

Positionspapier

Revision Kartellgesetz – Parlamentarische Initiative „Altherr“

I. Forderungen des sgv

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 250 Verbände und gegen 300 000 Unternehmen. 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

- **Ein Kartellgesetz, das den Wettbewerb schützt und fördert;**
- **Ein Kartellgesetz, das den Akteuren im Markt Kooperations- und Koalitionsfreiheiten lässt;**
- **Ein Kartellgesetz ohne planwirtschaftliche Elemente wie Kontrahierungszwänge, Preiskontrollen, Beweislastumkehr oder Lieferpflichten;**
- **Ein Kartellgesetz, das nicht laufend revidiert wird, damit sich eine konsistente Praxis des Wettbewerbsrechts in der Schweiz entwickeln kann.**

II. Ausgangslage

Im Jahr 2014 konnte eine in die Irre geleitete Revision des Kartellgesetzes (KG) gestoppt werden: Kooperationsverbote mit Beweislastumkehr, mögliche Preiskontrollen, Lieferpflichten und eine Neugestaltung des Instanzenwegs in der Rechtsdurchsetzung waren einige ihrer Elemente. Der sgv führte eine breite Koalition gegen diese Änderungen an; mit einem zweifachen Nicht-Eintreten durch den Nationalrat konnte die Revision gestoppt werden. Praktisch gleichzeitig mit dem Nicht-Eintreten des Nationalrates wurde die parlamentarische Initiative 14.449 „Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland“ eingereicht, welche beinahe wortwörtlich eines der Anliegen der abgelehnten Revision übernimmt. Sie lautet:

„Das Kartellgesetz soll wie folgt ergänzt werden:

Art. 4 Abs. 2bis

Als relativ marktmächtige Unternehmen gelten einzelne Unternehmen, soweit von ihnen andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen, die sie hauptsächlich produzieren oder für ihren Betrieb benötigen, in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf anderen Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen.

Art. 7 Abs. 1

Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen ...“

Der Initiant begründet: „Viele KMU, Restaurants, Hotels, der Handel, grosse Unternehmen, aber auch Spitäler, Universitäten, die SBB und die öffentliche Verwaltung sind auf ausländische Produktionsmittel, Vorprodukte oder Vorleistungen angewiesen, müssen dafür in vielen Fällen jedoch weitaus mehr bezahlen als vergleichbare Nachfrager im Ausland. Dadurch werden die im Vergleich zum Ausland ohnehin schon höheren Produktionskosten und damit auch die Endpreise unnötigerweise zusätzlich

erhöht. Viele dieser Unternehmen müssen ihre Produkte im In- und Ausland im Wettbewerb mit im Ausland hergestellten Produkten absetzen. "Schweiz-Zuschläge" vermindern deren Wettbewerbsfähigkeit, was sich auf die Ertragslage und die Löhne sowie letztlich auf die Zahl der Arbeitsplätze negativ auswirkt. Überhöhte Importpreise haben auch zur Folge, dass viel Kapital zu den Lieferanten ins Ausland abfließt. Die "NZZ" nannte dies die "andere Abzockerei". "Schweiz-Zuschläge" zwingen die in der Schweiz produzierenden Unternehmen, höhere Preise als Wettbewerbspreise zu bezahlen. Das heisst, sie werden im Gegensatz zur ausländischen Konkurrenz praktisch gezwungen, ineffizient zu wirtschaften. Das sind volkswirtschaftliche Nachteile, die ins Gewicht fallen, zumal etwa ein Drittel aller KMU mehr als 50 Prozent ihrer Umsätze im Ausland generiert.“

III. Generelle Beurteilung der Vorlage

III.1 Allgemeines

Das KG dient dem Schutz des Wettbewerbs und nicht der Regulierung der Marktteilnehmer. Ja: Die Regulierung der Marktteilnehmer setzt den Wettbewerb – und damit die effizienzsteigernden Marktkräfte – ausser Kraft. Zudem: Gerade jetzt sollen die administrativen Belastungen und daraus resultierende Regulierungskosten für Unternehmen gesenkt werden. Die Pa.IV. hat das Potenzial, diese massiv zu erhöhen. Es ist darüber hinaus befremdend, dass nur wenige Monate nachdem das Parlament der KG Revision eine deutliche Abfuhr erteilt hat, ein Teil ihres Inhalts bereits wieder behandelt werden soll.

Die vorgeschlagene Regel lässt viele Fragen offen, was zu Rechtsunsicherheit führt. Dazu gehören die folgenden Aspekte: Gilt sie nur im grenzüberschreitenden Verkehr – wie ihr Titel es nahelegt – oder überhaupt? Gilt der Begriff der Marktmacht für alle Güter, bspw. auch für landwirtschaftliche Erzeugnisse, oder nur für bestimmte Güter? Was ist neu am Begriff der relativen Marktmacht im Verhältnis zum heutigen Begriff der Marktmacht?

Es ist zudem nicht klar, wie die Pa.IV. mit der Beweislast umgeht. Die heutige Vorstellung von relativer Marktmacht unterwirft das Verhalten des marktmächtigen Akteurs der disziplinierenden Wirkung des Wettbewerbs als Ganzes. Nach Vorschlag der Pa.IV., soll jedoch in jedem vertraglichen Verhältnis Marktmacht vorliegen, wenn eine der Seiten eine unilaterale und subjektive Abhängigkeit ausweisen kann. Welche Seite soll fortan was beweisen? Die Folgefrage, was passiert, wenn beide Seiten jeweils subjektive Abhängigkeiten voneinander nachweisen können, wird ebenfalls offen gelassen.

Es ist zudem kritisch zu überprüfen, ob der stipulierte Schutz einzelner Wettbewerber mit dem Schutz des Wettbewerbs an sich vereinbar ist. Auf jeden Fall ist es für die Rechtssicherheit abträglich, wenn die relative Marktmacht auf ein einzelnes Vertragsverhältnis reduziert wird. Genau deswegen ist nicht einzusehen, wie die vorgeschlagene Norm sich zu den KMU verhält. Gerade wenn der Massstab einzelne Vertragsverhältnisse sind, werden KMU oft zu einer Position der Marktdominanz erhoben, die sie nach objektiven Kriterien nicht haben.

Die Intention der vorgeschlagenen Regel ist eine Zweifache: Einerseits will man Preise senken können und andererseits Lieferungen an bestimmte Akteure durchsetzen können. Beides ist vor dem Hintergrund der Wirtschaftsfreiheit problematisch. Preise sind Ergebnisse von Verhandlungen und Präferenzen; das KG regelt jedoch die Voraussetzungen des Wettbewerbs und ihre Verzerrung; nicht die Ergebnisse des Wettbewerbs.

Insgesamt entsteht der Eindruck, dass die vorgeschlagene Regelung sehr kompliziert ausfallen wird, erhebliches Willkürpotenzial beinhaltet, die Aufgaben der Wettbewerbsbehörden wesentlich erweitert und letztlich aus dem Wettbewerbsrecht eine Art „Konsumentenschutz für Unternehmen“ macht.

III. 2 Zum Begriff der Marktmacht

Marktmacht ist immer ein relativer Begriff (schon im heute gültigen KG). Marktmacht ist nie absolut sondern immer relativ im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern. Dies ist im geltenden Art. 4 Abs. 2 treffend umschrieben mit „...in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang zu verhalten“. Das entspricht auch internationalem Standard. Es gibt drei mögliche Auslegungen des neuen Begriffes der relativen Marktmacht im Kontext des Schweizerischen KG:

1. Die vorgeschlagenen Art. 4 Abs. 2bis und Art. 7 Abs. 1 könnte als Präzisierung des geltenden Rechtes aufgefasst werden. Das müsste aber richtigerweise in Form einer Bekanntmachung und basierend auf Erfahrungen getan werden und nicht mit einem Gesetzestext. Damit ist er überflüssig.

Wie dem vorgeschlagenen Zusatz in Artikel 4 Abs. 2 KG (Absatz 2bis) zu entnehmen ist, will offenbar die relative Marktmacht individuelle Abhängigkeiten, insbesondere von KMU, erfassen. Dieser Vorschlag übersieht, dass die schweizerischen und europäischen Begriffe der Marktbeherrschung Abhängigkeitsverhältnisse bereits erfassen. Der Schweizer Gesetzgeber hat anlässlich der letzten KG-Revision den Marktbeherrschungsbegriff zudem noch explizit in diese Richtung hin präzisiert. In der entsprechenden bundesrätlichen Botschaft wird nämlich wörtlich ausgeführt, dass "bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen sind. Marktbeherrschung kann insbesondere auch bei einem Unternehmen vorliegen, das im Verhältnis zu Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung verfügt, oder bei einem Unternehmen, von welchem andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter abhängig sind." In diesem Fall bringt der Vorschlag gem. Pa.IV. also nichts; er ist überflüssig.

2. Der Begriff könnte als Schweizer Neuerung verstanden werden. Der Begriff der relativen Marktmacht ist in den meisten ausländischen Wettbewerbsordnungen unbekannt. Die Schweiz führte damit einen neuen Rechtsbegriff ein, der namentlich im Verkehr mit der EU Interpretationsprobleme bereiten wird.

Ein auf dem unbestimmten Begriff der Marktmacht basierendes Konzept kann nicht ohne weiteres mit dem Schweizer bzw. EU-Kartellrecht vermischt werden. Insofern ist auch die Systemkonformität fraglich. Das deutsche Recht, dem dieser Vorschlag entnommen wurde, basiert auf einer grundsätzlich anderen Terminologie, von der nun nicht einfach ungeprüft Teile ins schweizerische Recht übernommen werden können. Wenn wir nun noch unübliche Elemente ins Gesetz einbauen, schaffen wir grosse Unsicherheiten. Dies kann dazu führen, dass die Schweiz einfach nicht mehr beliefert wird und das wäre gerade für unsere KMU nur noch schwieriger. In diesem Fall wirkt sich diese schweizerische Neuerung verwirrend aus und macht die Rechtsdurchsetzung deswegen komplizierter (und langsamer).

3. Preisregulierung. Es handelt sich um eine wesentliche Erweiterung des Regulierungsinhaltes des vorgeschlagenen Art. 7a in der vom Nationalrat ursprünglich abgelehnten Revisionsvorlage. Mit dem Begriff der relativen Marktmacht wird die unter 7a gewollte Regulierung potenziell auf das Inland übertragen und gilt sowohl für Anbieter als auch für Nachfrager. Damit verabschiedet sich das KG von seinem Konzept, eine Rahmengesetzgebung zu sein und wird zum Regulierungs- und Interventionsinstrument. Das würde heissen, dass auch im Inland Preisvorgaben von der WEKO an Unternehmen gemacht werden könnten.

In Deutschland ist der Begriff eingeführt; dort ist er Gegenstand einer grossen Kontroverse. Viele deutsche Kartellrechtlerinnen und Kartellrechtler zeigen sich zufrieden, dass Deutschland diesen Begriff im Kontext der EU in der Praxis selten anwendet. Oft wird in der deutschen Diskussion der

Begriff der relativen Marktmacht als "bedenklich weit gefasst" eingestuft. Dadurch wird jeder Anbieter praktisch in seiner Preisbildungsfreiheit eingeschränkt. Die freie Preisbildung ist Teil der Wirtschaftsfreiheit und für das Funktionieren des Wettbewerbs unerlässlich. In diesem Fall wird Wirtschaftsfreiheit stark eingeschränkt und der Wettbewerb wird nicht geschützt. Es ist nicht Aufgabe der Weko, Preis-kontrolleur zu spielen.

Sollte der Begriff der relativen Marktmacht wie das deutsche Recht ihn vorsieht (aber selten appliziert) eingeführt werden, tritt der schlimmste Fall ein. Bei einer ungünstigen Rechtsentwicklung, ist nicht ausgeschlossen, dass KMU wie die folgenden besonders geschädigt werden:

- Starke Marken: Camille Bloch mit Ragusa, Kambly-Güezi, Roland-Salzstengeli, Jura-Elektroapparate.
- hochtechnologische Güter: Victorinox AG, AF Tinting Systems AG (Pigmente), MBT Schuhe, Scobalit AG (Glasfaser).
- besondere Vertriebskonzepte: Candrian Catering, Bindella, Hiltl.

IV. Fazit

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv lehnt die parlamentarische Initiative ab. Sämtliche Verhaltensregeln, die gemäss Art. 7 KG für marktbeherrschende Unternehmen aufgestellt worden sind, sollen neu auch für relativ marktmächtige KMU gelten. Das bedeutet, jedes KMU, das innovative Produkte hat oder ein Nischenplayer ist, wird wie internationale Konzerne wie Coca Cola oder BMW behandelt. KMU würden damit einem einschneidenden Interventions- und Sanktionsregime unterstellt. KMU müssten dann viel Geld für Juristen ausgeben, um sich in dieser undurchsichtigen Regulierung zurechtzufinden.

Bern, 20. April 2015

Dossierverantwortlicher

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