

Positionspapier

«Fair-Preis-Initiative» und indirekter Gegenvorschlag

I. Forderungen des sgv

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99.8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Vor diesem Hintergrund verlangt der sgv

- **Gute Rahmenbedingungen für den freien Wettbewerb, namentlich die Freiheit für Unternehmen, sinnvolle Kooperationen einzugehen.**
- **Vertragsfreiheit für Unternehmen, namentlich die Garantie der Freiwilligkeit der Austauschbeziehungen und der freien Preisgestaltung, wenn keine besonderen Verhältnisse von Marktmacht vorliegen.**
- **Die verhältnismässige Umsetzung des Kartellgesetzes, namentlich die Kongruenz von Schwere der Beeinträchtigung des Wettbewerbs und wettbewerbsrechtlicher Massnahmen.**
- **Die verhältnismässige Umsetzung der berechtigten Anliegen der Volksinitiative, namentlich ein verstärktes Vorgehen gegen Marktmacht und die Öffnung der Absatz- und Beschaffungsmärkte.**
- **Die Umsetzung der Anliegen der Volksinitiative auf gesetzlichem Weg, d.h. mit einem indirekten Gegenvorschlag, der ihre Anliegen aufnimmt.**

II. Ausgangslage

Die sogenannte «Hochpreisinsel Schweiz» ist schon seit mindestens 20 Jahren Gegenstand von politischen Diskussionen. Gemäss Bundesrat gehen die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem grenznahen Ausland vor allem auf das Lohn- und Kostenniveau sowie auf Regulierungen und Handelshemmnissen zurück. Der Bundesrat hat auch einen allgemeinen Massnahmenkatalog erarbeitet, um dagegen vorzugehen. Dieser Katalog ist jedoch in den Augen vieler Anspruchsgruppen nicht vollständig.

Das Schweizer Wettbewerbsrecht greift aufgrund mehrerer Praxisänderungen von Behörden und Gerichten – entgegen dem Willen des Parlaments – umgekehrt-proportional zur Schwere der Wettbewerbsbehinderungen ein. Absprachen werden hart verfolgt; der Missbrauch von Marktmacht, eine schwerere Form der Wettbewerbsbehinderung, wird nur in wenigen Fällen begegnet; Zusammenschlüsse, die schwerste Form der Behinderung, weil sie zur Marktbeherrschung führen können, werden praktisch nie untersagt. In der aktuellen Praxis in der Schweiz werden fast ausschliesslich Absprachen verfolgt, wohl weil sie leichter nachzuweisen sind, als Marktmacht und ihren Missbrauch.

Am 12. Dezember 2017 wurde die Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» eingereicht. Sie ist der Versuch, Beschaffungs- und Vertriebskanäle für KMU zu eröffnen und dabei gegen die sogenannte «Hochpreisinsel Schweiz» vorzugehen.

Sie setzt dabei vor allem auf die mittelschweren Wettbewerbsbeschränkungen an. Neben marktbeherrschenden Unternehmen sollen neu sogenannte relativ marktmächtige Unternehmen von der

kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle erfasst werden. Relativ marktmächtige Unternehmen dürften nicht ihre Marktmacht missbräuchlich einsetzen und Ausweichmöglichkeiten ihrer Marktgegenseite sperren; sie müssten auch verpflichtet werden, die von ihnen abhängigen Unternehmen unter den Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu den von ihnen vor Ort praktizierten Bedingungen zu beliefern oder von ihnen Waren und Dienstleistungen abzunehmen. Der selektive Vertrieb sollte aber weiterhin möglich sein. Diese Regelung würde sowohl für Unternehmen mit Sitz im In- als auch im Ausland gelten, jedoch wäre es gemäss Initiativtext relativ marktmächtigen und neu auch marktbeherrschenden Unternehmen erlaubt, Re-Importe ihrer Waren in das Produktionsland zu verhindern. Die Initiative fordert auch das Verbot des privaten Geoblockings.

Die von der Initiative vorgeschlagenen Massnahmen betrachtet der Bundesrat als ungeeignet und schädlich für den Schweizer Wirtschaftsstandort. Deshalb hat er einen indirekten Gegenvorschlag ausgearbeitet. Dieser sieht ebenfalls die ausdrückliche Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht im KG vor, schränkt dessen Geltungsbereich jedoch auf Fälle der wettbewerbsverzerrenden Abschottung des Schweizer Marktes durch international tätige Anbieter ein. Die Vorlage verzichtet damit auf die Erfassung rein nationaler Sachverhalte, die Aufnahme des Ausbeutungsmissbrauchs sowie die Regulierung von Nachfragemacht. Zudem enthält der indirekte Gegenvorschlag keine Reimport-Klausel, denn eine solche Regelung würde einerseits völkerwirtschaftsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz verletzen und andererseits dem Ziel des Abbaus der Hochpreisinsel Schweiz entgegenstehen. Weiter verzichtet er auf ein Verbot des privaten Geoblockings.

III. Beurteilung der Vorlagen

Grundlagen des Wettbewerbsrechts: Ein funktionierendes Wettbewerbsrecht ist ein wichtiges ordnungspolitisches Instrument. Dabei dient das Wettbewerbsrecht dem Schutz des Wettbewerbs. Das Wettbewerbsrecht muss also pragmatisch genug sein, um sowohl Unternehmenskooperationen zu akzeptieren als auch den Unternehmen Freiheiten in der Beschaffung und im Absatz der Güter zu geben. Zu diesen Freiheiten gehören die Freiwilligkeit von Verträgen sowie die freie Preisgestaltung, wenn kein missbräuchliches Verhalten im Zusammenhang mit Marktmacht vorliegt. Die Freiwilligkeit von Verträgen darf nicht so verstanden werden, dass Ausnahmen nicht zulässig sind (siehe Art. 13 Bst. b KG, siehe die langjährige Praxis der Gerichte).

Die aktuelle wettbewerbsrechtliche Praxis der Schweiz setzt dieses ordnungspolitische Instrument zunehmend ungenügend um. Dabei werden Absprachen am stärksten verfolgt; mit mittelschweren und schweren Behinderungen hingegen, welche allesamt mit dem Missbrauch von Marktmacht zu tun haben, wird freizügig umgegangen. Das benachteiligt KMU. Der sgv verlangt eine verhältnismässige wettbewerbsrechtliche Praxis, welche die rechtlichen Instrumente nach der Schwere der Wettbewerbsbehinderung ausgestaltet.

Im Folgenden werden die Vorschläge der Volksinitiative mit denen des Bundesrates, bzw. seines indirekten Vorschlags, kontrastiert. Der sgv will einen Gegenvorschlag auf der Gesetzesebene, der aber nahe an der Volksinitiative ausfällt.

Vorzüge der Volksinitiative: Das Anliegen der Volksinitiative, Beschaffungs- und Absatzkanäle im Schweizer Binnenmarkt und international zu öffnen, ist gerade aus der KMU Perspektive zu unterstützen. Dass die Initiative dabei auf den bestehenden Artikel 7 des Kartellgesetzes setzt, die relativ marktmächtigen Unternehmen zumindest bei erstmaligem Auffallen von den Sanktionen befreit und vor allem auf die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellgesetzes setzt, ist pragmatisch und zielführend. Generell ist die Ausweitung des Begriffes der Marktmacht und ihre Unterstellung unter die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle zu begrüssen. Der sgv unterstützt daher seine Verankerung im Kartellgesetz. Allerdings folgt der sgv dem Vorschlag der Volksinitiative für die Verankerung der Rechtskategorie – der Vorschlag des Bundesrates lehnt er ab.

Probleme der Volksinitiative: Die Volksinitiative will den Begriff der relativen Marktmacht in Artikel 4 einführen und die relative Marktmacht der Missbrauchskontrolle unter Artikel 7 unterstellen. Gemäss herrschender Lehre ist der geltende Begriff der Marktmacht bereits relativ – so wurde er in den Materialien zum Zeitpunkt seiner gesetzlichen Einführung erläutert (BBI 2001, S. 2022ff.). Es ist aber die Praxis der Wettbewerbskommission, welche diesen Begriff nicht entsprechend umsetzt.

Vorzüge des indirekten Gegenvorschlags: Der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrats hat keine Vorzüge. Im Willen, eine politische Lösung gegen die Volksinitiative vorzuschlagen, setzt er die Anliegen der Initiative nicht um. Im Gegenteil fällt er viel intrusiver als die Volksinitiative aus (siehe unten).

Probleme des indirekten Gegenvorschlags: Der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrats fügt – anders als der Vorschlag der Volksinitiative – einen neuen Artikel ins Kartellgesetz ein. Darin werden die unzulässigen Verhaltensweisen der relativ marktmächtigen Unternehmen geregelt. Der neue Artikel hat aber Mängel: Er reduziert den Geltungsbereich der Missbrauchskontrolle auf rein grenzüberschreitende Beziehungen. Er hält nur am Behinderungstatbestand fest; ohne den von der Initiative verlangten Ausbeutungstatbestand wäre der indirekte Gegenvorschlag in der Regel nicht auf den Detailhandel, die Hotellerie und die Landwirtschaft anwendbar, da diese Märkte traditionell national beziehungsweise lokal abgegrenzt werden.

Zusätzlich geht der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrates auf Forderungen der Volksinitiative nicht ein. Die Reimport-Klausel, welche die Initiative pragmatisch macht, wird aufgrund von völkerrechtlichen Bedenken verworfen – ironisch dabei ist, dass die gleichen Bedenken nicht bestehen, wenn die relative Marktmacht nur auf grenzüberschreitende Beziehungen angewendet werden kann. Auch das Verbot des privaten Geoblockings wird im Gegenvorschlag nicht thematisiert.

IV. Fazit

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv setzt sich für die Umsetzung der berechtigten Anliegen der Initiative ein. Diese sind vor allem die Öffnung der Absatz- und Beschaffungsmärkte für KMU, insbesondere die Stärkung der wettbewerbsrechtlichen Praxis im Umgang mit Marktmacht und ihrem Missbrauch. Diese Anliegen müssen unter Wahrung der unternehmerischen Freiheit und ohne weitere Aufstockung der Wettbewerbsbehörden umsetzbar sein. Der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft fordert das Parlament auf, einen Gegenvorschlag auf der gesetzlichen Ebene auszuarbeiten, der die folgenden Anliegen berücksichtigt:

- Die relative Marktmacht ist ins Kartellgesetz im Titel von Art. 7 KG und in Art. 7 Abs. 1 KG aufzunehmen (nicht in Form eines neuen Artikels 7a); damit untersteht sie der Missbrauchskontrolle.
- Der Begriff der relativen Marktmacht ist in Absatz- und in Beschaffungsmärkten anzuwenden und umfasst den Behinderung- sowie den Ausbeutungstatbestand (Art. 4 KG).
- Auf eine direkte Sanktionierung von relativ marktmächtigen Unternehmen ist zu verzichten.
- Die folgende Reimportklausel ist als neuer Abs. 3 in Art. 7 KG aufzunehmen: «Exportierte Waren dürfen nicht ins Produktionsland reimportiert werden, wenn diese Waren ohne weitere Bearbeitung weiterverkauft werden.»

Bern, 25. Oktober 2019

Dossierverantwortlicher

Henrique Schneider, stv. Direktor sgv
Telefon 031 380 14 38, E-Mail h.schneider@sgv-usam.ch