

## **Vernehmlassung zum Entwurf des Merkblatts und des Formulars zum Widerspruchsverfahren**

Die Studienvereinigung Kartellrecht e.V. bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf des Merkblatts und des Formulars zum Widerspruchsverfahren. In den nachfolgenden Bemerkungen geht die Studienvereinigung auf den Entwurf ein, würdigt ihn und regt gewisse Änderungen und Ergänzungen an.

### **Generelle Vorbemerkungen**

Das in Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG verankerte Widerspruchsverfahren gibt dem Rechtsunterworfenen bloss die Illusion, dass er mit diesem Mittel Gewissheit über die Zulässigkeit einer geplanten, möglicherweise kritischen Verhaltensweise erhalten kann. Tatsächlich müssen die betroffenen Unternehmen nach aktueller Praxis bis zur Meldung mit der Umsetzung der Verhaltensweise zuwarten. Da die Wettbewerbskommission unter Umständen die Beurteilung eines zukünftigen Sachverhalts verweigert, müssen die betroffenen Unternehmen alsdann selbst das Risiko im Falle einer Umsetzung abwägen und die Verhaltensweise umsetzen, und zwar im vollen Bewusstsein, dass sie zur Vermeidung von Sanktionsrisiken umgehend wieder eingestellt werden muss, wenn die Behörde daran Bedenken anmeldet.

Mit Blick auf diese Umstände überrascht es daher nicht, dass das Widerspruchsverfahren nach anfänglicher Popularität (40 Meldungen im Jahr 2004) zumindest statistisch in den Krebsgang gewechselt hat (nach ständig fallender Tendenz erfolgten im Jahr 2013 nur noch 7 Meldungen). Dieser Umstand dürfte wohl nicht so zu deuten sein, dass es heute weniger kritische Fälle gibt. Vielmehr dürften solche Sachverhalte nicht mehr gemeldet, aber auch nicht umgesetzt werden. Die Sanktionsdrohung von Art. 49a Abs. 1 KG hat damit eine überschüssend abschreckende Wirkung, die der einer Wettbewerbswirtschaft immanenten Innovationskraft insgesamt eher Schaden zufügt.

Vor dem Hintergrund des Gesagten wäre es eigentlich wünschenswert, wenn sich aus der Überarbeitung von Merkblatt und Meldeformular Verbesserungen gegenüber dem Status quo ergeben würden. Denkbar und de lege lata möglich wären etwa:

- Selbstverpflichtung der Wettbewerbskommission zur Einhaltung von kürzeren Bearbeitungs- bzw. Beurteilungsfristen – gegebenenfalls unter dem Vorbehalt, dass die meldenden Unternehmen eng mit der Behörde kooperieren.
- Klarstellung, dass nur bei ernsthaften Bedenken eine Vorabklärung eröffnet wird.

Die konzeptionellen Schwächen des Widerspruchsverfahrens wären damit zwar nicht ausgeräumt, aber doch etwas abgemildert.

### **Begriffe / Analyseraster**

Ziff. 10 des Merkblatts führt neu den Begriff "betroffenes Marktumfeld" ein. Gemäss Ziff. 10 umfasst dieser "alle Geschäftsbeziehungen, wirtschaftlichen Tätigkeiten sowie Waren und Dienstleistungen", auf die sich eine Wettbewerbsbeschränkung bezieht oder auswirkt. Fussnote 3 stellt sodann klar, dass dieser Begriff weiter als der kartellrechtlichen Begriff des "relevanten Markts" zu fassen bzw. verstehen sei. Ziff. 19 weist darauf hin, dass eine erleichterte Meldung z.B. möglich sei, wenn das Sekretariat das betroffene Marktumfeld bereits aus früheren Verfahren kenne. Schliesslich verlangen Ziff. 7.4., 8.5 und 9.7 des Meldeformulars, dass das betroffene Marktumfeld genauer erläutert wird.

Die Einführung des in der wettbewerbsrechtlichen Praxis bislang unbekanntes Begriffs des "betroffenen Marktumfelds" legt die Frage nahe, ob die Wettbewerbskommission von der im In- und Ausland bewährten Praxis einer präzisen Marktabgrenzung Abstand zu nehmen beabsichtigt. Die Bestimmung des relevanten Marktes gilt als auch von der Wettbewerbskommission anerkannter und notwendiger Arbeitsschritt im Rahmen der kartellrechtlichen Analyse eines Verhaltens, wobei Zweck der Marktabgrenzung die Bestimmung der Wettbewerbskräfte ist, die auf ein bestimmtes Unternehmen einwirken.

Das offenbar über den "relevanten Markt" hinausreichende tatsächliche Interesse der Wettbewerbskommission (so ausdrücklich die Fussnote 3) ist vor dem Hintergrund des gerade Gesagten erklärungsbedürftig. Beabsichtigen beispielsweise zwei Automobilzulieferer eine Forschungs- und Entwicklungskooperation (z.B. im Bereich von Sicherheitsgurten), so ist ohne weiteres davon auszugehen, dass sich diese Abrede auf den Markt der Autoproduktion auswirkt, die Autoherstellung mithin zum "betroffenen Marktumfeld" gehört. Gemäss Ziff. 3.1.3, 7.4, 8.5 und 9.7 des Meldeformulars müssten die Kooperationspartner also dieses "Marktumfeld" sehr detailliert erläutern. Den Kooperationspartnern wird mithin eine Kenntnis von Marktverhältnissen abverlangt (Autoherstellung und -vertrieb, auch andere Zuliefermärkte, etc.), die offensichtlich fernab ihres Aktivitätsbereichs sind.

Diese fallweise durchaus massive Ausweitung des Untersuchungsgegenstands kann erstens nicht im Interesse der Wettbewerbskommission und im Dienste einer raschen, effizienten Erledigung einer Meldung sein. Zweitens dürften derart weitgehende Anforderungen an eine Meldung i.S.v. Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG einen klar negativen Anreiz für das Meldewesen darstellen. Drittens ist das praktische Bedürfnis an einer solchen Ausweitung des Untersuchungsgegenstandes nicht dargetan; insbesondere kann die Behörde allfällig als relevant erachtete zusätzliche Fakten mittels konkreten Rückfragen klären. Wir würden es daher begrüessen, wenn auf dieses neue Meldeerfordernis verzichtet würde.

### **Meldendes Unternehmen**

Gemäss Ziff. 11. erfolgt eine Sanktionsbefreiung aufgrund der Meldung nur für das bzw. die meldenden Unternehmen. Dies stellt eine abzulehnende Änderung der bisherigen Praxis dar, die eine solche Voraussetzung bislang nicht gekannt hat. Insbesondere bei vertikalen Vertriebsverhältnissen führt diese Praxisänderung zu einer erheblichen Verkomplizierung. Wird zum Beispiel ein schweizweites selektiv Vertriebssystem errichtet, so ist es nicht praktikabel, wenn Dutzende von Vertriebshändlern in das Verfahren einbezogen werden müssen, einzig um deren Sanktionsbefreiung sicherzustellen. Zudem ist im Zeitpunkt der Meldung allenfalls noch gar nicht absehbar, welche weiteren Vertriebshändler in das Vertriebssystem aufgenommen werden, so dass für zukünftige Händler aufgrund der Formulierung in Ziff. 11 immer ein latentes Sanktionsrisiko bestehen würde. Dies sollte entsprechend klargestellt werden.

### **Rechtsfolgen der Meldung**

Gemäss Ziff. 22 wird von einer Sanktionsbefreiung "nur das in der Meldung explizit beschriebene Verhalten" erfasst. Dieser Vorbehalt ist berechtigt, soweit die Parteien Teile ihres Vorhabens den Wettbewerbsbehörden verheimlichen. Auch ist es legitim, dass eine Sanktionsbefreiung nur für Verhaltensweisen gelten kann, soweit die Wettbewerbsbehörden hiervon Kenntnis haben. Der Vorbehalt erfasst in Ziff. 22 indessen auch Fälle, wo eine derartige Einschränkung nicht gerechtfertigt ist:

Einmal erscheint es als unnötiger Formalismus, eine explizite Beschreibung in der Meldung als massgebend zu erklären. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Sanktionsbefreiung nicht für Verhaltensweisen gelten soll, die nicht in der Meldung beschrieben wurden, dem Sekretariat aber aus anderen Unterlagen bekannt sind. Zu denken ist einmal an Verhaltensweisen, die nicht in der Meldung selbst beschrieben sind, sondern aus einer Beilage hervorgehen (z.B. dem beigelegten Vertrag). Auch kann es vorkommen, dass die Parteien, z.B. auf Fragebogen des Sekretariats hin, ihr Verhalten konkretisieren oder ändern. Solche Umstände sind dann dem Sekretariat bekannt und es gibt keinen Grund, weshalb sich die Sanktionsbefreiung nicht auf sie beziehen soll.

Zweitens wirft das Wort „explizit“ Auslegungsfragen auf. Wann ist eine Verhaltensweise "explizit" beschrieben? Reicht es, dass sich die Verhaltensweise aus dem Kontext ergibt? Oder muss diese ausdrücklich beschrieben werden? Reicht es beispielsweise, dass man sagt, es sei eine Einkaufskooperation geplant oder muss explizit gesagt werden, dass diese Einkaufsgemeinschaft (wie jede Einkaufsgemeinschaft) einen Austausch über die geplanten Einkaufspreise beinhaltet?

Drittens ist ganz allgemein zu beachten, dass nicht ohne weiteres vorhersehbar ist, welche Verhaltensweisen von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfasst werden und welche nicht. Die Wettbewerbskommission hat Art. 5 Abs. 3 KG bereits auf Abreden angewendet, die intuitiv nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG fallen wie etwa Abreden betreffend Mindestabnahmemengen (RPW 2012/2, Rz. 108 ff., FTTH Freiburg) und über die Kosten der Miete der Kabelkanalisationen (Rz. 96). Bei den meisten dieser Abreden ist diese Subsumtion im Lichte der vorangehenden Praxis nicht ohne weiteres vorhersehbar.

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ist nicht Gegenstand dieser Stellungnahme. Sie lässt aber bezweifeln, ob es den meldenden Unternehmen - insbesondere wenn sie eine Meldung ohne anwaltliche Beratung oder ohne Mandatierung eines Kartellrechtsspezialisten einreichen – hinreichend klar sein kann, welche Abreden/Verhaltensweisen potentiell sanktionsbedroht sind. Die von der Wettbewerbskommission vorgeschlagene Einschränkung steht auch in markantem Widerspruch zum verwaltungsverfahrensrechtlichen Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG), der auch im Widerspruchsverfahren Geltung beansprucht. Die Wettbewerbskommission muss auch in diesem Verfahren für eine richtige und vollständige Abklärung des Sachverhalts besorgt sein. Es wäre jedenfalls nicht angängig, wenn sie, nach einer zunächst positiven Beurteilung einer Verhaltensweise zu einem späteren Zeitpunkt dazu eine Bussenverfügung erlassen würde, da sie die Unzulässigkeit gewisser ihr offengelegter Elemente erst später erkannt hat, weil sie diesen keine Beachtung geschenkt hat.

Die aus der Ziff. 22 resultierende Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit einer Meldung i.S.v. Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG dürfte einen klar negativen Anreiz für das Meldewesen darstellen. Wir würden es daher begrüßen, wenn auf diese neue Einschränkung verzichtet würde.