

Erläuternder Bericht zum indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)»

vom 22. August 2018

Übersicht

Die am 12. Dezember 2017 vom Verein «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise» eingereichte Eidgenössische Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» fordert die Gewährleistung der diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland sowie die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, die durch einseitiges Verhalten von marktmächtigen Unternehmen verursacht werden. Zu diesem Zweck verlangt die Initiative eine Ergänzung von Artikel 96 Absatz 1 der Bundesverfassung und die Aufnahme einer neuen Ziffer in den Übergangbestimmungen.

Hiermit wäre insbesondere eine Anpassung des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 verbunden. Neben marktbeherrschenden Unternehmen sollen neu auch «relativ marktmächtige» Unternehmen von der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle erfasst werden. Beispielsweise müssten die Wettbewerbsbehörden und Gerichte unter gewissen Umständen auch die Preispolitik zwischen zwei Schweizer Unternehmen im Inland untersuchen, selbst wenn keines davon marktbeherrschend ist. Dies geht nach Ansicht des Bundesrates zu weit und gefährdet die Rechtssicherheit, die Wirtschaftsfreiheit und letztendlich Arbeitsplätze.

Überdies verlangt die Initiative die grundsätzliche Gewährleistung des diskriminierungsfreien Einkaufs im Online-Handel, insbesondere durch eine entsprechende Ergänzung des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb. Die Initianten fordern somit ein grundsätzliches Verbot des sogenannten (privaten) Geoblockings. Ein solch unilaterales Verbot der Schweiz, welches grundsätzlich gegen Anbieter gerichtet ist, die Waren und Dienstleistungen im Internet anbieten und ihre Geschäftstätigkeit im Ausland ausüben, wäre ohne entsprechende staatsvertragliche Regelungen mit anderen Ländern im Ausland mit grossen Durchsetzungsschwierigkeiten behaftet und somit nach Ansicht des Bundesrates wohl wirkungslos.

Die Initiative soll dem Parlament zur Ablehnung empfohlen werden. Der vorliegende indirekte Gegenvorschlag beinhaltet ebenfalls eine Anpassung des geltenden Kartellgesetzes und nimmt das von der Initiative vorgeschlagene Konzept der «relativen Marktmacht» auf, begrenzt dessen Anwendungsbereich jedoch auf Abschottungen des Schweizer Marktes. Von relativ marktmächtigen Unternehmen abhängige Unternehmen sollen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen grundsätzlich Waren und Dienstleistungen im Ausland zu den dort praktizierten Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen beziehen können. Damit wird die Kernforderung der Initiative erfüllt: Die Stärkung der Beschaffungsfreiheit von Schweizer Unternehmen im Ausland zur Erleichterung von Parallelimporten. Zugleich werden die dem Initiativtext innewohnenden negativen Konsequenzen für innenwirtschaftliche Geschäftsbeziehungen vermieden, die nicht von Marktabschottungen betroffen sind. Ein Verbot des privaten Geoblockings sieht der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrates nicht vor.

Inhaltsverzeichnis

1 Ausgangslage	3
1.1 «Hochpreisinsel» Schweiz.....	3
1.2 Geltendes Recht.....	4
1.3 «Fair-Preis-Initiative».....	5
1.3.1 Wortlaut der Initiative	5
1.3.2 Zustandekommen und Behandlungsfristen	6
1.3.3 Gültigkeit.....	6
1.3.4 Ziele und Inhalte der eidgenössischen Volksinitiative.....	7
1.3.5 Würdigung der eidgenössischen Volksinitiative.....	8
1.3.6 Haltung des Bundesrates	11
2 Grundzüge des indirekten Gegenvorschlags	12
2.1 Zweck der vorgeschlagenen Revision des KG	12
2.2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln im KG	15
2.3 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht	17
3 Auswirkungen.....	19
3.1 Auswirkungen auf den Bund	19
3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden.....	20
3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	20
4 Rechtliche Aspekte	22
4.1 Verfassungsmässigkeit	22
4.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	22
4.3 Unterstellung unter die Ausgabenbremse	23

1 Ausgangslage

1.1 «Hochpreisinsel» Schweiz

Konsumentinnen und Konsumenten sowie Unternehmen bezahlen in der Schweiz höhere Preise als Nachfragerinnen und Nachfrager im Ausland. So lagen beispielsweise 2017 der Preisniveauindex der Konsumausgaben der privaten Haushalte um 43 Prozent¹ und die Investitionskosten für Unternehmen um 29 Prozent² über dem Durchschnitt der EU-15 Länder.

Ein wesentlicher Faktor, der zu höheren Preisen auf dem Schweizer Markt führt, besteht in den hohen Schweizer Löhnen und Mieten, welche die inländische Herstellung von Gütern und Dienstleistungen im Vergleich zum (EU-)Ausland verteuern. Andererseits verursachen Massnahmen im öffentlichen Interesse (Landwirtschafts-, Umwelt-, Sozialpolitik etc.), die sich als Handelshemmnisse auswirken, ebenso wie Zölle und Zollkosten sowie spezielle Zulassungsbedingungen, Importkosten bei ausländischen Waren und Dienstleistungen, was ebenfalls zum hohen Preisniveau in der Schweiz beiträgt. Diese Faktoren erklären allerdings nur einen Teil des Preisunterschieds im Vergleich mit dem Ausland. Die hohen Löhne führen insbesondere auch zu einer vergleichsweise hohen Kaufkraft der Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten, wodurch letztere sowie inlandorientierte Unternehmen eine höhere Zahlungsbereitschaft für (dieselben) Produkte aufweisen können. Davon können Unternehmen, sofern kein (perfekter) grenzüberschreitender Wettbewerb herrscht, profitieren, indem sie höhere Preise auf dem Schweizer Markt verlangen und diese Zahlungsbereitschaft abschöpfen.

Staatliche Handelshemmnisse spielen bei der Abschöpfung der Zahlungsbereitschaft eine zentrale Rolle, denn technische Vorschriften und Einfuhrkosten begünstigen die Abschottung des Schweizer Marktes durch Unternehmen, womit in der Regel der Wettbewerb im Inland geschwächt wird. Einseitige Massnahmen³ privater Marktteilnehmer führen, sofern sie nicht marktbeherrschend sind, in der Regel nur aufgrund staatlicher Handelshemmnisse oder hoher Transportkosten zu einer Marktabschottung, da ansonsten mit einer Zunahme von Parallelimporten zu rechnen ist. Im Inland hingegen ist eine regionale Abschottung der Märkte und eine entsprechende Abschöpfung unterschiedlicher Kaufkraft schwierig. Neben dem Nichtbestehen staatlicher Handelshemmnisse zwischen den Kantonen, trägt insbesondere auch das Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995⁴ (BGBM) Sorge zur Vermeidung von interregionalen Marktabschottungen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die hohen Preise in verschiedenen Ursachen begründet liegen. Hohe Preise sind zudem für die Volkswirtschaft nicht nur schädlich: Die hohe durchschnittliche Schweizer Produktivität hat hohe Löhne respektive Lohnkosten zur Folge⁵ und trägt somit gerade auch massgeblich zum Wohlstand in der Schweiz bei. Im Gegensatz dazu verteuert mangelnder Wettbewerb zwischen den Unternehmen, sowohl aufgrund staatlicher Handelshemmnisse als auch privater Wettbewerbsbeschränkungen, Güter und Dienstleistungen und reduziert folglich die Wohlfahrt.

¹ Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Eurostat zu EU-28, vgl. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Comparative_price_levels_of_consumer_goods_and_services#Overall_price_levels.

² Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Eurostat zu EU-28, vgl. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Comparative_price_levels_for_investment.

³ Unter dem Begriff der *einseitigen Massnahmen* sind vorliegend Sachverhalte zu verstehen, in denen ein (relativ marktmächtiges oder marktbeherrschendes) Unternehmen ohne eine entsprechende Abrede mit einem anderen Unternehmen zu treffen, unilaterale Handlungen vornimmt.

⁴ SR 943.02

⁵ Gemäss Balassa-Samuelson verursacht eine gesteigerte Produktivität in einer offenen Volkswirtschaft ein höheres Preisniveau. Vgl. etwa KRUGMAN/OBSTFELD, Internationale Wirtschaft – Theorie und Politik der Aussenwirtschaft, 6. Aufl. 2003, Prentice Hall, Pearson Education. Kapitel 15.

1.2 Geltendes Recht

Vereinbaren miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen die Abschottung des Schweizer Marktes etwa durch die Festsetzung von Preisen oder die Aufteilung nach Gebieten oder Geschäftspartnern, kann dies eine Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a bzw. c des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995⁶ (KG) darstellen, die gemäss Artikel 49a KG auch direkt sanktionierbar ist. Weiter sieht Artikel 5 Absatz 4 KG vor, dass Wettbewerbsabreden über Mindest- oder Festpreise sowie über ein passives Verkaufsverbot⁷ zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen grundsätzlich erheblich und – vorbehaltlich einer Effizienzrechtfertigung – unzulässig sind. Wird hierdurch der Schweizer Markt abgeschottet, so ist dies nach Artikel 49a KG auch direkt sanktionierbar. Die Behinderung von Parallel- und Direktimporten stellt seit Jahren einen Fokus der Wettbewerbsbehörden dar. Dies zeigt auch die Fallpraxis in diesem Zusammenhang. Zu nennen sind hier insbesondere die Fälle Gaba⁸, BMW⁹ und Nikon¹⁰.

Das geltende Recht beinhaltet darüber hinaus in Artikel 7 KG das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Im Rahmen der Revision des KG von 2003 wurde die Klammerbemerkung (*Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern*) in Artikel 4 Absatz 2 KG eingefügt. Zudem wurde in der Botschaft des Bundesrates 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.¹¹ Allerdings sollten mit der neuen Formulierung im Wettbewerb nicht mehr überlebensfähige Strukturen nicht geschützt werden.¹² Gemäss einem Teil der Literatur wurde damit das Konzept der relativen Marktmacht bereits 2003 in das KG eingeführt.¹³ Eine ausdrückliche Aufnahme in das Gesetz fand allerdings nicht statt. In der Praxis blieb diese Auslegung daher von untergeordneter Bedeutung und in der Literatur umstritten. Es existiert kein rechtskräftiger Entscheid der WEKO, in dem Artikel 7 KG auf bloss relativ marktmächtige Unternehmen angewandt wurde.¹⁴

Mit einer marktbeherrschenden Stellung eines oder mehrerer Unternehmen gehen gemäss Artikel 7 KG gewisse Verhaltenspflichten einher, die für Unternehmen, die nicht marktbeherrschend sind, nicht gelten. Das KG verbietet nicht eine marktbeherrschende Stellung an sich, sondern nur deren Missbrauch. Was unter dem Begriff des Missbrauchs zu verstehen ist, kann nicht abschliessend definiert werden. Gemeinhin unterscheidet man zwischen Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch. Bei ersterem sind entsprechende Massnahmen des marktbeherrschenden Unternehmens gegen aktuelle oder potentielle Konkurrenten gerichtet, die auf dem Markt, auf dem eine marktbeherrschende Stellung besteht, oder

⁶ SR 251

⁷ Unter dem Begriff eines passiven Verkaufs versteht man gemäss Ziff. 3 der Vertikalbekanntmachung (VertBek) der WEKO vom 28. Juni 2010 die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden. Die VertBek ist abrufbar unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dokumentation/bekanntmachungen---erlaeuterungen.html>.

⁸ BGE 143 II 297.

⁹ BGer 2C_63/2016 vom 24 Oktober 2017.

¹⁰ BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016.

¹¹ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 I 2022 ff., (nachfolgend Botschaft KG 2001 genannt), S. 2045.

¹² Botschaft KG 2001, S. 2045.

¹³ Vgl. etwa ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 574 ff.; a.A. etwa BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 23 ff.

¹⁴ Beispielsweise wurde im Fall *Coop Forte* die Frage aufgrund einer einvernehmlichen Regelung ausdrücklich offengelassen, RPW 2005/1, 146 Rz. 163.

einen benachbarten Markt tätig sind. Der letztgenannte Fall setzt hingegen voraus, dass Leistung und Gegenleistung in einem krassen Missverhältnis zueinanderstehen und bezieht sich somit auf die Marktgegenseite. Artikel 7 Absatz 2 KG listet sechs Beispieltatbestände auf, deren Verwirklichung jeweils einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann. Insbesondere ist es marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich verboten, Geschäftsbeziehungen zu verweigern (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) oder Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen zu diskriminieren (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG). Allerdings stellt die Verwirklichung von einem der Beispieltatbestände nicht automatisch einen Missbrauch dar. Gefordert wird zudem, dass durch die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens ein anderes Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. Schliesslich darf keine sachliche Rechtfertigung (sog. *legitimate business reasons*) für das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens existieren.

Dem Schweizer Recht ist ein Verbot privater Geoblocking-Massnahmen¹⁵ fremd. Insbesondere das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986¹⁶ (UWG) kennt keine solche Regelung. Allerdings können die Vorschriften des KG die Anwendung von Geoblocking in bestimmten Konstellationen verbieten. Vereinbaren zwei Unternehmen dessen Einsatz zulasten des Schweizer Marktes, kann dies eine unzulässige, u.U. sogar direkt sanktionierbare Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 KG darstellen. Darüber hinaus kann der Einsatz von Geoblocking durch marktbeherrschende Unternehmen den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 KG erfüllen. Massgeblich sind im Rahmen einer kartellrechtlichen Betrachtung allerdings stets die Umstände des Einzelfalls.

1.3 «Fair-Preis-Initiative»

1.3.1 Wortlaut der Initiative

Die Eidgenössische Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» hat den folgenden Wortlaut:

Die Bundesverfassung¹⁷ (BV) wird wie folgt geändert:

Art. 96 Abs. 1

¹ Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Er trifft insbesondere Massnahmen zur Gewährleistung der diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland sowie zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, die durch einseitiges Verhalten von marktmächtigen Unternehmen verursacht werden.

Art. 197 Ziff. 12¹⁸

12. Übergangsbestimmung zu Art. 96 Abs. 1

¹⁵ Die EU versteht unter dem Begriff des Geoblockings private Massnahmen von Unternehmen, die darauf abzielen den Zugang zu ihren Online-Benutzeroberflächen für Kunden aus anderen Mitgliedstaaten zu beschränken. Online-Benutzerflächen können dabei beispielsweise Internetseiten, aber auch andere Anwendungen sein. Vgl. Verordnung 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Massnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 60, 2.3.2018, S. 1 ff., Erwägungsgrund 1.

¹⁶ SR 241

¹⁷ SR 101

¹⁸ Die endgültige Ziffer dieser Übergangsbestimmung wird nach der Volksabstimmung von der Bundeskanzlei festgelegt.

¹ Bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen erlässt der Bundesrat innerhalb zweier Jahre nach Annahme der Änderungen von Artikel 96 Absatz 1 durch Volk und Stände die erforderlichen Ausführungsbestimmungen.

² Die Ausführungsbestimmungen von Bundesversammlung und Bundesrat folgen den nachstehenden Grundsätzen:

- a. Die Verhaltensweisen, die für marktbeherrschende Unternehmen unzulässig sind, sind auch für Unternehmen unzulässig, von denen andere Unternehmen in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen (relativ marktmächtige Unternehmen).
- b. Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen verhalten sich vorbehaltlich einer Rechtfertigung aus sachlichen Gründen unzulässig, wenn sie die Möglichkeit für Nachfrager einschränken, Waren oder Dienstleistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Staat ihrer Wahl zu den dort von den Unternehmen praktizierten Preisen zu beziehen; Preisdifferenzierungen bleiben zulässig, solange Unternehmen nicht wettbewerbswidrige Ziele verfolgen und keine Wettbewerbsverzerrungen verursachen.
- c. Unternehmen dürfen durch einseitiges Verhalten die Beschaffung der von ihnen exportierten Waren im Ausland einschränken, wenn diese Waren ins Produktionsland reimportiert und dort ohne weitere Bearbeitung weiterverkauft werden sollen.
- d. Relativ marktmächtige Unternehmen sind bei unzulässigem missbräuchlichem Verhalten von direkten kartellrechtlichen Sanktionen ausgenommen.
- e. Der diskriminierungsfreie Einkauf im Online-Handel ist grundsätzlich zu gewährleisten, insbesondere durch eine Bestimmung gegen unlauteren Wettbewerb.

1.3.2 Zustandekommen und Behandlungsfristen

Der Verein «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise» hat am 12. Dezember 2017 die Initiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» fristgerecht bei der Bundeskanzlei eingereicht. Mit Verfügung vom 17. Januar 2018 stellte die Bundeskanzlei fest, dass die Initiative mit 107'889 gültigen Unterschriften zustande gekommen ist.¹⁹

Die Initiative hat die Form des ausgearbeiteten Entwurfs. Der Bundesrat unterbreitet dazu einen indirekten Gegenvorschlag. Nach Artikel 97 Absatz 2 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002²⁰ (ParlG) hat der Bundesrat somit spätestens bis zum 11. Juni 2019 die Beschlussentwürfe und eine Botschaft zu unterbreiten. Die Bundesversammlung hat nach Artikel 100 ParlG bis zum 11. Juni 2020 über die Abstimmungsempfehlung zu beschliessen.

1.3.3 Gültigkeit

Die Initiative erfüllt die Anforderungen an die Gültigkeit nach Artikel 139 Absatz 3 BV:

- a) Sie ist als vollständig ausgearbeiteter Entwurf formuliert und erfüllt somit die Anforderungen an die Einheit der Form.
- b) Zwischen den einzelnen Teilen der Initiative besteht ein sachlicher Zusammenhang. Die Initiative erfüllt somit die Anforderungen an die Einheit der Materie.

¹⁹ BBI 2018 217.

²⁰ SR 171.10

- c) Die Initiative verletzt keine zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts. Sie erfüllt somit die Anforderungen an die Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht.

1.3.4 Ziele und Inhalte der eidgenössischen Volksinitiative

Der geltende Artikel 96 Absatz 1 BV verpflichtet den Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen. Die Initiative fordert eine Erweiterung dieses Absatzes um einen weiteren Satz, wonach der Bund insbesondere Massnahmen zur Gewährleistung der diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland sowie zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, die durch einseitiges Verhalten von marktmächtigen Unternehmen verursacht werden, zu treffen hat.

In diesem Sinne sieht die Initiative in den Übergangsbestimmungen (Art. 197 Ziff. 12 Abs. 2 E-BV) vor, dass der Geltungsbereich bezüglich wettbewerbswidrigem Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen auf relativ marktmächtige Unternehmen ausgeweitet wird (Art. 197 Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a E-BV). Ein Unternehmen soll relativ marktmächtig sein, falls andere Unternehmen in einer Weise von diesem abhängig sind, dass für letztere keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, bei der Beschaffung oder beim Absatz auf andere Unternehmen auszuweichen.

Neben der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Regelungen von Artikel 7 KG auch auf relativ marktmächtige Unternehmen, sieht die Initiative eine Erweiterung des Beispielkatalogs von Artikel 7 Absatz 2 KG vor, der die praktisch wichtigsten Fälle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aufzählt. Nach der Forderung der Initiative sollen sich marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen vorbehaltlich einer Rechtfertigung aus sachlichen Gründen unzulässig verhalten, wenn sie die Möglichkeit für Nachfrager einschränken, Waren oder Dienstleistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Staat ihrer Wahl zu den dort von den Unternehmen praktizierten Preisen zu beziehen, wobei Preisdifferenzierungen zulässig bleiben sollen, solange Unternehmen nicht wettbewerbswidrige Ziele verfolgen und keine Wettbewerbsverzerrungen verursachen (Art. 197 Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b E-BV).

Weiter soll es marktbeherrschenden und relativ marktmächtigen Unternehmen erlaubt werden, durch einseitiges Verhalten die Beschaffung der von ihnen exportierten Waren einzuschränken, wenn diese Waren ins Produktionsland reimportiert und dort ohne weitere Bearbeitung weiterverkauft werden (Art. 197 Ziff. 12 Abs. 2 Bst. c E-BV). Damit soll inländischen Unternehmen die Abschottung des Schweizer Marktes weiterhin erlaubt bleiben bzw. für marktbeherrschende Unternehmen neu erlaubt werden. Eine solche Regelung wäre in Artikel 7 KG, allenfalls in einen neuen Absatz, zu integrieren.

Überdies sollen relativ marktmächtige Unternehmen im Falle eines Missbrauchs dieser Stellung von kartellrechtlichen Sanktionen ausgenommen werden (Art. 197 Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d E-BV). Dies hätte eine Anpassung von Artikel 49a Absatz 1 KG zur Folge, wonach insbesondere Verstösse durch marktbeherrschende Unternehmen gemäss gegen Artikel 7 KG zu sanktionieren sind.

Schliesslich sehen die Übergangsbestimmungen vor, eine Bestimmung in das UWG aufzunehmen, um den diskriminierungsfreien Einkauf im Online-Handel zu gewährleisten (Art. 197 Ziff. 12 Abs. 2 Bst. e E-BV), mithin das private Geoblocking²¹ durch Unternehmen grundsätzlich zu verbieten.

Mit den von der Initiative geforderten Massnahmen sollen die Beschaffungskosten für Unternehmen verringert sowie die Einkaufspreise für Konsumentinnen und Konsumenten gesenkt werden. Im Fokus der Initianten stehen importierte Waren und Dienstleistungen, deren Preise in der Schweiz weit über

²¹ Zum Begriff siehe Fn. 15.

denjenigen im Ausland liegen. Erfasst werden sollen diesbezüglich insbesondere grenzüberschreitende Konzernsachverhalte, bei denen die Vorschriften über Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 KG und somit insbesondere auch das grundsätzliche Verbot der Vereinbarung eines passiven Verkaufsverbots²² mit Rechtfertigungsmöglichkeit nach Artikel 5 Absatz 4 KG aufgrund des sog. Konzernprivilegs²³ nicht anwendbar sind. Die neue Regelung soll den Wettbewerbsbehörden mittels verwaltungsrechtlichem Verfahren und den betroffenen Unternehmen mittels Zivilklage die Möglichkeit eröffnen, gegen länder-spezifische Preisdiskriminierung von relativ marktmächtigen Unternehmen vorzugehen, wobei direkte Sanktionen in diesem Fall ausgeschlossen sein sollen. Nach geltendem Recht ist dies nur möglich, wenn ein Unternehmen marktbeherrschend ist und sich unzulässig verhält oder an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt ist.

1.3.5 Würdigung der eidgenössischen Volksinitiative

Die Initiative verfolgt zwei Hauptansätze, um die Preise in der Schweiz zu senken. Einerseits soll die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in der Schweiz durch tiefere Beschaffungspreise im Ausland und den damit verbundenen niedrigeren Vorleistungskosten gesteigert werden. Andererseits sollen alle Unternehmen umfassender von relativ marktmächtigen Zulieferern und Nachfragern (im Inland) geschützt werden, um den Wettbewerb zu steigern. Zur Erreichung beider Ziele fordert die Initiative die ausdrückliche Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht.

Eine Senkung der Beschaffungskosten für Schweizer Unternehmen soll insbesondere mittels einer Lieferpflicht für relativ marktmächtige Unternehmen als Anbieter, welche vor allem auch im Ausland gelten würde, erreicht werden. Damit würde relativ marktmächtigen Anbietern untersagt, Nachfrager aus der Schweiz im Ausland zu diskriminieren und höhere Preise, als sie dort für andere Abnehmer verlangen, durchzusetzen, vorausgesetzt, dass dies zu Wettbewerbsverzerrungen führt und keine sachliche Rechtfertigung gegeben ist. Die Initiative will in Ergänzung der seitens des Bundesrates verabschiedeten Massnahmen²⁴ zur Reduzierung technischer und tarifärer Handelshemmnisse gegen allfällige Wettbewerbsbeschränkungen privater Akteure angehen. Die Beschaffungskosten sollen weiter reduziert und der Wettbewerb gestärkt werden, indem den Unternehmen ein einfacherer und kostengünstigerer Zugang zu den internationalen Märkten gewährt wird.

Beispiel 1: Ausgangslage - Grenzüberschreitender Sachverhalt

In einem Nachbarland wird ein Auftrag eines Transportunternehmens T betreffend neue Lastwagenanhänger ausgeschrieben. Hierfür wird eine umfangreiche Liste mit Eignungs- und Zuschlagskriterien erstellt. Eines der Zuschlagskriterien betrifft die Verwendung eines bestimmten Bauteils (Kuppelung) eines bestimmten Herstellers A. T benötigt dieses Bauteil an den Anhängern, um diese mit der bestehenden Fahrzeugflotte verwenden zu können.

A verkauft das Bauteil auf dem europäischen Markt zu einem fixen Preis im Direktvertrieb. Unabhängige Händler existieren nicht. Für Kunden aus dem nicht europäischen Ausland (u.a. aus der Schweiz) verlangt A einen Zuschlag von 30 %. Ein sachlicher Grund für diese Preisdifferenzierung liegt nicht vor.

²² Zum Begriff siehe Fn. 7.

²³ Das Konzernprivileg besagt, dass es sich bei Konzerngesellschaften im wirtschaftlichen Sinne regelmässig nicht um voneinander unabhängige Unternehmen handelt, sodass Vereinbarungen zwischen verschiedenen Konzerngesellschaften grundsätzlich keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen und somit Art. 5 KG nicht anwendbar ist.

²⁴ Vgl. Bericht des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF vom 20. Dezember 2017, Mit Importerleichterungen gegen die Hochpreisinsel. Der Bericht ist abrufbar unter https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen/Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Aussenwirtschafts/Freihandelsabkommen/bericht_12_2017importerleichterungen_hochpreisinsel.html. Siehe auch die entsprechende Medienmitteilung des Bundesrates vom 20. Dezember 2017, «Bundesrat beschliesst Massnahmen gegen Hochpreisinsel», abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-69321.html>.

Unternehmen B mit Produktion in der Schweiz stellt Anhänger für Lastwagen her und möchte an der Ausschreibung des T teilnehmen. Hierfür ist es aufgrund der Zuschlagskriterien auf das Bauteil der Firma A angewiesen. Insofern ist A gegenüber B relativ marktmächtig, da B für seine Tätigkeit auf einem nachgelagerten Markt (hier die Ausschreibung des T) auf ein Produkt des A angewiesen ist und aufgrund der nicht verhandelbaren Zuschlagskriterien keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen.

Würdigung von Beispiel 1 aus Sicht der Fair-Preis-Initiative:

Da Unternehmen B nur eine wettbewerbsfähige Offerte eingeben kann, wenn es auch das (nicht unwesentliche) Bauteil des Unternehmens A zum europäischen Preis und den sonstigen Geschäftsbedingungen erhält, keine sachlichen Gründen für die unterschiedliche Behandlung vorliegen und durch die Diskriminierung Wettbewerbsverzerrungen entstehen, wäre A zur Belieferung von B zu den Konditionen auf EU-Märkten verpflichtet.

Die Initiative beinhaltet zudem eine Klausel, welche es marktbeherrschenden und relativ marktmächtigen in- und ausländischen Unternehmen erlaubt, bestimmte Massnahmen zur Verhinderung von Reimporten durchzusetzen. Somit würden Unternehmen sowie Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten in vielen Fällen gerade nicht von günstigeren Preisen für Schweizer Produkte profitieren, da der Reimport von Produkten von Unternehmen einseitig und rechtlich zulässig behindert werden könnte.

Beispiel 2: Ausgangslage - Privilegierung der Verhinderung von Reimporten

Eine Drogerie D in der Schweiz führt mehrere Sorten Lutschpastillen unterschiedlicher Hersteller in ihrem Sortiment. Die Pastillen von den beiden Weltmarktführern A und B sind dabei die Produkte mit der grössten Nachfrage seitens der Konsumentinnen und Konsumenten und können nicht durch andere Produkte substituiert werden.

A hat sein Produktionsstandort in der Schweiz, jener von B liegt in Deutschland. Beide Unternehmen A und B verlangen über die konzerninternen Schweizer Absatzkanäle um 50% höhere Preise als im Ausland. Darum möchte D die Pastillen aus Deutschland beziehen.

Würdigung von Beispiel 2 aus Sicht der Fair-Preis-Initiative:

Da D auf die Pastillen von B angewiesen ist und keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen, gilt B als relativ marktmächtig gegenüber D. Somit wäre B verpflichtet, die Pastillen auch über die Absatzkanäle im Ausland an D zu den dortigen Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen zu liefern.

Demgegenüber könnte A, aufgrund der von der Initiative vorgesehenen Privilegierung, durch einseitige Massnahmen die Belieferung über ausländische konzerninterne Absatzkanäle unterbinden und D weiterhin exklusiv über den Vertrieb mit Sitz in der Schweiz (mit Preisaufschlag) beliefern. Somit läge eine Ungleichbehandlung von A und B vor.

Die Initiative fordert neben der Vereinfachung des Imports von Waren und Dienstleistungen aus dem Ausland zudem eine umfassende Einführung der relativen Marktmacht sowohl in Bezug auf Anbieter als auch auf Nachfrager im Inland. Der Geltungsbereich des KG in Bezug auf missbräuchliche Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen soll auf relativ marktmächtige Unternehmen ausgeweitet werden. Damit sollen Unternehmen im In- und Ausland, die auf dem Schweizer Markt tätig sind, umfassender vor ihren marktmächtigen Zulieferern sowie ihren marktmächtigen Nachfragern geschützt werden können. Im Gegensatz zu einem marktbeherrschenden Unternehmen, dem regelmässig seine starke Marktposition bewusst ist und dessen Marktmacht auf dem betreffenden Markt allgemeine Gültigkeit hat, besteht eine relativ marktmächtige Stellung allerdings nur im bilateralen Verhältnis zum abhängigen Unternehmen. Ein Unternehmen dürfte deshalb häufig kaum abschätzen können, ob und gegenüber welchen Handelspartnern es relativ marktmächtig ist. Es wären stets Einzelfallentscheide

durch die WEKO und Gerichte erforderlich um festzustellen, ob eine relative Marktmacht vorliegt und sich beispielsweise ein in einer bilateralen Geschäftsbeziehung verlangter Preis inklusive allfälliger Rabatte und Zuschüsse durch legitime Gründe rechtfertigen lässt. Auch ein Blick auf das deutsche Recht illustriert die Schwierigkeiten der praktischen Anwendung des Konzepts der relativen Marktmacht. Obschon die entsprechenden Bestimmungen in Deutschland seit Jahrzehnten (vorwiegend durch die Zivilgerichte) angewendet werden, sind die Kriterien, ab wann ein Unternehmen abhängig ist, weiterhin unscharf.²⁵

Mit einer umfassenden Einführung der relativen Marktmacht wären potentiell alle Unternehmen in der Schweiz betroffen und die Wettbewerbsbehörden und Gerichte würden faktisch zu «Preiskontrollstellen», selbst im Falle wirksamen Wettbewerbs. Dies würde somit einen wesentlichen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen bedeuten. Insbesondere wenn die (hohen) Preise das Resultat von Wettbewerb sind,²⁶ hätten staatliche Eingriffe in den Preissetzungsmechanismus die permanente Gefahr, zu Wettbewerbsverzerrungen und damit verbundenen Verlusten von Arbeitsplätzen zu führen. Die Regelung hätte deshalb entsprechend negative Konsequenzen für die Schweizer Volkswirtschaft, da sie sich auch auf innenwirtschaftliche Geschäftsbeziehungen, die nicht von Marktabschottungen betroffen sind, auswirken würde.

Beispiel zur relativen Marktmacht: Innerschweizerischer Sachverhalt

In der Schweiz möchte ein Detailhändler (Discounter) D die Schokolade eines kleinen regionalen Herstellers S in sein Sortiment aufnehmen, da die Produkte von S bei den Konsumentinnen und Konsumenten seit der Einführung einer neuen Geschmacksrichtung äusserst beliebt sind.

Aus Image- und Marketinggründen beliefert S derzeit jedoch nur Spezialitätenläden und Detailhändler mit Premium-Linien. Ein selektives Vertriebssystem nutzt S nicht.

Würdigung von Beispiel 3 aus Sicht der Fair-Preis-Initiative:

Da für die Produkte von S keine Ausweichmöglichkeiten für D bestehen, gilt S als relativ marktmächtig gegenüber D. Somit wäre der Schokoladenhersteller S verpflichtet, D ebenfalls mit seinen Produkten zu einem diskriminierungsfreien Preis zu beliefern, vorausgesetzt die Lieferverweigerung wäre nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt.

Eine ständige Unsicherheit in Hinblick auf kartellrechtliche Verfahren aufgrund des mit der Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe und der steten Einzelfallbetrachtung verbundenen Interpretationsspielraums des Konzepts der relativen Marktmacht dürfte für die Unternehmen mit zusätzlicher Bürokratie und Kosten verbunden sein. Durch den potentiell stets bestehenden Schutz von Anbietern und Nachfragern könnten Unternehmen im Zweifel lieber auf ineffizienten Strukturen beharren, als ein kartellrechtliches Verfahren mit ungewissem Ausgang in Kauf zu nehmen.

Zudem bestünde auch die Gefahr, dass die WEKO aufgrund der Zusatzbelastung weniger «klassische» (sprich: volkswirtschaftlich schädliche) Fälle aufgreifen könnte. Auch in Hinblick auf den zivilrechtlichen Weg besteht die Gefahr, dass mit der Bestimmung einseitig primär Schweizer Unternehmen betroffen wären, da die Rechtsdurchsetzung gegenüber Unternehmen mit Sitz im Ausland in der Praxis mit grösseren Schwierigkeiten konfrontiert sein dürfte.

²⁵ Vgl. hierzu etwa den kürzlich ergangenen Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) in Sachen *Rimowa*, Entscheid vom 12.12.2017, KZR 50/15.

²⁶ Liegt auf einem Markt keine marktbeherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen vor und existieren keine unzulässigen Wettbewerbsabreden kann davon ausgegangen werden, dass in diesem Markt Wettbewerb herrscht.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob bei Anwendbarkeit der Bestimmung im Einzelfall günstigere Einkaufspreise auch an die nächste Handelsstufe beziehungsweise an die Abnehmer weitergegeben werden würden. Dies hängt von der Wettbewerbs- und Nachfragesituation auf dem jeweiligen Markt ab und ist nicht *a priori* garantiert. Es sind überdies auch Konstellationen denkbar, welche sogar gegenteilige Effekte auf die Preise in der Schweiz haben könnten. Führt beispielsweise eine Abhängigkeit eines Lieferanten von einem marktmächtigen Abnehmer dazu, dass der Abnehmer den Lieferanten nicht wechseln kann, könnte dadurch die Belieferung durch einen neuen, effizienteren Lieferanten verhindert werden. Dies hätte zugleich zur Folge, dass potentielle Preissenkungen verhindert würden. Erfahrungen aus dem Ausland²⁷ und empirische Studien²⁸ zeigen, dass solche Bestimmungen in der Summe sogar kontraproduktiv wirken und letztendlich den Wettbewerb schwächen können. Insbesondere kann der Verzicht auf Gewährung von Rabatten aus Angst vor einer entsprechenden Geltendmachung durch andere Abnehmer sowie die Entstehung von Regulierungskosten (speziell für Compliance) bei den Kunden insgesamt zu höheren Preisen führen.

Die Regelungen des KG sind entsprechend dem Auswirkungsprinzip gemäss Artikel 2 Absatz 2 KG grundsätzlich auch auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Somit ist eine Anwendung der Initiative grundsätzlich auch auf Unternehmen im Ausland möglich. Gemäss internationalem Privatrecht könnte bei einer zivilrechtlichen Klage im Ausland sowie im Inland Schweizer Recht materiell anwendbar sein. Liegt ein entsprechender vollstreckbarer Entscheid vor, ist dieser zumindest im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens (EU, NO, IS, CH) vollstreckbar. Allerdings ist fraglich, inwiefern entsprechende zivilrechtliche Verfahren aufgrund der mit dem Institut der relativen Marktmacht verbundenen Rechtsunsicherheit sowie dem Verfahrensrisiko in einer grossen Zahl tatsächlich durchgeführt würden. Eine verwaltungsrechtliche Durchsetzung ohne Einvernehmen mit den betroffenen Unternehmen im Ausland ist hingegen aufgrund des Territorialprinzips sehr schwierig.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass mit der Initiative einerseits in Einzelfällen die Beschaffungskosten von Schweizer Unternehmen gesenkt und ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit gestärkt werden kann. Andererseits geht mit der Initiative eine starke Einschränkung der bilateralen Handlungsfreiheit von Unternehmen im Sinne der freien Preisgestaltung und der freien Wahl der Geschäftspartner einher.

1.3.6 Haltung des Bundesrates

Der Bundesrat teilt grundsätzlich das Anliegen der Initiative, dass Massnahmen gegen die Abschottung des Schweizer Marktes ergriffen werden müssen. Aus diesem Grund hat er im Dezember 2017 ein Bündel an Massnahmen, etwa die unilaterale Aufhebung von Industriezöllen, die Senkung von Agrarzöllen

²⁷ In den USA ist seit über 80 Jahren der Robinson-Patman Act in Kraft. Dieser sieht mittels Preisdiskriminierungsverbot den Schutz von kleinen Detailhändlern vor. Die Antitrust Modernization Commission (AMC) kommt zum Ergebnis, dass die Regulierung zahlreiche negative Auswirkungen zur Folge hat, die den Wettbewerb schwächen und zu höheren Preisen für die Konsumentinnen und Konsumenten führen. So wird beispielsweise dem Hersteller verunmöglicht, Marketing-Aktivitäten oder hohe Qualität des Abnehmers mittels Preisrabatten zu fördern. Auch in oligopolistischen Märkten können undifferenzierte Preise den Wettbewerb schwächen, denn falls die Preise zwischen den Abnehmern nicht variieren, wird die Koordination zwischen den Herstellern einfacher, was einen verringerten Preiswettbewerb zur Folge haben kann. Weiter nehmen Unternehmen auch hohe Kosten in Kauf, indem beispielsweise die Produkte differenziert werden, um die Regelung zu umgehen. Ebenso werden die Compliance Kosten als verteuernendes Element aufgeführt. Vgl. AMC, Report and Recommendations, 2007.

²⁸ BULMASH, An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 8, Issue 2, 1.6.2012, S. 361 ff.

auf ausgewählte Güter und die Reduzierung der Ausnahmen vom Cassis-de-Dijon Prinzip²⁹, verabschiedet.³⁰

Die Initiative lehnt der Bundesrat aber ab, da er der Ansicht ist, dass bei einer generellen Einführung der relativen Marktmacht und bei deren vorwiegenden Anwendung auf rein innerschweizerische Sachverhalte die negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen überwiegen würden. Im Binnenmarkt Schweiz ist eine regionale Abschottung von Märkten nicht ohne weiteres möglich. Es ist deshalb auch nicht angezeigt, Massnahmen gegen potentielle Preisdiskriminierung innerhalb des Schweizer Binnenmarktes zu ergreifen. Entsprechende Bestimmungen würden vielmehr zu Rechtsunsicherheit und einen Ausbau der Bürokratie führen. Im Falle dass jedoch der gesamte Schweizer Markt durch höhere Preise belastet wird, erachtet der Bundesrat eine punktuelle Regelung solcher Sachverhalte als angebracht.

Die von den Initianten ebenfalls aufgegriffene Thematik des privaten Geoblockings ist dem Bundesrat bekannt. Jedoch lehnt er ein international unkoordiniertes Vorgehen und damit ein unilaterales Verbot des privaten Geoblockings ab. Insbesondere da die Durchsetzung gegen Unternehmen im Ausland nicht gesichert ist, befürchtet der Bundesrat, dass einseitig Unternehmen in der Schweiz von einer solchen Bestimmung betroffen wären. Dies könnte zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen in- und ausländischen Unternehmen führen, die der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrates in anderen Bereichen verhindern möchte. Entsprechend könnten hiermit Nachteile für die Schweizer Volkswirtschaft verbunden sein. Um griffige Massnahmen für einen diskriminierungsfreien Einkauf im grenzüberschreitenden Online Handel zu gewährleisten, müsste die Durchsetzung auch im Ausland sichergestellt werden können. Eine wirksame Umsetzung wäre beispielsweise im Rahmen eines allfälligen Abkommens mit der EU möglich. Hierzu wäre jedoch eine vorgängige Prüfung über das Interesse und die inhaltliche Ausgestaltung eines solchen möglichen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU notwendig. Das weitere Vorgehen wäre im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der Beziehungen Schweiz-EU zu prüfen und müsste im Einklang mit der europapolitischen Strategie des Bundesrats stehen. In der Zwischenzeit kann diesbezüglich sowohl die nationalstaatliche Umsetzung sowie die effektiven Auswirkungen des am 3. Dezember 2018 in Kraft tretenden Verbots des privaten Geoblockings innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) beobachtet werden.³¹

Eine umfassende Beurteilung der Initiative ist nicht Teil der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage. Der Bundesrat wird eine vertiefte Analyse und seine Überlegungen zur Ablehnung dieser im Rahmen der Botschaft an das Parlament detailliert darlegen.

2 Grundzüge des indirekten Gegenvorschlags

2.1 Zweck der vorgeschlagenen Revision des KG

Der Bundesrat setzt sich gegen die Abschottung des Schweizer Marktes durch staatliche Handelshemmnisse wie auch private Wettbewerbsbeschränkungen ein. Mit dem indirekten Gegenvorschlag soll verhindert werden, dass Unternehmen, insbesondere bedingt durch staatliche Handelshemmnisse, ungerechtfertigt hohe Preise auf dem Schweizer Markt im Vergleich zu ausländischen Märkten durchsetzen.

²⁹ Das Cassis-de-Dijon-Prinzip wurde vom Europäischen Gerichtshof mit dem Ziel entwickelt, den Binnenmarkt der Europäischen Gemeinschaft zu stärken. Es wurde später von der Schweiz autonom eingeführt. Das im schweizerischen Recht verankerte Prinzip besagt, dass Produkte, die den technischen Vorschriften der EU oder eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR entsprechen und dort rechtmässig in Verkehr sind, gemäss Art. 16a Bundesgesetz über den technischen Handelshemmnissen (THG) grundsätzlich auch in der Schweiz ohne vorgängige Kontrollen frei zirkulieren dürfen. Ausnahmen sind nur zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen möglich. Für Lebensmittel gilt dabei eine Sonderregelung insofern, dass diese ein Bewilligungsverfahren durchlaufen müssen.

³⁰ Siehe Fn. 24.

³¹ Siehe Fn. 15.

Dies indem sie Nachfrager ausschliesslich über inländische Vertriebskanäle beliefern und so Wettbewerbsverzerrungen auf nachgelagerten Marktstufen generieren. Eine Kernforderung der Initiative, der Abschottung des Schweizer Marktes entgegenzuwirken, findet deshalb Eingang in den indirekten Gegenvorschlag. Dementsprechend soll das Kartellrecht für klar definierte missbräuchliche Verhaltensweisen von Unternehmen auch unter der Schwelle der Marktbeherrschung Anwendung finden. Vor diesem Hintergrund schlägt der Bundesrat eine Änderung des KG vor. Hierzu ist eine begrenzte Einführung des Konzeptes der relativen Marktmacht vorgesehen, um die grenzüberschreitende Beschaffungsfreiheit der in der Schweiz tätigen Unternehmen sicherzustellen und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Unternehmen auf dem Schweizer Markt, die im Gegensatz zu Konkurrenten aus dem In- oder Ausland ungerechtfertigter Weise nur über konzerninterne Vertriebskanäle in der Schweiz zu ungünstigeren Preisen oder Geschäftsbedingungen beliefert werden, sollen sich unter bestimmten Bedingungen mittels der Berufung auf die relative Marktmacht dagegen zur Wehr setzen können, wenn ihnen eine Belieferung im Ausland zu den dortigen Preisen und sonstigen Bedingungen verweigert wird. Ein solcher Anspruch soll dabei nur bestehen, sofern diesen Unternehmen keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen, sie somit abhängig sind, und die Verweigerung der Lieferung im Ausland zu den dort praktizierten Preisen zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen führt. Entsprechend ist der im geltenden Artikel 7 KG enthaltene Ausbeutungsmissbrauch³² nicht Teil des indirekten Gegenvorschlags.

Relevant für die Beurteilung ist demzufolge, ob eine durch ungerechtfertigte Diskriminierung bedingte Wettbewerbsverzerrung vorliegt. Die Diskriminierung eines Unternehmens ist immer nur dann möglich, wenn eine Abhängigkeit gegenüber einem anderen Unternehmen besteht. Eine Abhängigkeit ist in Fällen gegeben, wenn ein Unternehmen auf die Bezugsmöglichkeit einer bestimmten Ware oder Dienstleistung angewiesen ist, um wettbewerbsfähig zu sein. Dies setzt wiederum voraus, dass dem abhängigen Unternehmen keine zumutbaren und ausreichenden Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Welche Waren und Dienstleistungen als Ausweichmöglichkeiten dienen können und ob diese zumutbar sowie in ausreichender Masse vorhanden sind, ist stets eine Frage des konkreten Einzelfalls und kann entsprechend von Fall zu Fall variieren. Eine zumutbare Ausweichmöglichkeit kann beispielsweise darin bestehen, vergleichbare Waren oder Dienstleistungen von einem anderen Anbieter zu beziehen. Eine Abhängigkeit kann dann gegeben sein, wenn spezifische, auf ein Unternehmen ausgerichtete Investitionen getätigt worden sind und bei Beendigung der Geschäftsbeziehung die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit gefährdet würde.³³ Allerdings können solche spezifischen Investitionen zwischen den Geschäftspartnern vertraglich abgesichert werden, um eine Amortisation zu gewährleisten. Demzufolge kann eine Abhängigkeit nur in jenen Fällen vorliegen, in dem sich ein Unternehmen nicht selbst in diese Situation hereinmanövriert hat.³⁴ Spiegelbildliche Abhängigkeitsverhältnisse, bei denen Lieferanten von relativ marktmächtigen Nachfragern abhängig sind, werden nicht erfasst. Einerseits stehen solche Sachverhalte grundsätzlich nicht im Zusammenhang mit der Abschottungsproblematik und andererseits werden Nachfrager im Ausland grundsätzlich durch die dort geltenden Kartellgesetzordnungen erfasst. Ist ein schweizerischer Anbieter auf einem ausländischen Markt tätig, sind regelmässig die dortigen kartellrechtlichen Regelungen anwendbar. Dies kann bei der Nachfragetätigkeit auf ausländischen Märkten nicht mit der gleichen Sicherheit angenommen werden. Auch werden somit relativ marktmächtige Nachfrager nicht an ineffiziente Lieferanten gebunden (da diese im Zweifel lieber auf ineffizienten Strukturen beharren, als ein kartellrechtliches Verfahren mit ungewissem Ausgang in Kauf zu nehmen), wodurch das stete Streben nach Effizienzsteigerungen nicht übermässig beeinträchtigt wird.

³² Zum Begriff siehe Abschnitt 1.2.

³³ Vgl. RPW 2005/1, 146 Rz. 96, *CoopForte*.

³⁴ Vgl. in diesem Sinne bereits RPW 2005/1, 146 Rz. 99, *CoopForte*.

Die neue Regulierung erlaubt u.a. weiterhin die Preisdiskriminierung durch relativ marktmächtige Unternehmen, soweit keine Wettbewerbsverzerrungen auftreten. Entsprechend wird das Ausmass der zulässigen Preisdiskriminierung von der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt abhängen. Wenn ein Markt über das Gebiet der Schweiz hinausgeht und Unternehmen auf diesem in direkter Konkurrenz zueinanderstehen, werden die Möglichkeiten in Bezug auf grenzüberschreitende Preisdiskriminierungen stark reduziert werden. In Fällen, in denen hingegen ein nationaler Markt gegeben ist und somit keine ausländische Konkurrenz vorhanden ist, wird die Diskriminierung wie bisher zulässig bleiben, mit der Einschränkung, dass zwischen den Unternehmen, die ihre Waren und Dienstleistungen auf dem Schweizer Markt anbieten, ebenfalls keine Wettbewerbsverzerrungen auftreten dürfen.

Würdigung der oben genannte Beispiele aus Sicht des indirekten Gegenvorschlags³⁵:

Würdigung von Beispiel 1 aus Sicht des indirekten Gegenvorschlags:

Analog zu oben: Da Unternehmen B nur eine wettbewerbsfähige Offerte eingeben kann, wenn es auch das (nicht unwesentliche) Bauteil des Unternehmens A zum europäischen Preis und den sonstigen Geschäftsbedingungen erhält, keine sachlichen Gründen für die unterschiedliche Behandlung vorliegen und durch die Diskriminierung Wettbewerbsverzerrungen entstehen, wäre A zur Belieferung von B zu den Konditionen auf EU-Märkten verpflichtet.

Würdigung von Beispiel 2 aus Sicht des indirekten Gegenvorschlags:

Da D auf die Pastillen von A und B angewiesen ist und keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen, gelten A und B als relativ marktmächtig gegenüber D. Eine Lieferpflicht über die Absatzkanäle im Ausland an D zu den dortigen Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen würde für A oder B dann gelten, falls die exklusive Belieferung über die Schweizer Absatzkanäle zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Beide Unternehmen A und B würden gleichbehandelt.

Würdigung von Beispiel 3 aus Sicht des indirekten Gegenvorschlags:

S könnte nicht zur Belieferung gezwungen werden. Rein inländische Sachverhalte sind von der Regelung nicht erfasst.

Der Gegenvorschlag sieht vor, dass sich die Wettbewerbsbehörden in Ergänzung der Bearbeitung von «klassischen» kartellrechtlichen Fällen Sachverhalten wettbewerbswidriger Abschottung der Schweiz widmen können und nicht generell für die Beurteilung von bilateralen Wirtschaftsbeziehungen zwischen Unternehmen zuständig sind. Aufgrund der nicht vorgesehen Sanktionierung sowie der regelmässig mangelnden volkswirtschaftlichen Bedeutung von Fällen relativer Marktmacht, sollen solche Sachverhalte vor allem auf dem Zivilrechtsweg einer Klärung zugeführt werden. Entsprechend ist für die Wettbewerbsbehörden nach einigen allfälligen Leitentscheiden nach Einführung der neuen Regelung kein wesentlich grösserer Aufwand zu erwarten.

Für Unternehmen, die durch den engeren Geltungsbereich des indirekten Gegenvorschlags erfasst werden, dürfte es zudem einfacher abzuschätzen sein, ob sie relativ marktmächtig sind. Falls separate, konzernzugehörige Vertriebskanäle für die Schweiz errichtet und hohe Preisaufschläge durchgesetzt werden können, dürfte einem Unternehmen in vielen Fällen die Möglichkeit der Einordnung als relativ marktmächtig bewusst sein. Allerdings will die vorgeschlagene Regelung nicht die Vertriebssysteme von marktmächtigen Unternehmen an sich in Frage stellen. Auch einem marktmächtigen Unternehmen steht

³⁵ Siehe Abschnitt 1.3.5 für die dazugehörigen Beispiele, resp. Ausgangslagen.

die Ausgestaltung seines Vertriebssystems grundsätzlich frei, sofern hiermit kein Verstoß gegen Artikel 5 KG einhergeht.

Festzuhalten bleibt zudem, dass Fälle relativer Marktmacht – ebenso wie dies die Initiative fordert – von den direkten Sanktionen gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG ausgenommen werden sollen. Eine direkte Sanktionierung wäre in diesen Fällen überschüssig. Einerseits geht es regelmässig um Streitigkeiten zwischen nur zwei Unternehmen, ohne dass eine volkswirtschaftliche Bedeutung gegeben wäre. Andererseits kann ein (nicht marktbeherrschendes) Unternehmen weniger gut als ein marktbeherrschendes Unternehmen abschätzen, ob ein anderes Unternehmen von ihm abhängig ist. Mit andern Worten dürfte es ausreichen, ein relativ marktmächtiges Unternehmen zur diskriminierungsfreien Lieferung zu verpflichten, ohne es noch mit hohen Sanktionen zu belegen. Zudem wohnt auch einer Regelung, die keine direkten Sanktionen vorsieht regelmässig eine gewisse präventive Wirkung inne. Aufgrund der Aufnahme der neuen Regelung in einen neuen Artikel (Art. 7a KG) ist keine entsprechende Anpassung von Artikel 49a KG erforderlich. Zu beachten ist zudem, dass im Falle eines zweimaligen Verstoßes eines relativ marktmächtigen Unternehmens im Falle eines Verfahrens vor der WEKO der geltenden Artikel 50 KG zur Anwendung gelangen würde. Hiernach ist ein Verstoß gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen im gleichen Masse wie im Rahmen von Artikel 49a KG zu sanktionieren.

2.2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln im KG

Art. 4 Abs. 2^{bis} Begriffe

Im vorgeschlagenen Artikel 4 Absatz 2^{bis} E-KG findet sich die Begriffsdefinition relativ marktmächtiger Unternehmen. Die Formulierung lehnt sich an eine Regelung der Übergangsbestimmungen der Initiative an (Art. 197 Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a E-BV), die sich wiederum an § 20 Absatz 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) anlehnt. Gemäss dem indirekten Gegenvorschlag ist ein Unternehmen relativ marktmächtig, soweit andere Unternehmen als Nachfrager einer Ware oder Dienstleistung in der Weise von diesem abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Sowohl relativ marktmächtig als auch abhängig im Sinne des Vorschlags können nur Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG sein. Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentliche Hand, sofern letztere nicht im Einzelfall als Unternehmen gilt (z.B. Spitäler, Verkehrsbetriebe), werden nicht erfasst. Eine weitere Voraussetzung besteht in der Abhängigkeit von einer bestimmten Ware oder Dienstleistung, sodass eine Abhängigkeit in jedem Einzelfall bei jedem einzelnen Produkt bzw. bei jeder einzelnen Dienstleistung zu untersuchen ist und nicht stets eine Belieferung mit dem gesamten Sortiment verlangt werden kann. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass ein Unternehmen von mehreren Produkten bzw. Dienstleistungen im Sinne der vorgeschlagenen Vorschrift abhängig ist. Die letzte an dieser Stelle zu beantwortende Frage betrifft jene nach der Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten. Demnach müssen Unternehmen, die sich auf die vorgeschlagene Regelung berufen möchten, bereits andere zumutbaren Möglichkeiten, das gewünschte Produkt bzw. die Dienstleistung zu vergleichbaren (Referenz-)Preisen und Konditionen zu erhalten, erfolglos ausgeschöpft haben. Beispielsweise reicht die erfolglose Anfrage beim Hersteller des Referenzlandes nicht aus, um eine Abhängigkeit zu begründen. Je nach Einzelfall sind eine Vielzahl erfolgloser Beschaffungsversuche in denen das Produkt oder die Dienstleistung zu vergleichbaren Preisen und Konditionen angeboten wird, vorzuweisen. Dabei hat der Nachfrager nachzuweisen, dass er erfolglos versucht hat, die Ware oder Dienstleistung zu beziehen.

Art. 7a Unzulässige Verhaltensweisen relativ marktmächtiger Unternehmen

Der vorgeschlagene Artikel 7a E-KG lehnt sich an einen Teil der Übergangsbestimmungen der Initiative (Art. 197 Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d E-BV) an. Die umfangreichen Tatbestandsvoraussetzungen stellen sich im Einzelnen wie folgt dar:

relativ marktmächtiges Unternehmen

Normadressaten der vorliegenden Regelung sind nur Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG, die Waren oder Dienstleistungen anbieten. Dies sind – abhängig vom gewählten Vertriebssystem – insbesondere der Hersteller oder ein oder mehrere seiner (Gross-)Händler. Relativ marktmächtige Nachfrager werden somit nicht als Normadressaten erfasst. Diese Bestimmung deckt in erster Linie die für die Initianten wichtigen grenzüberschreitenden Konzernsachverhalte ab.

abhängige Unternehmen

Erfasst werden vorliegend lediglich abhängige Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2^{bis} E-KG, die Waren oder Dienstleistungen nachfragen. Anbieter von Waren und Dienstleistungen werden nicht geschützt. Entsprechend der Systematik des Konzepts der relativen Marktmacht erstreckt sich der Anwendungsbereich der neuen Bestimmung zudem auch nicht auf Konsumenten und die öffentliche Hand, sofern letztere nicht im Einzelfall als Unternehmen gilt (z.B. Spitäler, Verkehrsbetriebe).

in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert

Dieses Tatbestandsmerkmal stellt sicher, dass nicht jede Einschränkung der Möglichkeit des Bezugs von Waren und Dienstleistungen im Ausland zu den dort praktizierten Preisen oder Geschäftsbedingungen durch ein marktmächtiges Unternehmen unzulässig ist. Vielmehr ist zusätzlich die dadurch verbundene Behinderung des Nachfragers in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs von Bedeutung. Damit hält sich der vorliegende Vorschlag an die Systematik von Artikel 7 KG, wonach nicht bereits die Verwirklichung eines Regelbeispiels von Artikel 7 Absatz 2 KG durch ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig ist, sondern zusätzlich die Voraussetzungen von Artikel 7 Absatz 1 KG erfüllt sein müssen.³⁶ Diskriminiert beispielsweise ein relativ marktmächtiger Anbieter zwischen verschiedenen Abnehmern die Preise für seine Waren oder Dienstleistungen ist dies, unabhängig von der Frage einer allfälligen sachlichen Rechtfertigung, nur dann unzulässig, wenn diese Preisdiskriminierung zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Abnehmern führt. Tatbestände des Ausbeutungsmissbrauchs³⁷ werden vorliegend entsprechend nicht erfasst.

durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem Markt

Die missbräuchliche Ausnutzung der relativ marktmächtigen Stellung des Anbieters muss für die allfällige Wettbewerbsverzerrung kausal sein.³⁸

den Bezug einer Ware oder Leistung

Gemäss der Systematik des Kartellrechts werden grundsätzlich sämtliche marktfähigen Waren und Dienstleistungen erfasst.

verweigert

³⁶ Siehe etwa Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff. (nachfolgend Botschaft KG 1994 genannt), S. 569.

³⁷ Zum Begriff siehe Abschnitt 1.2.

³⁸ Die Frage des Erfordernisses der Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und deren Missbrauch im Rahmen von Art. 7 Abs. 1 KG ist umstritten, wird aber von der herrschenden Lehre vertreten, vgl. hierzu ausführlich BSK KG-*Amstutz/Carron*, Art. 7 N 19 ff.

Der Begriff der Verweigerung ist weit zu verstehen. Hierunter fällt jedes unilaterale Verhalten eines relativ marktmächtigen Unternehmens, das zu einer tatsächlichen oder rechtlichen Beschränkung der Quantität oder Qualität der betroffenen Waren oder Dienstleistungen führt. Als Beispiele seien genannt Nichtbelieferung (ganz oder zum Teil), Lieferverzögerungen und Garantieverweigerungen. Vereinbarung ein relativ marktmächtiger Anbieter mit einem anderen Unternehmen hingegen die Einschränkung der Bezugsmöglichkeit, liegt regelmässig eine Wettbewerbsabrede und in den vorliegend relevanten Konstellationen sogar u.U. ein absoluter Gebietsschutz vor. Entsprechend ist in solchen Fällen grundsätzlich Artikel 5 KG anwendbar und eine «Regelungslücke» zum geltenden Recht besteht nicht. Somit sollen solche Konstellationen durch die neue Bestimmung auch nicht erfasst werden.

im Ausland

Erfasst wird grundsätzlich jedes andere Land weltweit, soweit hinreichende Auswirkungen auf den Schweizer Markt im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 KG festgestellt werden können.

zu den dort von den relativ marktmächtigen Unternehmen praktizierten Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen

Relevant sind als Referenz nur die Preise und Geschäftsbedingungen, die das relativ marktmächtige Unternehmen im Ausland selbst tatsächlich praktiziert. Die Preis- und Konditionengestaltung von dritten Unternehmen, die nicht Teil des relativ marktmächtigen Unternehmens (als Mutter-, Tochter- oder Schwestergesellschaft) sind, wird vorliegend nicht erfasst. Vereinbaren (konzernunabhängige) Händler zum Beispiel mit dem Hersteller die Abschottung des Schweizer Marktes ist grundsätzlich Artikel 5 KG anwendbar und eine «Regelungslücke» zum geltenden Recht besteht auch diesbezüglich nicht.

ohne sachlicher Gründe

Auch wenn die Rechtfertigung entsprechender Verhaltensweisen aus sachlichen Gründen dem Wortlaut von Artikel 7 KG nicht entnommen werden kann, besteht bei Erfüllung der (sonstigen) Tatbestandsvoraussetzungen von Artikel 7 KG eine solche Rechtfertigungsmöglichkeit. Dem Tatbestandselement «Missbrauch» ist das Nicht-Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen (sog. *legitimate business reasons*) immanent. Dies gilt für Artikel 7 KG wie auch für den neuen Artikel 7a KG. Sachliche Gründe liegen insbesondere vor, wenn sich ein relativ marktmächtiger Anbieter auf kaufmännische Grundsätze stützen kann.³⁹ Beispielsweise ist eine Diskriminierung von Abnehmern regelmässig durch lineare Mengenrabatte gerechtfertigt oder eine Lieferverweigerung kann durch die nach (Art. 5 zulässige) Ausgestaltung des Vertriebssystems gerechtfertigt sein. Entschliesst sich etwa ein Hersteller seine Produkte in verschiedenen Ländern jeweils nur über ein Unternehmen zu verkaufen (Alleinvertrieb), kann der Hersteller Anfragen von Endkunden ablehnen ohne somit gegen die Vorschriften des Kartellgesetzes zu verstossen. Unzulässig wäre in diesem Beispiel regelmässig nur, wenn er seinen Händlern verbietet passiv⁴⁰ an gebietsfremde Endkunden zu verkaufen. Deshalb werden etwa vorliegend vor allem auch selektive Vertriebssysteme durch die neue Bestimmung nicht tangiert werden. Insbesondere vor dem Hintergrund dieses zuletzt genannten Grundsatzes und zur Verbesserung der Rechtssicherheit rechtfertigt sich eine ausdrückliche Aufnahme der Rechtfertigungsmöglichkeit in der vorgeschlagenen Formulierung im Gegensatz zu Artikel 7 Absatz 1 KG.

2.3 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht

Verschiedene europäische Länder kennen das Konzept der relativen Marktmacht. Die vorgeschlagene Regulierung lehnt sich an § 20 Absatz 1 des deutschen GWB an. Im deutschen Recht ist der Artikel

³⁹ Botschaft KG 1994, S. 570.

⁴⁰ Vgl. zum Begriff Fn. 7.

jedoch nur für innerstaatliche Sachverhalte erprobt und wird vor allem auf dem zivilrechtlichen Wege durchgesetzt. Verwaltungsrechtliche Entscheide des Bundeskartellamtes, die sich auf die relative Marktmacht stützen, sind die Ausnahme. Deshalb kann auch nur unter Vorbehalten auf die deutsche Rechtspraxis zurückgegriffen werden. Zu beachten ist hierbei allerdings, dass in Deutschland auch nach jahrzehntelanger (vorwiegend zivilrechtlicher) Fallpraxis die Feststellung, ob eine relativ marktmächtige Stellung vorliegt, mit grosser Unsicherheit behaftet ist.⁴¹

Das Konzept der relativen Marktmacht ist nicht Bestandteil des Kartellrechts auf europäischer Ebene. Neben dem europäischen Kartellrecht haben allerdings auch die Mitgliedsstaaten eigene Kartellrechtsordnungen. Die diesbezüglichen Vorgaben der EU sehen in Bezug auf die Behandlung von Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 3 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 Satz 1 Verordnung (EG) 1/2003 faktisch eine Vollharmonisierung vor. Hingegen geht das europäische Recht nach Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 Verordnung (EG) 1/2003 in Bezug auf Regelungen zu einseitigen Verhalten von Unternehmen nur von einer Mindestharmonisierung aus. Erwägungsgrund 8 der Verordnung (EG) 1/2003 nennt diesbezüglich auch ausdrücklich die Möglichkeit der Mitgliedstaaten zur Einführung von Bestimmungen zum Verbot oder zur Ahndung missbräuchlicher Verhaltensweisen gegenüber wirtschaftlich abhängigen Unternehmen. Von dieser Möglichkeit haben einige Mitgliedstaaten der EU Gebrauch gemacht und Regelungen im Sinne der relativen Marktmacht erlassen. Dies gilt soweit ersichtlich neben dem deutschen Kartellrecht für Frankreich⁴², Österreich⁴³ und Italien⁴⁴. Das deutsche Kartellrecht sieht in § 20 Absatz 1 GWB vor, dass das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne der unbilligen Behinderung bzw. sachlich unbegründeten Diskriminierung gemäss Artikel 19 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 2 Ziffer 1 GWB auch für relativ marktmächtige Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen gilt. Voraussetzung hierzu ist, dass von diesen kleine oder mittlere Unternehmen (KMU) als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Die Einschränkung auf KMU fand im Rahmen der 5. GWB-Novelle 1989 statt. Der deutsche Gesetzgeber begründete die Einschränkung damit, dass eine Belieferungspflicht in Bezug auf Grossunternehmen, insbesondere vor dem Hintergrund der Einfuhrmöglichkeiten aufgrund der zunehmenden europäischen Integration und des verbesserten Zugangs zu

⁴¹ Vgl. etwa den kürzlich ergangenen Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) in Sachen *Rimowa*, Entscheid vom 12.12.2017, KZR 50/15.

⁴² Artikel L.420-2 des französischen Handelsgesetzbuchs («Code de Commerce») lautet: Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.

Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6.

Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6.

⁴³ § 4 Abs. 3 des österreichischen Kartellgesetzes (KartG) lautet: «Als marktbeherrschend gilt auch ein Unternehmer, der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat; eine solche liegt insbesondere vor, wenn diese zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind.»

⁴⁴ Artikel 9 der italienischen *legge sulla subfornitura: disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Legge 18 giugno 1998, n. 192 lautet:

(1) È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

(2) L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

den Weltmärkten nicht (mehr) erforderlich sei. Hingegen gelte dies nicht für KMU, sodass deren Schutz weiterhin gerechtfertigt sei.⁴⁵ Diese Einschränkung sollte im Schweizer Recht nicht übernommen werden. Existieren für ein Grossunternehmen alternative Beschaffungskanäle ist regelmässig keine Abhängigkeit gegeben und der indirekte Gegenvorschlag wäre nicht anwendbar. Darüber hinaus gelten die kartellrechtlichen Regelungen für alle Unternehmen gleichermassen und knüpfen nicht an der Grösse eines Unternehmens an. Die deutsche Vorschrift diene auch als Vorbild für die Übergangsbestimmung der Initiative nach Artikel 197 Ziffer 12 Absatz 2 Buchstabe a E-BV sowie in Hinblick auf den indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates in Bezug auf die Definition des Begriffs der relativen Marktmacht (vgl. Art. 2 Abs. 2^{bis} E-KG). Allerdings findet insbesondere die deutsche Regelung soweit ersichtlich lediglich Anwendung auf Inlandssachverhalte, wenngleich ihre Konstruktion eine grenzüberschreitende Anwendung nicht ausschliesst, sofern gewisse Auswirkungen auf dem deutschen Markt gegeben sind (vgl. § 130 Abs. 2 GWB). Zudem ist bezüglich des deutschen Kartellrechts hervorzuheben, dass das Konzept der relativen Marktmacht zum überwiegenden Teil auf dem zivilrechtlichen Wege Anwendung findet.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Konzept der relativen Marktmacht in den Kartellrechtsordnungen einiger Nachbarstaaten zur Anwendung kommt. Zumindest im Falle von Deutschland ist zudem nicht ausgeschlossen, dass dieses auch auf grenzüberschreitende Sachverhalte angewandt werden kann. Eine spezifische Anwendung des Konzepts auf Fragen der Marktabschottung in verwandten nationalen Gesetzgebungen ist allerdings nicht bekannt.

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Durch den indirekten Gegenvorschlag ist zu erwarten, dass einzelne Unternehmen einzelne Vorleistungen günstiger beziehen können, was einerseits insofern die Einnahmen aus der Mehrwertsteuer (MWST) schmälern und andererseits diese durch potentiell höhere Umsätze der Unternehmen auch steigern könnte. Zudem könnten u.U. steigende Gewinne bei einigen Unternehmen möglich werden, womit Mehreinnahmen bei der Gewinnsteuer verbunden sein könnten. Demgegenüber stehen jedoch auch potentiell negative Effekte des indirekten Gegenvorschlags, wie Steuerausfälle und ein Abbau von Arbeitsplätzen durch allenfalls negativ betroffene Unternehmen (siehe 3.3). Insgesamt ist es nicht möglich, das Ausmass aller, teils entgegengesetzten Effekte abschätzen zu können. Personelle Auswirkungen auf den Bund hat der indirekte Gegenvorschlag nicht. Insbesondere sind keine zusätzlichen Ausgaben und Personalaufwendungen für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte (Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht) zu erwarten. Aufgrund der zusätzlichen Fälle kann die WEKO voraussichtlich allerdings weniger «klassische» Fälle bzw. solche zum Teil nur mit einer geringeren Priorität aufgreifen. Da der Geltungsbereich der relativen Marktmacht jedoch durch den Gegenvorschlag in zweierlei Hinsicht eingeschränkt ist (Begrenzung auf Sachverhalte der Marktabschottung sowie auf Nachfragekonstellationen), dürften die entsprechenden Auswirkungen im Gegensatz zu jenen bei Annahme der Volksinitiative eher gering sein.

⁴⁵ Vgl. die deutsche Gesetzesbegründung zur 5. GWB-Novelle 1989, BT-Drucks. 11/4610, S. 21 f.

3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden

Die neue Regelung dürfte in Einzelfällen einen Mehraufwand für die kantonalen Zivilgerichte bedeuten, da insbesondere aufgrund der mit der extraterritorialen Anwendung von Schweizer Recht durch Behörden verbundenen Schwierigkeiten sowie der regelmässig fehlenden volkswirtschaftlichen Bedeutung vor allem eine zivilrechtliche Durchsetzung durch die abhängigen Unternehmen zu erwarten ist. Im Gegenzug würden durch Unternehmen, die von der neuen Regelung profitieren, u.U. höhere Gewinnsteuereinnahmen generiert. Da die Effekte grosser Preisdiskriminierungen insbesondere in grenznahen Regionen vermehrt unzulässig sein könnten, wären die zu erwartenden positiven Effekte entsprechend in grenznahen Kantonen und Gemeinden am grössten. Hingegen könnte die neue Regelung, wie im vorherige Abschnitt bereits angesprochen auch auf Ebene der Kantone und Gemeinde mit potentiell negativen Effekten verbunden sein, etwa mit Steuerausfällen und einem Abbau von Arbeitsplätzen durch allenfalls negativ betroffene Unternehmen (siehe 3.3).

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Das Verbot von Diskriminierungen für relativ marktmächtige Unternehmen könnte in gewissen Fällen die Beschaffungskosten für Unternehmen senken. Tiefere Einkaufspreise für einzelne Produkte führen zu tieferen Produktionskosten und einem grösseren Preissetzungsspielraum für die abhängigen Unternehmen, womit einerseits die Margen oder andererseits durch tiefere Preise der Endprodukte und der damit verbundenen höheren abgesetzten Menge auch die Umsätze für diese Produkte theoretisch gesteigert werden können. Dies sollte insbesondere die Wettbewerbsfähigkeit von KMU mit wenig Verhandlungsmacht gegenüber relativ marktmächtigen Zulieferern steigern. Allerdings dürften vorwiegend hochpreisige Produkte, solche mit einem übermässigen Preisaufschlag oder Produkte mit hohen Handelsvolumina betroffen sein, da ansonsten die Einsparungen im Vergleich zu den aufzuwendenden Verfahrenskosten und dem Bürokratieaufwand regelmässig zu klein wären, als dass sich ein kartellrechtliches Verfahren lohnen würde. Im Weiteren wird die Wirkung wohl auf Standardprodukte beschränkt bleiben, da der Nachweis einer unrechtmässigen (preislichen) Diskriminierung beispielsweise für einzelne Maschinen, die erst aufgrund spezifischer Bedürfnisse der Abnehmer produziert werden, zusätzlich erschwert wird. Im Gegensatz dazu ist die Abhängigkeit zwischen grossen umsatzstarken Unternehmen und Zulieferern vermehrt beidseitig gegeben. Zu beachten ist auch, dass durch das Diskriminierungsverbot im Ausland auch inländische Zulieferer einem intensiveren Wettbewerb stellen müssten, da diese sich neu in direkter bzw. verschärfter Konkurrenz mit Importen zu tieferen Preisen befänden. Entsprechend ist zu erwarten, dass in betroffenen Märkten der Wettbewerb im Inland zunehmen würde und somit auch die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Industrie gestärkt werden könnte. Da die neue Regelung auch für relativ marktmächtige, international tätige Unternehmen mit Sitz in der Schweiz gelten würde, würde u.U. deren Möglichkeit zur internationalen Preisdiskriminierung verringert. Bieten diese ihre Waren und Dienstleistungen im Ausland günstiger an als in der Schweiz, könnten abhängige Nachfrager aus der Schweiz eine Belieferung im Ausland zu den dort geltenden Konditionen einfordern, wobei hiervon letztere im Ergebnis von tieferen Preisen profitieren könnten. Überdies ist es auch denkbar, dass durch den steigenden Kostendruck auf die ausländischen Lieferkanäle der Druck auf Vertriebsunternehmen in der Schweiz ebenfalls zunehmen wird und allenfalls sogar zum Verschwinden von gewissen Schweizer Vertriebsunternehmen führen könnte. Dies könnte darauf hindeuten, dass diese Schweizer Vertriebssysteme auf ineffizienten Strukturen beruhten und sich zuvor grösstenteils nur dank mangelnder Konkurrenz im Markt halten konnten. Die fehlenden Gewinne dieser Unternehmen würden die Gewinnsteuereinnahmen auf Kantons- und Gemeindeebene entsprechend schmälern.

Auch die Landwirtschaft bezieht zahlreiche Vorleistungen, wie Maschinen, Tierfutter etc. aus dem Ausland und insofern können auch Abhängigkeiten von Landwirten zu relativ marktmächtigen Unternehmen bestehen. Landwirte gelten regelmässig als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG. Eine der Tatbestandsvoraussetzungen des indirekten Gegenvorschlags erfordert allerdings eine Benachteiligung im Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt. Der Schweizer Agrarmarkt ist zu einem grossen Teil gegenüber dem Ausland abgeschottet. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern überhaupt grenzüberschreitende Wettbewerbsverhältnisse bestehen, in denen Landwirte aus der Schweiz in ihrer Wettbewerbsfähigkeit benachteiligt sind. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, ist der indirekte Gegenvorschlag nicht anwendbar.

Der indirekte Gegenvorschlag könnte sich auch auf Anbieter digitaler Dienstleistungen auswirken. Mit der Digitalisierung der Wirtschaft sind vermehrt Anbieter sogenannter zweiseitiger (digitaler) Plattformmärkte, auf denen sich Anbieter und Nachfrager treffen, am Markt aufgetreten. Solche zweiseitigen Plattformen zeichnen sich durch positive Netzwerkeffekte aus. Das heisst, dass Anbieter und Nachfrager, welche sich auf der Plattform treffen, von einer Konzentrierung von wenigen Plattformen profitieren und demzufolge die Anbieter solcher Plattformen eine (relativ) marktmächtige Stellung erlangen können. Möchte beispielsweise ein in der Schweiz tätiges Unternehmen (z.B. ein Hotel) eine digitale Dienstleistung (z.B. Vermittlung einer Hotelübernachtung) beziehen und verhindert ein marktmächtiger Anbieter (z.B. Vermittlungsplattform) im Ausland, von dem dieses Unternehmen (z.B. Hotel) abhängig ist, den Bezug dieser Dienstleistung zu diskriminierungsfreien Bedingungen durch einseitiges Verhalten, kann ein Missbrauch einer relativ marktmächtigen Stellung im Sinne des indirekten Gegenvorschlags vorliegen. Somit könnte auch dem Anliegen der von Ständerat Pirmin Bischof am 30. September 2016 eingereichten Motion 16.3902 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie» entsprochen werden. Die vom Parlament⁴⁶ überwiesene Motion fordert den Bundesrat auf, sogenannte (enge und weite) Preisparitätsklauseln⁴⁷ in Verträgen zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels zu verbieten; aus den parlamentarischen Beratungen ergibt sich allerdings, dass insbesondere die Höhe der Vermittlungsprovisionen, die die im Markt (grenzüberschreitend) tätigen Vermittlungsplattformen fordern, in der politischen Diskussion relevant ist. Gehen mit einer allfälligen unterschiedlichen Behandlung in- und ausländischer Hotels Wettbewerbsverzerrungen zulasten der Schweizer Hotellerie, insbesondere im Verhältnis zu den Nachbarländern der Schweiz, einher, kann der indirekte Gegenvorschlag bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzung auch zur Verhinderung allfälliger privater Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt für Hotelübernachtungen führen.

Inwieweit Konsumentinnen und Konsumenten in Form der Weitergabe allfälliger Einsparungen durch die Unternehmen profitieren können, hängt wesentlich von der Wettbewerbsintensität und Nachfragesituation auf den jeweiligen Märkten ab. Gibt es wenig Wettbewerb auf einem Markt, ist es, analog zur Volksinitiative, nicht *a priori* garantiert, dass die günstigeren Einkaufspreise weitergegeben und nicht lediglich die Margen dieser Unternehmen gesteigert werden. Darüber hinaus werden die Preise für durch Zölle geschützten Lebensmittel nicht wesentlich sinken. Zu beachten sind vorliegend zudem die umfangreichen Ausnahmen des Cassis-de-Dijon-Prinzips⁴⁸. Hinzu kommt, dass die Konsumausgaben

⁴⁶ In der Herbstsession 2017 hat der Nationalrat die Motion als Zweitrat überwiesen, nachdem der Ständerat diese bereits im Frühling 2017 angenommen hatte.

⁴⁷ Bei engen Preisparitätsklauseln verpflichtet sich ein Hotel gegenüber einer Buchungsplattform, auf seiner eigenen Internetseite keinen Preis zu fordern, der den Preis auf der Buchungsplattform unterschreitet. Bei weiten Preisparitätsklauseln verpflichtet sich ein Hotel gegenüber einer Buchungsplattform auf praktisch allen Vertriebskanälen, keinen niedrigen Preis zu fordern, der den Preis auf der Buchungsplattform unterschreitet.

⁴⁸ Siehe zum Begriff Fn. 29.

grösstenteils in Bereichen liegen, die durch die neue Regelung nicht beeinflusst werden. So spielen beispielsweise lokal produzierte Dienstleistungen eine entscheidende Rolle für das hohe Preisniveau.⁴⁹ Auch wenn die Endpreise von gewissen Produkten durch die neue Regelung sinken könnten, wird durch die begrenzte Anzahl an betroffenen Produkten nur eine minime bis gar keine Breitenwirkung auf das Preisniveau feststellbar sein.

4 Rechtliche Aspekte

4.1 Verfassungsmässigkeit

Die Verfassungsgrundlagen des KG finden sich (wie im Ingress festgehalten) in Artikel 27 Absatz 1, 96, 97 Absatz 2 und 122 BV. Der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrates kann dabei insbesondere auf Artikel 96 BV gestützt werden. Artikel 96 Absatz 1 BV sieht vor, dass der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen hat. Zur Verwirklichung dieser Zielsetzung ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers beträchtlich.⁵⁰ So schreibt die Verfassung dem Gesetzgeber vorliegend weder bestimmte Mittel vor, noch verbietet sie ihm solche.⁵¹ Der indirekte Gegenvorschlag möchte grenzüberschreitende Wettbewerbsverzerrungen verhindern, denen regelmässig eine volkswirtschaftliche Schädlichkeit innewohnt. Daher qualifiziert er die Verweigerung der Lieferung von Waren und Dienstleistungen im Ausland durch marktmächtiger Anbieter in Fällen, in denen eine Verweigerung zu Wettbewerbsverzerrungen führt, als schädlich; er setzt allerdings auch ein hohes Mass an Marktmacht voraus, indem er verlangt, dass ein Nachfrager nur dann abhängig sein kann, wenn ihm keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Entsprechend ist Verfassungsmässigkeit des indirekten Gegenvorschlags zu bejahen.

4.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Die Regelung bezweckt die Förderung des Wettbewerbs, indem missbräuchliche Preisdiskriminierungen und die Abschottung des Schweizer Markts verhindert werden sollen. Dies ist auch im Sinne der Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der Schweiz. Die meisten dieser Freihandelsabkommen sehen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen vor, wonach der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, welcher die Handelsbeziehungen beeinträchtigt bzw. die beabsichtigte Marktöffnung unterläuft, nicht vereinbar mit diesen Abkommen ist (z.B. Art. 23 des Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, FHA⁵²). Auch wenn das Konzept der relativen Marktmacht nicht ausdrücklich von diesen Bestimmungen erfasst wird, ist der Gegenvorschlag mit ihnen vereinbar. So hält Artikel 23 des FHA Schweiz-EU fest, dass «die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gesamten Gebiet der Vertragsparteien oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen» nicht mit dem Abkommen vereinbar ist, insofern eine solche geeignet ist, den bilateralen Warenverkehr zu beeinträchtigen.

Weiter verbieten Artikel III des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens der WTO (GATT 1994), Artikel XVII des WTO-Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) sowie entsprechende Bestimmungen der Freihandelsabkommen der Schweiz ausländische Waren, Dienstleistungen oder

⁴⁹ Bericht des Bundesrats vom 22. Juni 2016 in Erfüllung des Postulats 14.3014 «Erleichterung der Zollabfertigung und Förderung von Parallelimporten dank Anerkennung weiterer Dokumente zur Erbringung des Ursprungsnachweises», Behinderung von Parallelimporten.

⁵⁰ Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, S. 301.

⁵¹ Botschaft KG 1994, S. 634.

⁵² SR 0.632.401

Dienstleistungserbringer weniger günstig als inländische zu behandeln, bzw. eine unmittelbar oder mittelbar diskriminierende Behandlung der Erzeugnisse ausländischer Anbieter. Zudem werden mengenmässige Beschränkungen von Importen (Art. XI GATT) sowie Massnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen (z.B. Art. 13 Abs. 1 FHA Schweiz-EU) untersagt.

Gemäss dem indirekten Gegenvorschlag werden ausländische Waren oder Dienstleistungen nicht weniger günstig als inländische behandelt, es liegt also keine unmittelbare Diskriminierung vor. Ausserdem behandelt der indirekte Gegenvorschlag in- und ausländische Dienstleistungserbringer gleich, wenn sie Dienstleistungen im Ausland anbieten und wenn die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der vorgeschlagenen Regelung erfüllt sind. Hierbei spielt sowohl der Sitz der Unternehmen als auch beispielsweise der Produktionsstandort keine Rolle. Zudem bleiben unter der vorgesehenen Regelung Preisdiskriminierungen weiterhin zulässig, wenn diese sachlich gerechtfertigt sind. Soweit in- und ausländische Produkte, Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer auch in der Praxis gleichermassen ins Recht gefasst werden, ist davon auszugehen, dass der indirekte Gegenvorschlag mit der Pflicht zur Inländerbehandlung unter den erwähnten Abkommen vereinbar ist. Ob hingegen die Anwendung des Konzepts der relativen Marktmacht auf einen spezifischen Sachverhalt, der ausschliesslich international tätige Unternehmen potentiell betrifft, seitens der Vertragspartner der Schweiz als mittelbare Diskriminierung ausgelegt würde, kann nicht abschliessend beurteilt werden.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der grenzüberschreitende Handel durch die gesetzlich vorgesehene und gegebenenfalls gerichtlich durchgeführte Preiskontrolle beeinflusst wird. Da die Intervention tiefere Preise zum Ziel hat, dürfte der grenzüberschreitende Handel aber eher gefördert als behindert werden. Deshalb ist davon auszugehen, dass der indirekte Gegenvorschlag auch mit den Verboten quantitativer Beschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung in den erwähnten Abkommen vereinbar ist. Zusammenfassend ist die vorgeschlagene Regelung mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar.

4.3 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Die Vorlage untersteht nicht der Ausgabenbremse nach Artikel 159 Absatz 3 Buchstabe b BV, da sie weder Subventionsbestimmungen noch die Grundlage für die Schaffung eines Verpflichtungskredites oder Zahlungsrahmens enthält.