

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bern, 30. November 2018

Indirekter Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative

Vernehmlassungsantwort von SwissHoldings, dem Verband der Industrie- und Dienstleistungsunternehmen in der Schweiz

Sehr geehrte Damen und Herren

SwissHoldings dankt Ihnen für die Einladung, im Rahmen der oben genannten Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Gerne äussern wir uns dazu wie folgt:

Haltung von SwissHoldings:

- 1.** Die Einführung des Konzepts der **relativen Marktmacht** ist **ungeeignet, gegen die Hochpreisinsel Schweiz vorzugehen.**
- 2.** Das **Kartellrecht** muss weiterhin den **Schutz des wirksamen Wettbewerbs** bezwecken und **nicht die Beeinflussung der Preisgestaltung von Unternehmen** oder die Anordnung von **Liefer- und Kontrahierungspflichten.**
- 3.** SwissHoldings **lehnt** daher sowohl den **Indirekten Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative** als auch die **Volksinitiative** «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise» selbst **ab.**



Unsere Überlegungen im Einzelnen:

A. Grundsätzliche Bemerkungen	2
B. Beurteilung des indirekten Gegenvorschlags zur Fair-Preis-Initiative	2
1. Einleitende Bemerkungen	2
2. Das KG ist untaugliches Mittel zum Zweck, gegen die „Hochpreisinsel Schweiz“ vorzugehen	3
3. Allfällige Preisvorteile würden die Verbraucher nicht erreichen	5
4. Das im indirekten Gegenvorschlag enthaltene Konzept der relativen Marktmacht ist unausgewogen	6
5. Unsachgemässer Rechtsvergleich	6
6. Der indirekte Gegenvorschlag birgt das Risiko von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Nachfragemarkt in der Schweiz	7
7. Erhöhte Rechtsunsicherheit für Schweizer Konzerne mit Tochterunternehmen im Ausland	7

A. Grundsätzliche Bemerkungen

SwissHoldings hat Verständnis für das Ziel sowohl der Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise» (im Folgenden *Volksinitiative*) als auch des indirekten Gegenvorschlags des Bundesrates, die im Vergleich zum EU-Ausland hohen Konsumentenpreise in der Schweiz zu senken. Der indirekte Gegenvorschlag ist nach Ansicht von SwissHoldings indessen **ungeeignet, dem Phänomen der „Hochpreisinsel Schweiz“ wirksam Einhalt zu gebieten**. Insbesondere lassen sich die Gründe für die „Hochpreisinsel Schweiz“ **in keiner Weise auf kartellrechtsrelevantes Verhalten zurückführen**. Die eigentlichen Gründe für die "Hochpreisinsel Schweiz" liegen ausschliesslich jenseits der Regelungsbereiche des Kartellrechts (staatliche Handelshemmnisse, Schweizer Löhne und Mieten, Zölle), SwissHoldings möchte im Folgenden seine **wesentlichen Einwände gegen den indirekten Gegenvorschlag darlegen. Diese Vorbehalte gelten gleichermassen für die Volksinitiative.**

B. Beurteilung des indirekten Gegenvorschlags zur Fair-Preis-Initiative

1. Einleitende Bemerkungen

Es entspricht dem wettbewerbspolitischen Grundsatz nicht nur europäischer Kartellrechtsordnungen, dass Schutzgut eines Kartellgesetzes der wirksame Wettbewerb ist. Dies gilt insbesondere für die schweizerische Kartellrechtsordnung und für diejenige



der EU. Die Preisbildung wird vor dem Hintergrund des kartellrechtlichen Schutzzwecks dem freien Spiel der wettbewerblichen Kräfte überlassen, sofern die entsprechenden Preise nicht auf wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, insbesondere Kartelle, zurückzuführen sind (Artikel 1 KG). Dem entsprechend ist der Zweck des Kartellrechts gerade nicht die direkte Beeinflussung der Preisgestaltung von Unternehmen oder die Anordnung von Lieferpflichten oder Kontrahierungspflichten, wie dies die Volksinitiative, aber auch der Gegenvorschlag fordert.

Die geforderte explizite Aufnahme der Gewährleistung der Beschaffungsfreiheit bei relativ marktmächtigen Unternehmen im Ausland läuft dem Zweck des schweizerischen Kartellgesetzes (KG) zuwider. Auch der Gegenvorschlag bringt, wie die Fair-Preis-Initiative, schlussendlich einen Widerspruch zur verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit, ohne dass dies durch den ebenfalls verfassungsmässig vorgesehenen Schutz des Wettbewerbs gerechtfertigt wäre.

In der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle ist Normadressat richtigerweise (etwa nach Artikel 7 KG bzw. 102 AEUV) das marktbeherrschende (und nicht das relativ marktmächtige) Unternehmen. Der vorgeschlagene Wortlaut in Artikel 4 Abs. 2bis des KG würde eine rechtsdogmatisch diametral andere Richtung einschlagen und zwar in Richtung Konsumentenschutz. Eine solche Regelung gehört nicht ins KG.

2. Das KG ist untaugliches Mittel zum Zweck, gegen die „Hochpreisinsel Schweiz“ vorzugehen

Der Bundesrat führt in seinem «Erläuternde[n] Bericht zum indirekten Gegenvorschlag» vom 22. August 2018 eingehend aus, dass die hohen Preise in der Schweiz «in verschiedenen Ursachen begründet liegen» (S. 3). Hierzu zählt der Bundesrat insbesondere (i) die hohen Schweizer Löhne und Mieten, (ii) staatliche Handelshemmnisse sowie (iii) Zölle, Zollkosten und spezielle Zulassungsbedingungen. Private Wettbewerbsbeschränkungen wie z.B. Kartelle reduzierten gleichfalls die Wohlfahrt.

Es liegen also selbst aus Sicht des Bundesrates vielfältige Gründe für die hohen Preise in der Schweiz vor. Diesem Verständnis schliesst sich SwissHoldings an, möchte aber betonen, dass alle wesentlichen Gründe für die Hochpreisinsel Schweiz ausserhalb des Anwendungsbereichs des KG liegen. Das KG kann daher nicht als Mittel zur Lösung des Problems Hochpreisinsel dienen, dies auch nicht in der vom Bundesrat in seinem indirekten Gegenvorschlag vorgesehenen Form:

- Der indirekte Gegenvorschlag verkennt, dass Preisdifferenzierungen in einer freien Marktwirtschaft üblich und insgesamt wohlfahrtsfördernd sind. Kann zum Beispiel ein Anbieter für sein Produkt oder seinen Service in einem räumlichen Gebiet



einen besseren Preis erzielen als in einem anderen, so wird er dies tun. Legitime Preisunterschiede bestehen beispielsweise innerhalb der EU zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten, von denen einige sog. Hochpreisländer, andere Niedrigpreisländer sind. Dies sind volkswirtschaftliche Phänomene, welche das Kartellrecht ausdrücklich hinnimmt. Gründe für eine Absenkung der kartellrechtlichen Eingriffsschwelle von der Marktbeherrschung zur relativen Marktmacht bestehen nicht. Wenn die Preise in bestimmten Ländern oder Regionen verschieden sind, weil die Wirtschaftskraft und der Regulierungsrahmen sich unterscheiden, passen sich die Anbieter von Waren und Dienstleistungen dem an. Sie sind aber nicht die Ursache dieser Preisunterschiede. Vor diesem Hintergrund verkehren die Volksinitiative und der indirekte Gegenvorschlag die kausalen Zusammenhänge in ihr Gegenteil: Nicht das unternehmerische Verhalten bedingt die hohen Preise in der Schweiz, sondern die Wirtschaftskraft und der bestehende Regulierungsrahmen. Ändern sich diese Rahmenbedingungen, ändern sich auch die Preise.

- Das Kartellrecht ist nicht das geeignete Mittel, Preise zu kontrollieren oder politisch gewollte Preise durchzusetzen. Dies steht in fundamentalem Widerspruch zu den Wertungen des KG, die Preisbildung im freien Spiel der Kräfte zu erlauben. Preisbildungskontrolle, wie sie der indirekte Gegenvorschlag (gleich wie die Volksinitiative) beinhaltet, ist dem Kartellrecht grundsätzlich wesensfremd. Der vorgeschlagene Lösungsansatz ist daher bereits aus diesem Grunde fehlgehend.
- Konkret belastbare Angaben, dass gerade die Nichtbelieferung schweizerischer Kunden zu ausländischen Preisen die Hauptursache für das hohe Preisniveau in der Schweiz sei, lassen sich dem erläuternden Bericht nicht entnehmen. Die praktische Relevanz dieses Verhaltens für die vom Bundesrat angenommene Marktabschottung der «Hochpreisinsel Schweiz» bleibt leider offen. Wird aber konkret-individuell nicht aufgezeigt, ob das zukünftig unter das KG fallende Verhalten überhaupt makroökonomisch relevant ist, d.h. überhaupt spürbar zum erhöhten Preisniveau in der Schweiz beiträgt, so kann der sehr schwerwiegende Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit ausländischer Unternehmen in Form eines Belieferungszwangs nicht gerechtfertigt werden.
- Überdies wecken sowohl Volksinitiative als auch indirekter Gegenvorschlag unberechtigte Hoffnungen bei Schweizer Unternehmen, welche Vorprodukte vermutlich günstiger im Ausland beziehen könnten, wegen der praktizierten internationalen Preisdifferenzierung aber daran gehindert werden. Der Umsetzung auch der Bestimmungen des indirekten Vorschlags stehen grosse praktische und auch zeitliche Hürden entgegen. So wird in langjährigen Verfahren zu zeigen sein, dass tatsächlich keine ausreichenden und zumutbaren Alternativen bestehen, dass die Ware im Ausland mit der in der



Schweiz angebotenen Ware identisch ist, zu welchen «praktizierten Preisen und Geschäftsbedingungen» die Ware im Ausland angeboten wird, dass es tatsächlich eine Lieferverweigerung gibt und dass keine sachlichen Gründe für die Lieferverweigerung vorliegen. Auch schweigt der Gegenvorschlag zu wichtigen Auslegungsfragen, zum Beispiel ob mit den im Ausland «praktizierten» Preisen Brutto- oder Nettopreise gemeint sind, welche Anforderungen für das «Praktizieren» gelten sollen etwa bei jeweils individuell verhandelten Preisen usw. Diese komplexen Fragen werden in langjährigen Verfahren streitig zu entscheiden sein. Für die Rechtsdurchsetzung wird man zudem auf die Mithilfe der ausländischen Behörde angewiesen sein. Aus all diesen Gründen werden Volksinitiative und indirekter Gegenvorschlag gar nicht oder dann bloss in Einzelfällen und verbunden mit hohem Kosten- und Zeitaufwand umsetzbar sein. Zudem verfügt die Schweiz über Standortqualitäten (liberaler Arbeitsmarkt, qualifizierte Arbeitskräfte, funktionierende Infrastrukturen etc.), welche den Nachteil höherer Preise wettmachen.

3. Allfällige Preisvorteile würden die Verbraucher nicht erreichen

Ziel der Initianten der Fair-Preis-Initiative (und auch des indirekten Gegenvorschlags) ist es, das Preisniveau auf Konsumentenebene in der Schweiz zu senken. Eine alleinige Intervention auf der der Konsumentenebene vorgelagerten Marktstufe im Verhältnis Hersteller bzw. Lieferant – Händler kann dies jedoch nicht gewährleisten. Ob der allfällig begünstigte Nachfrager die Preisvorteile an die Konsumenten weiterreicht oder nicht, liegt weiterhin in dessen freiem Ermessen. Volksinitiative und Gegenvorschlag reden einem leeren Versprechen das Wort.

Hier besteht ein eklatanter Wertungswiderspruch: Um das Ziel niedrigerer Konsumentenpreise zu erreichen, müsste in letzter Konsequenz auch in die Wettbewerbsfreiheit der vom Eingriff auf Stufe Beschaffungsmarkt potentiell profitierenden Nachfrager eingegriffen werden. Das heisst, den Nachfragern müsste flächendeckend auferlegt werden, die Vorteile im Einkauf vollständig an die Verbraucher weiterzureichen. Dies will niemand. Zum einen kann es gute Gründe dafür geben, Einkaufsvorteile nicht immer vollständig, und insbesondere auch nicht immer «linear» für das konkrete Produkt, weiterzugeben. Dies gilt besonders dann, wenn der eingekaufte «Input» gar nicht eindeutig einem bestimmten (Weiterverkaufs-)Produkt oder einer entsprechenden Dienstleistung zugeordnet werden kann. Zum anderen aber entstünde durch eine solche «Weiterreichungs-Pflicht» eine staatlich festgelegte Preissetzung entlang der gesamten Wertschöpfungskette vom Hersteller bis zum Endkonsumenten. Der für sich bereits systemwidrige Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit (der Anbieterseite) würde so durch eine



zusätzliche Systemwidrigkeit (durch eine zusätzliche Preiskontrolle auf der Nachfragerseite bzw. Handelsstufe) perpetuiert.

4. Das im indirekten Gegenvorschlag enthaltene Konzept der relativen Marktmacht ist unausgewogen

Regelmässig zeichnet sich in der Schweiz das Bild eines konzentrierten Handels, der gegenüber seinen Lieferanten eine starke Verhandlungsposition innehat. Sähe man z.B. im bilateralen Verhältnis zwischen Hersteller und nachfragendem Händler den Hersteller als relativ marktmächtig gegenüber dem Händler an, nur weil eines seiner Produkte im Ausland relativ billiger angeboten wird als in der Schweiz, widerspräche dies in gewissen Fällen den wettbewerblichen Machtverhältnissen auf dem Schweizer Markt. Der Zwischenhandel kontrolliert den Zugang zu den Konsumenten und hat somit oftmals eine starke Verhandlungsposition gegenüber dem Hersteller/Lieferanten. Solche Überlegungen müssten in eine kartellrechtliche Beurteilung bilateraler Lieferbeziehungen grundsätzlich einfließen.

Der indirekte Gegenvorschlag erweckt den Eindruck, dass zu einseitig potentielle Marktabschottungseffekte verfolgt werden sollen, wobei dann die gleichfalls relevanten Marktmachtverhältnisse auf der nachgelagerten Marktstufe in der Schweiz aus dem Blick fallen. Auf die Einführung eines solch unausgewogenen Konzepts im Schweizer KG ist entsprechend bereits aus Gründen der konzeptuellen Logik zu verzichten.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Anwendungsbereich der relativen Marktmacht im deutschen Recht sowohl Anbieter und Nachfrager erfasst und insbesondere nur „kleine und mittlere Unternehmen“ schützt.

5. Unsachgemässer Rechtsvergleich

Der Rechtsvergleich mit dem europäischen Recht in Abschnitt 2.3 des erläuternden Berichts vom 23. August 2018 kommt zum Schluss, dass einige EU-Mitgliedstaaten Vorschriften zur relativen Marktmacht erlassen hätten. Ausser Deutschland, das den Begriff der relativen Marktmacht zwar im GWB aufgenommen hat, ihn aber nur im Zusammenhang mit (abhängigen) KMU anwendet, haben aber weder Frankreich, Österreich oder Italien diesen Begriff übernommen. Sie kennen lediglich ein Konzept der wirtschaftlichen Abhängigkeit.

Betreffend die deutsche Regelung ist zudem dogmatisch darauf hinzuweisen, dass dort – häufig übersehen – zwar mit § 20 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 GWB Regelungen betreffend das Verhalten von Unternehmen mit «relativer» oder «überlegener» Marktmacht bestehen. Diese enthalten aber ausdrücklich (anders als beim Verhalten



«marktbeherrschender Unternehmen») kein Verbot der sogenannten Preisspaltung (bzw. Preisdifferenzierung, um die es hier geht). Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB (im Hinblick auf gegenüber abhängigen KMU relativ marktmächtige Unternehmen) zwar auf § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB verweist, aber nicht die anderen Fälle des § 19 Abs. 2 GWB und damit nicht auf die Regelungen zur Preisspaltung. Der Begriff der relativen Marktmacht ohne zusätzliche einschränkende Tatbestandsmerkmale ist somit in Europa zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs in keinem Kartellgesetz enthalten.

6. Der indirekte Gegenvorschlag birgt das Risiko von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Nachfragemarkt in der Schweiz

Der indirekte Gegenvorschlag sieht nur eine Lieferpflicht an schweizerische Nachfrager vor. Schweizerische Nachfrager sollen von niedrigeren Auslandspreisen profitieren können. So eingängig dies auf den ersten Blick erscheinen mag, so problematisch dürfte dies in der Praxis sein: Man wird kaum erwarten können, dass alle schweizerischen Nachfrager in der Lage sein werden, im Ausland zu günstigeren Preisen zu beziehen. Für grössere Nachfrager wird dies einfacher möglich sein, da sie über die erforderlichen Kenntnisse ausländischer Marktverhältnisse verfügen und Logistikkapazitäten haben. Nachfrager, die hierüber nicht verfügen, wird der Bezug zu günstigeren Konditionen im Ausland schwerer fallen. Kommen nun aber nicht alle Wettbewerber auf der Nachfrageebene gleichermassen in den Genuss niedrigerer Preise, so führt dies zu Wettbewerbsverzerrungen auf dem schweizerischen Markt, die zu Marktaustritten führen können.

7. Erhöhte Rechtsunsicherheit für Schweizer Konzerne mit Tochterunternehmen im Ausland

Der indirekte Gegenvorschlag greift auch unter Rechtsschutzgesichtspunkten zu kurz. Er unterwirft ausländische Tochterunternehmen von Schweizer Konzernen dem schweizerischen KG, auch wenn diese faktisch autonom arbeiten und in ihrer Geschäftstätigkeit bisher keine oder nur sporadische Lieferbeziehungen zur Schweiz haben. Dasselbe gilt allgemein für ausländische Unternehmen ohne bisherige Berührung zur Schweiz. Der indirekte Gegenvorschlag verletzt zwar keine internationalen Verpflichtungen der Schweiz, schweigt jedoch zu der Frage, in welchen Konstellationen ein die Anwendbarkeit des KG auslösender Nexus zur Schweiz vorliegt. Hierdurch legt er Unternehmen im Ausland unverhältnismässige rechtliche Risiken auf.



Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass SwissHoldings **starke Vorbehalte sowohl gegenüber der Volksinitiative als auch dem indirekten Gegenvorschlag** hat und deshalb **beide Vorschläge ablehnt**. Die Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht ist ungeeignet, gegen die Hochpreisinsel Schweiz vorzugehen. **Die Probleme liegen jenseits des Kartellrechts.**

Wir danken Ihnen für die wohlwollende Prüfung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

SwissHoldings
Geschäftsstelle

A handwritten signature in black ink, appearing to read "G. Rumo".

Dr. Gabriel Rumo
Direktor

A handwritten signature in black ink, appearing to read "J. Beglinger".

Jacques Beglinger
Mitglied der Geschäftsleitung

SwissHoldings, der Verband der Industrie- und Dienstleistungskonzerne in der Schweiz, umfasst über 60 der grössten Konzerne in der Schweiz, die zusammen rund 70 Prozent der gesamten Börsenkapitalisierung der SIX Swiss Exchange ausmachen. Unsere Mitgliedfirmen beschäftigen global rund 1,6 Millionen Personen, rund 200'000 davon arbeiten in der Schweiz. Über die zahlreichen Dienstleistungs- und Lieferaufträge, die sie an KMU erteilen, beschäftigen die multinationalen Unternehmen der Schweiz – direkt und indirekt – über die Hälfte aller Angestellten in der Schweiz.



SwissHoldings-Vermehmassung-IGGV-Fair-Preis_final.docx

