

Die Tücken aktueller bundesrätlicher Vorhaben

Liberales Institut, Zürich, 25. Oktober 2012

Prof. Dr. Marc Amstutz

Zeitliche Überstürzung:

- 17.8.2011: Auftrag des BR ans EVD, harte Kartelle zu verbieten (Verbotsprinzip)
- 23.9.2011: Vorentwurf (mit erläuterndem Bericht)
- 5.10.2011: Konferenzielle Vernehmlassung
- 10.10.2011: Ablauf der Vernehmlassungsfrist
- 16.11.2011: Auftrag des BR, E zu erarbeiten
- 30.1.2012: Vernehmlassungsbericht des seco
- 22.2.2012: Entwurf (mit Botschaft)

Implikation

Art. 27 und 96 BV

Kartellgesetz (KG)

- Bundesverfassung sieht **Wirtschaftsfreiheit** vor
- Freiheit hat Tendenz sich **selber aufzuheben**
- In der Wettbewerbswirtschaft erlaubt die Wirtschaftsfreiheit (Vertragsfreiheit) auch **Kartelle**
- Deshalb muss eine **Grenze** zwischen wirtschaftlich und sozial schädlichen (illegitimen) Kartellen und unschädlichen (legitimen) Kartellen gezogen werden
- Diese Aufgabe wird vom **Kartellgesetz** (KG) wahrgenommen
- Das KG ist deshalb **materielle Wirtschaftsverfassung**

Revisionsgrund

Offizielle Angabe: Bekämpfung der Frankenstärke.

Re vera: Kein Zusammenhang mit KG (Kausalität?).

Problem: Legitimation einer Gesetzesrevision hängt von einem guten Grund ab.

Beobachtung: Im erläuternden Bericht und in der Botschaft bleibt die Frage der Frankenstärke letztlich unerörtert.

Revisionsgrund

Das wahre Revisionsmotiv:

"Die Behörden sind nach geltendem Recht quasi durchgehend gezwungen, eine Prüfung der Auswirkungen einer Abrede vorzunehmen. Diese Erheblichkeitsprüfung, die in dieser Form bei harten Abreden international unbekannt ist, belastet die Verfahren und führt zudem zu Rechtsunsicherheit, da sich nur mit grösstem Aufwand und nur selten eindeutig feststellen lässt, ob eine Abrede den Wettbewerb 'erheblich beeinträchtigt' oder nicht" .

Erläuternder Bericht,
Teilkartellverbot mit
Rechtfertigungsmöglichkeit:
Anpassung von Artikel 5
Kartellgesetz gemäss
Entscheidung des Bundesrates
vom 17. August 2011,
23.9.2011, 5.

Vgl. auch Botschaft zur
Änderung des Kartellgesetzes
und zum Bundesgesetz über
die Organisation der
Wettbewerbsbehörde vom
22. Februar 2012, 3926.

Materiellrechtliche Änderung

Technik für die Umsetzung dieses Vorhabens:

Erläuternder Bericht,
Teilkartellverbot mit
Rechtfertigungsmöglichkeit:
Anpassung von Artikel 5
Kartellgesetz gemäss Entscheid
des Bundesrates vom 17.
August 2011, 23.9.2011, 5.

Vgl. auch Botschaft zur
Änderung des Kartellgesetzes
und zum Bundesgesetz über
die Organisation der
Wettbewerbsbehörde vom 22.
Februar 2012, 3940 ff.

"[Die Revision beabsichtigt], bei den besonders schädlichen Abreden nach den heutigen Absätzen 3 und 4 [sc. von Art. 5 KG] auf das Erfordernis des Nachweises der Erheblichkeit zu verzichten und vorzusehen, dass die Unzulässigkeit allein an der Form der Abrede anknüpft und nicht auch noch an deren Wirkungen. Vorbehältlich einer Rechtfertigung im Einzelfall wird das Vereinbaren solcher Absprachen mit anderen Worten neu per Gesetz grundsätzlich für unzulässig erklärt".

Materiellrechtliche Änderung

Erläuternder Bericht,
Teilkartellverbot mit
Rechtfertigungsmöglichkeit:
Anpassung von Artikel 5
Kartellgesetz gemäss
Entscheid des Bundesrates
vom 17. August 2011,
23.9.2011, 3.

Erl. Bericht 2011: *"Der grundlegende Unterschied zum geltenden Recht ... soll darin bestehen, dass die **Unzulässigkeit an die Form der Abrede anknüpft**, nicht mehr an deren ökonomischen Wirkung ..."*.


Botschaft zur Änderung des
Kartellgesetzes und zum
Bundesgesetz über die
Organisation der
Wettbewerbsbehörde vom
22. Februar 2012, 3926.

Botschaft 2012: *„Dabei ist zu beachten, dass das Gesetz **nicht an der äusseren Form einer Abrede anknüpft**, sondern am ökonomischen Gehalt der Abrede“*.

Art. 4 Abs. 1 KG

Art. 5 Abs. 2 KG

Kollusion (Abrede)



Wirkungsanalyse



Rechtfertigungs-
möglichkeit

Kollusion (Abrede)



Rechtfertigungs-
möglichkeit

Art. 5 Abs. 2 E

Feststellung:

Art. 5 II E stellt wettbewerbspolitisch einen
Rückschritt dar.

Warum?

Analyse

Grund:

Die in Art. 5 II E Abredekategorien werden weder im Gesetz definiert, noch ist vorgesehen, dass sie in einer Verordnung/Bekanntmachung präzisiert werden.

Beispiele:

RPW 2008/4, 544 ff.,
*Tarifverträge
Zusatzversicherung Kanton
Luzern.*

RPW 2006/1, 65 ff.,
*Kreditkarten/Interchange
Fee.; RPW 2006/4, 608 ff.,
Einführung einer DMIF für
Maestro-Transaktionen und
geplantes Preismodell von
Telekurs Multipay AG; RPW
2009/2, 131 ff., Geplante
Einführung einer DMIF für
das Debitkartensystem Visa
V Pay.*

Mangels Wirkungsanalyse werden diese Abredentypen formal qualifiziert. Auch unerhebliche oder wettbewerbsneutrale Wettbewerbsabreden müssen damit gerechtfertigt werden. Die damit einhergehenden Kosten sind volkswirtschaftlich ungerechtfertigt.

Schluss

Punkt 1:

Der Revisionsgrund ist z.Zt. **vage** und **unklar**.

Vorschlag 1:

Über diesen Grund sollte nochmals nachgedacht werden, um eine öffentliche Diskussion zu ermöglichen. Davon hängt die **Legitimation** der Revision ab.

Schluss

Punkt 2:

- a) Art. 5 II E ist unschlussig: Was ist eine „grundsätzlich unzulässige Abrede“?
- b) Art. 5 II E ist tatbestandsmässig ausufernd: Erfasst werden auch unerhebliche und wettbewerbsneutrale Wettbewerbsabreden.

Vorschlag 2:

Entwurf einer Verordnung/Bekanntmachung über die Abredekategorien von Art. 5 II E, die im Rahmen der Revision diskutiert wird.

Exkurs zum Schluss

- Die Motion Birrer-Heimo „Kartellgesetzrevision gegen unzulässige Preisdifferenzierungen“ (11.3984) verlangt, das KG mit einem Artikel zu unzulässigen Preisdifferenzierungen zu ergänzen.
- Dabei soll der Grundsatz festgehalten werden, dass Unternehmen, die ihre Markenprodukte im Ausland zu tieferen Preisen vertreiben als in der Schweiz, sich unzulässig verhalten, wenn sie sich weigern, Unternehmen oder Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz über ihre im Ausland gelegenen Vertriebsstellen zu den dort geltenden Preisen und Geschäftsbedingungen zu beliefern oder wenn sie Massnahmen treffen, um zu verhindern, dass Dritte auf Nachfrage hin in die Schweiz liefern können.