Abweichungen explizit zu regeln. Dieser grundsätzliche Entscheid sollte nicht übers Knie gebrochen werden. Kurzfristig reicht ein klarer Verweis auf die neue GVO und insbesondere auf die Leitlinien dazu.

D. Antrag

Aufgrund dieser Ausgangslage beantragt der SAV im heutigen Zeitpunkt auf eine umfassende Überarbeitung der Vertikalbekanntmachung zu verzichten. Nach Ansicht des SAV würde es genügen, in der geltenden Bekanntmachung die Verweisung auf die Vertikal-GVO und die Leitlinien in Ziffer 11 der Präambel den neuen Erlassen anzupassen und – sofern überhaupt erwünscht (vgl. dazu II. D.) – in der Präambel und in Ziffer 15 (2) eine Bestimmung zur Einführung einer zweiten Marktanteilsschwelle aufzunehmen. Eine eigene Regelung zur Definition von passiven Verkäufen in Ziffer 3 der Vertikalbekanntmachung wäre nicht erforderlich, da durch den Verweis auf die neuen EU-Leitlinien die Frage der Definition von Passivverkäufen im Bereich des Internethandels umfassend geklärt würde (vgl. dazu auch II. A.).

Zu begrüßen ist die im Vernehmlassungsentwurf vom 19. April 2010 vorgeschlagene Klärung der Bedeutung von Interbrandwettbewerb (Ziffer 12). In diesem Bereich hat die geltende Vertikalbekanntmachung in beachtlichem Ausmass Rechtsunsicherheit geschaffen.

Ebenfalls zu begrüßen ist die Betonung der Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung in lit. (h) und (i) der Präambel; dies entspricht auch der Lage im europäischen Wettbewerbsrecht. Allerdings könnte auch diese Betonung durch einen Verweis auf die Leitlinien erreicht werden. Die Aussage würde dann auch für die in den Leitlinien neu erfassten Fülle (z.B. Einzelfallprüfung von Effizienzgründen für vertikale Preisbindungen) gelten.

Mit den vorstehend vorgeschlagenen knappen Änderungen und einem klaren Hinweis in der Präambel, dass nach europäischem Wettbewerbsrecht zulässige Vertikalbeschränkungen auch in der Schweiz immer zulässig sind, würde dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit voll auf Genüge tun.

Eine weitere und umfassendere Anpassung der Vertikalbekanntmachung wäre demgegenüber auf einen Zeitpunkt zu verschieben, in welchem Klarheit über die gesetzgeberischen Absichten im Bereich von Vertikalabreden und die höchstgerichtliche Auslegung von Artikel 5 Absatz 4 KG besteht.

Der SAV regt schliesslich an, die französische Version des Entwurfs in sprachlicher Hinsicht zu überprüfen. Diese enthält einerseits noch offensichtlichere Fehler (z.B. Ziff. 12 lit. a, Ziff. 14 (i) oder Präambel lit. m.) und Inkonsistenzen (z.B. clients finals|finaux), andererseits

stimmt sie nicht mit der Terminologie der Vertikal-GVO und der Leitlinien überein (z.B. im Bereich Passivverkauf). Auch das französische Prüfschema wurde noch nicht angepasst und enthält immer noch den Satz: "La preuve d'une concurrence inter-marques ne suffit pas."

II. Revisionspunkte im Einzelnen

Sollte die Wettbewerbskommission an einer umfassenderen Überarbeitung der Vertikalbekanntmachung trotz den vorstehenden Argumenten festhalten, so ist zu den einzelnen Revisionspunkten folgendes vorzubringen:

A. Passivverkauf und Internet

Die Regelung des Internethandels in den revidierten Leitlinien der Europäischen Kommission gehört mit zu den umstrittensten Revisionspunkten. Die Formulierung der wettbewerblichen Beurteilung von Beschränkungen des Internethandels insbesondere in den Randziffern 52 – 56 ist das Ergebnis einer langen und eingehenden Abwägung der Interessen von Herstellern und Internethändlern. Die Regelung ist entsprechend ausführlich und enthält zahlreiche Regeln, Ausnahmen und Beispiele. Eine Angleichung des schweizerischen Rechts in diesem Bereich kann sinnvollerweise nur durch eine vollständige Übernahme der entsprechenden Bestimmungen in den Leitlinien oder aber durch einen allgemeinen Verweis auf die Vertikal-GVO und die Leitlinien erreicht werden. Das Herausbrechen nur eines einzigen Satzes aus der umfassenden Regelung im europäischen Wettbewerbsrecht und erst recht eine inhaltlich abweichende Wiedergabe der europäischen Regelung führen demgegenüber höchstens zu Rechtsunsicherheit und provoziert wettbewerbsrechtliche Verwaltungsverfahren und Zivilprozesse, welche auf falschen Prämissen fussen. Der vorgeschlagene (und sprachlich völlig verunglückte) neue Satz am Ende von Ziffer 3 entspricht auf jeden Fall in seiner absoluten Formulierung und insbesondere durch Einbezug von Medien in keiner Weise den Definitionen, die sich in Randziffer 52 der Leitlinien finden.

Der SAV beantragt deshalb die Streichung dieses neuen Satzes in der Definition von passivem Verkauf in Ziffer 3 des Vernehmlassungsentwurfs. Die Erfassung des Internethandels als grundsätzlich passive Verkaufsmethode (allerdings mit allen Ausnahmen und Vorbehalten) kann durch einen klaren Verweis auf die Verbindlichkeit der EU-Leitlinien erreicht werden.

B. Gesetzgeberische Systematik: Vermutungstatbestände | Erheblichkeit | Rechtfertigung

Die gesetzgeberische Systematik von Vermutungstatbeständen, Erheblichkeit und Rechtfertigung ist einer der Hauptgründe, welche eine Angleichung der Regeln in der Schweiz an jene in der Europäischen Union erschweren. Das Bemühen der Wettbewerbskommission um eine klarere Darstellung der Systematik dieses Entscheidungsrasters ist zwar grundsätzlich

zu begrüßen, wobei allerdings die Betonung dieser schweizerischen Systematik dem Ziel der Annäherung an die EU-Regeln zuwiderläuft.

Ziffer 10: Die Streichung von Satz 2 in Ziffer 10 Absatz (1) lit. a) und die Streichung der alten Absätze (2) und (3) von Ziffer 10 sind zu begrüßen, da diese Bestimmungen angesichts des klaren Gesetzeswortlauts unnötig sind. Auch die neuen Bestimmungen Ziffer 10 Absatz (2) und (3) sind allerdings entbehrlich, da sie gegenüber dem Gesetzestext von Artikel 5 Absatz 4 KG in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 1 KG keinen Mehrwert darstellen. Diese beiden neuen Absätze sind nach Ansicht des SAV zu streichen.

Ziffer 11: Die Neuregelung von Ziffer 11 zur Widerlegung der Vermutung ist zu begrüßen, da sie die Rechtsunsicherheit im Bereich der Bedeutung von Interbrand-Wettbewerb beseitigt. Diese Klärung ist aus Sicht der Unternehmen und der Praktiker ausserordentlich wünschbar.

Ziffer 12: Die Neuformulierung von Ziffer 12 Absatz (2) lit. b iii) hinsichtlich Beschränkungen des Verkaufs in selektiven Vertriebssystemen ist nicht der endgültigen Version der neuen Vertikal-GVO angepasst. Diese lautet in Artikel (4) lit. b iii) "mit Ausnahme (...) der Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets." Die Europäische Kommission hat bewusst nicht auf das Bestehen eines solchen Systems abgestellt, da damit Wiederkaufsbeschränkungen nicht möglich wären, wenn ein Hersteller ein selektives Vertriebssystem erst aufbaut und noch nicht in sämtlichen Märkten etabliert hat, indem ein selektiver Vertrieb geplant ist. Abzustellen ist deshalb auf das Gebiet, in welchem der Hersteller ein selektives Vertriebssystem einzurichten beabsichtigt. Die Formulierung ist entsprechend jener in der Vertikal-GVO anzupassen.

C. Preisempfehlungen

Die Neuformulierung in Ziffer 12 Absatz (2) lit. a) ist zu begrüßen, da sie im Wesentlichen der Regelung im europäischen Wettbewerbsrecht entspricht. Entbehrlich und zu streichen ist demgegenüber Ziffer 10 Absatz (3), welcher angesichts der breiten Definition von Abreden und abgestimmten Verhaltensweisen in Artikel 4 Absatz 1 KG keine eigenständige Bedeutung hat. Unklar und aufgrund der Unternehmenspraxis nicht nachvollziehbar ist auch, wie ein absoluter Gebietsschutz in Empfehlungsform bewirkt werden soll.

Ebenfalls keine Klärung, sondern eine offene Diskrepanz gegenüber dem europäischen Wettbewerbsrecht schaffen die Formulierungen im letzten Satz von lit. (m) der Präambel sowie in der ganzen lit. (n). Diese bestehen einerseits in einer Paraphrasierung der ursprünglichen Regeln von Ziffer 11, andererseits versuchen sie die Fallpraxis aus dem Hors-Liste-Fall festzuschreiben. Da dieser Fall wie erwähnt zurzeit gerichtlich überprüft wird, ist die Aufnahme dieser Formulierungen in die Präambel schon deshalb abzulehnen. Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, wie Erwägungsansprüche in der Präambel die Rechtssicherheit bei Preisempfehlungen gewährleisten sollen, wie die Wettbewerbskommission in

ihrem Schreiben zur Vernehmlassung behauptet. Wenn die fraglichen Kriterien für die Beurteilung von Preisempfehlungen wichtig sind, müssten sie folgerichtig in die Bekanntmachung selbst aufgenommen werden.

Die Präambel erscheint unter diesem Gesichtspunkt insgesamt als zu lang und wäre nach Ansicht des SAV im Sinne der Schaffung von Rechtssicherheit erheblich zu kürzen. Materielle Regelungen bzw. Aussagen zur Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG gehören ausschliesslich in den Haupttext der Bekanntmachung.

D. Marktanteilsvermutung

In lit. (c) der Präambel und Ziffer 15 Absatz (2) soll die neue Regelung der Vertikal-GVO von Artikel 3 übernommen werden.

In grundsätzlicher Hinsicht ist anzumerken, dass die Aufnahme dieses zweiten Marktanteilsschwellenwerts in die Vertikal-GVO in der Konsultation zu den am meisten umstrittenen Revisionspunkten gehörte.

Die Vorbehalte gegenüber der Einführung einer zweiten Marktanteilsschwelle kamen nicht bloss von Händlerseite, sondern auch von Herstellerseite. Sie gründeten vor allem auf der schwierigen Justizialibität der zweiten Marktanteilsschwelle. Bereits die herstellerseitigen Marktanteile der alten Vertikal-GVO waren oftmals schwer zu ermitteln. Dies gilt aber in viel beträchtlich höherem Ausmass für die Ermittlung von Marktanteilen auf der Händlerseite. Zum einen handelt es sich auf der Händlerstufe oftmals um räumlich wesentlich enger definierte Märkte, zum anderen existieren häufig kaum verlässliche Marktanteilsdaten. Angesichts des Safe-Harbour-Charakters der Vertikal-GVO hat die Einführung der zweiten Marktanteilsschwelle zur Folge, dass bei Zweifeln über das Erreichen der händlerseitigen Marktanteilsschwelle die beteiligten Unternehmen sich nicht auf die Regeln der Vertikal-GVO verlassen können, sondern eine auf den Einzelfall bezogene Selbsteinschätzung durchführen müssen. Während die Anwendung der Regeln der Vertikal-GVO durch das Unternehmen beziehungsweise seine internen Juristen selbst vorgenommen werden kann, bedarf die Selbsteinschätzung meist den Beizug externer Anwälte oder gar die Erstellung eines Gutachtens mit den entsprechenden Kostenfolgen.

Die in der EU gegen die Einführung des zweiten Marktanteilsschwellenwerts vorgebrachten Vorbehalte gelten im gleichen – wenn nicht angesichts des kleinen Marktes sogar in vermehrtem – Mass natürlich auch in der Schweiz. Da es sich bei dieser Marktanteilsschwelle nicht um eine materielle Regel, sondern lediglich um eine Voraussetzung der Anwendbarkeit der Safe-Harbour-Regeln handelt, würde die Zielsetzung einer möglichst hohen Kongruenz zwischen den schweizerischen und den europäischen Wettbewerbsregeln in diesem speziellen Fall einer abweichenden Schweizer Regelung nicht entgegenstehen. Der SAV beantragt deshalb den Verzicht auf die Übernahme der zweiten Marktanteilsschwelle.

Sollte die Wettbewerbskommission an der Aufnahme eines zweiten Marktanteilsschwellenwerts festhalten, so müsste aber die Regelung tatsächlich kongruent mit jener in der revidierten Vertikal-GVO erfolgen. Dies ist indessen in Ziffer 15 Absatz (2) gerade nicht der Fall, da die Formulierung "keines der an der Abrede beteiligten Unternehmen einen Anteil von mehr als 30 % am relevanten Markt hält" gegenüber jener in der Vertikal-GVO unpräzise ist. Um Unklarheiten zu vermeiden, wäre es deshalb angezeigt, in Ziffer 15 Absatz (2) die gesamte Regelung von Artikel 3 Absatz 1 und 2 der Vertikal-GVO zu übernehmen. Aus dem gleichen Grund der Kongruenz mit europäischem Recht müsste erneut ein Global-Verweis auf die Leitlinien zur Geltung kommen, da diese gerade im Bereich des Einzelhandels neue Regelungen enthalten (upfront access payments, category management).

Gerne hoffen wir, dass unseren Überlegungen und Argumenten Beachtung geschenkt wird.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband:

Avv. Brenno Brunoni, Präsident SAV