



**Zustelladresse:**

c/o Prof. Dr. Leander D. Loacker, M.Phil.  
Lehrstuhl für Privat- und Wirtschaftsrecht,  
Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht  
sowie Rechtsvergleichung

Rämistrasse 74/62  
CH-8001 Zürich

T ++41 44 634 55 22  
F ++41 44 634 51 50

E [lst.loacker@rwi.uzh.ch](mailto:lst.loacker@rwi.uzh.ch)  
I [www.rwi.uzh.ch/loacker](http://www.rwi.uzh.ch/loacker)

c/o Lehrstuhl Prof. Dr. Loacker, Univ. Zürich, Rämistr. 74/62, CH-8001 Zürich

An das  
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO  
Direktion für Wirtschaftspolitik  
Holzikofenweg 36  
3003 Bern

Per E-Mail: [wp-sekretariat@seco.admin.ch](mailto:wp-sekretariat@seco.admin.ch)

Zürich, den 20. November 2018

**Vernehmlassung zum indirekten Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative  
Stellungnahme von Rechtsprofessorinnen und Rechtsprofessoren**

Sehr geehrter Herr Bundesrat Schneider-Ammann  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir begrüssen es, dass der Bundesrat mit seinem indirekten Gegenvorschlag Handlungsbedarf anerkennt. Gerne nehmen wir in diesem Zusammenhang die Möglichkeit wahr, zum Entwurf des indirekten Gegenvorschlags Stellung zu nehmen.

Die Umsetzung der Fair-Preis-Initiative sollte – entgegen dem Gesetzesentwurf des Bundesrats – systemkonform und unter Einbezug der Binnenwirtschaft erfolgen. Alles andere wäre mit einem Kernanliegen des Kartellrechts, nämlich Regelungsgleichheit für alle (d.h., für ausländische wie inländische Unternehmer herzustellen) letztlich nicht vereinbar.

**Wir fordern daher insbesondere folgende Nachbesserungen:**

***EXECUTIVE SUMMARY***

- **Das Konzept der relativen Marktmacht ist auf Anbieter *und* Nachfrager anzuwenden.**
- **Die «Benachteiligung der Marktgegenseite» ist bei relativer Marktmacht als alternatives Tatbestandsmerkmal aufzunehmen.**
- **Inländische Sachverhalte sind ebenfalls zu erfassen.**
- **Die bisherigen missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 Abs. 2 KG müssen grundsätzlich auch für relativ marktmächtige Unternehmen gelten.**



## **I. Anträge auf Änderung**

### **1) Legaldefinition relativ marktmächtiger Unternehmen (Art. 4 Abs. 2bis)**

Auch nachfragende Unternehmen können relativ marktmächtig sein und ihre Marktmacht missbräuchlich einsetzen. Daher ist die Angebotsseite ebenfalls in die Legaldefinition einzubeziehen.

### **2) Verhaltensvorschriften**

Vorab zur Gesetzssystematik: Eine Spezialbestimmung im Sinn von Art. 7a ist systemwidrig. Daher sollte vom Erlass einer solchen Bestimmung abgesehen werden.

Neue kartellrechtliche Verhaltensvorschriften sollten

- a) wie Art. 7 KG (und entgegen Art. 7a) auf inländische und ausländische Sachverhalte gleichermassen Anwendung finden;
- b) nicht nur anwendbar sein, wenn der Tatbestand der «Behinderung im Wettbewerb», sondern alternativ auch wenn der Tatbestand der «Benachteiligung der Marktgegenseite» erfüllt ist. Denn ohne den Tatbestand der «Behinderung der Marktgegenseite» können gegen Unternehmen, die nicht in direktem Wettbewerb mit Unternehmen aus dem Ausland stehen – das sind die Unternehmen der eigentlichen Binnenwirtschaft – weiterhin diskriminierende «Schweiz Zuschläge» durchgesetzt werden; damit würde absurderweise die Binnenwirtschaft ganz spezifisch benachteiligt werden, sollte der Gegenvorschlag realisiert werden;
- c) nicht auf Fälle der *Diskriminierung von Handelspartnern* im Sinn von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG beschränkt sein; denn es sollten alle auch für relativ marktmächtige Unternehmen relevanten Verhaltensweisen des Beispielskatalogs von Art. 7 Abs. 2 KG erfasst sein; die fragliche Bestimmung sollte zudem wie Art. 7 Abs. 2 KG *offen* formuliert werden.

### **3) Online-Handel, Geoblocking**

Die Meinung des Bundesrats, einseitige Massnahmen der Schweiz hätten keine Wirkung, ist zu undifferenziert: Grosse Unternehmen (man denke an Amazon oder Zalando) werden sich schon aus Gründen der *Compliance* an neues schweizerisches Recht halten. Kleine Unternehmen müssten wohl nachziehen, sonst würden sie Geschäfte verlieren.

Eine Bestimmung gegen Geoblocking kann daher auch einseitig eingeführt werden und diesfalls faktisch die erwünschten Wirkungen erzeugen.



## II. Begründung

### 1. Rechtliche Aspekte

#### a) Argument der Rechtsunsicherheit

Das Kriterium der «relativen Marktmacht» soll nach Meinung des Bundesrats (siehe erläuternder Bericht, S. 10) zu Abgrenzungsschwierigkeiten und damit zu «Unsicherheit in Hinblick auf kartellrechtliche Verfahren» führen.

Dieser Einschätzung kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden:

Ein Unternehmen, das beispielsweise Lieferungen verweigert, kennt die Wettbewerbsverhältnisse in der eigenen Branche und kann ohne Weiteres selbst beurteilen, ob ein nachfragendes Unternehmen keine Ausweichmöglichkeiten hat und daher von ihm abhängig ist. Dazu kommt, dass relativ marktmächtige Unternehmen bei unzulässigem Verhalten keine direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG zu gewärtigen haben.

Da die Übergänge von «Markteinfluss» über «Marktmacht» und «relative Marktmacht» hin zu «Marktbeherrschung» im Sinn von Art. 7 bzw. Art. 10 Abs. 2 KG notwendig fließend sind, besteht diesbezüglich schon *de lege lata* eine gewisse Mass an unvermeidbarer Rechtsunsicherheit. Allerdings ist dieses gewisse Mass an Rechtsunsicherheit keineswegs unbewältigbar, wie das Beispiel Deutschlands zeigt, wo das Konzept der relativen Marktmacht seit langem etabliert ist und nach einer ersten Einführungsphase heute die wesentlichen Grundsatzfragen als durch die Rechtsprechung längst geklärt zu betrachten sind (vgl. schon das Gutachten NOTHDURFT, Relative Marktmacht, 2005, der dem Konzept hinreichende Klarheit attestiert [S. 52]). Ein Vorteil, den man sich hierzulande selbstverständlich zunutze machen kann (zu den entsprechenden Erkenntnismöglichkeiten der Rechtsvergleichung im konkreten Kontext bereits eingehend HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, S. 213 ff.).

Im Übrigen ist nicht zu verkennen, dass man gleichartige Rechtssicherheitsbedenken freilich gegenüber zahlreichen Tatbestandselementen vorbringen könnte – man denke nur einmal an das Konzept des «abhängigen Unternehmens». Und nicht zuletzt ist auch der Ansatz der «absoluten» Marktmacht kaum «rechtssicherer» als derjenige des «relativen» Pendant – beide erfordern gleichermaßen sorgfältiger Differenzierung und haben sich doch zweifellos im Ganzen bewährt.

Zugespitzt könnte man die jetzige Situation demnach wie folgt auf den Punkt bringen: In absoluter «Rechtssicherheit» können sich heute vor allem diejenigen Unternehmen wiegen, die sachlich ungerechtfertigte «Schweiz Zuschläge» durchsetzen. Denn sie wissen, dass diese die schweizerische Volkswirtschaft massiv schädigende Verhaltensweise bisher keine Sanktionen nach sich zieht.



**b) Relativierung der Bedeutung der geltenden Missbrauchsaufsicht**

Grundbestimmung für die schweizerische Missbrauchsaufsicht ist der geltende Art. 7 KG. Wird dem Art. 7 KG ein Art. 7a an die Seite gestellt, so verliert Art. 7 KG an Bedeutung:

Der Begriff der Marktbeherrschung ist sprachlich (wie bereits angedeutet) ein Kontinuum und weist daher keine klaren Grenzen auf. Von Anfang an erfasste dieser Begriff auch gewisse Fälle relativer Marktmacht. Bei der Revision des Kartellgesetzes 2003 schlug der Bundesrat denn auch in der Botschaft 2001 eine *Präzisierung* des Textes von Art. 4 Abs. 2 KG zur klareren Erfassung von Fällen relativer Marktmacht vor. Wird nun zur Beurteilung von Fällen relativer Marktmacht eine eigene Bestimmung erlassen, so führt dies dazu, dass der geltende Art. 7 KG Fälle relativer Marktmacht gar nicht mehr erfasst bzw. dazu, dass für Fälle relativer Marktmacht nur noch die Bestimmung von Art. 7a einschlägig ist.

**c) Vergleichbarkeit von Marktbeherrschung und relativer Marktmacht**

Für ein behindertes Unternehmen ist es irrelevant, ob es von einem marktbeherrschenden oder von einem bloss relativ marktmächtigen Unternehmen abhängig ist. Entscheidend ist, dass es keine Ausweichmöglichkeiten hat und deshalb anderen Unternehmen ausgeliefert ist. Für eine Ausklammerung der relativ marktmächtigen Unternehmen ist kein überzeugender Grund ersichtlich.

**2. Ökonomische Aspekte**

Die Binnenwirtschaft wird in der Textierung des Vorschlags des Bundesrats (wie gezeigt) nicht berücksichtigt: Würde in den Art. 7a – wie vom Bundesrat vorgeschlagen – nur der «Behinderungstatbestand», nicht jedoch der «Tatbestand der Benachteiligung der Marktgegenseite» aufgenommen, dann würde diese Regelung beispielsweise keine Situationsverbesserung für die folgenden Unternehmen und Institutionen mit sich bringen:

- öffentliche Verwaltung (Gemeinden, Kantone, Bund)
- Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (SBB, Postauto, RhB, VBZ und andere)
- Universitäten und andere Ausbildungsstätten
- Spitäler, die öffentlichen und wohl auch die privaten
- praktizierende Ärzte (Praxisgemeinschaften)
- zahlreiche Gewerbebetriebe, die ihre Produkte nicht exportieren (Bäckereien, Metzgereien usw.)
- zahlreiche Dienstleistungsbetriebe, die ihre Produkte nicht exportieren, insbesondere Betriebe des Hotel- und Gastgewerbes



- das Autoreparaturgewerbe (Stichwort: Originalersatzteile)
- zahlreiche landwirtschaftliche Betriebe, soweit die dort benötigten Produkte nicht international frei handelbar sind.

Denn diese und viele weitere Unternehmen stehen kaum im Wettbewerb mit Unternehmen im Ausland und werden daher durch «Schweiz Zuschläge» nicht – wie im vorgeschlagenen Art. 7a wohl zwingend vorausgesetzt – im Wettbewerb behindert. Gegenüber diesen Unternehmen könnten wie bis anhin «Schweiz Zuschläge» auch in Zukunft durchgesetzt werden. Die dadurch verursachte Benachteiligung trifft in sehr vielen Fällen nicht nur diese Unternehmen selbst, sondern letztlich alle schweizerischen Steuer- und Prämienzahler. Dies zu verhindern, sollte ein zentrales Anliegen für einen umsichtigen Kartellgesetzgeber sein.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anträge und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

.....  
Prof. Dr. rer. publ. Peter Nobel  
em. Professor an den Universitäten St. Gallen und Zürich  
Rechtsanwalt, Zürich

.....  
Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Ivo Schwander  
em. Professor an der Universität St. Gallen  
Rechtskonsulent, Zürich

.....  
Prof. Dr. rer. publ. Andreas Kley  
Professor an der Universität Zürich

.....  
Prof. Dr. iur. Leander D. Loacker, M.Phil.  
Professor an der Universität Zürich



**Dieser Stellungnahme haben sich mit Bestätigung an die oben Angeführten ausdrücklich angeschlossen:**

- Prof. Dr. Ruth Arnet, Professorin an der Universität Zürich
- Prof. Dr. Alexander Brunner, Oberrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, em. Titularprofessor an der Universität St. Gallen
- Prof. Dr. Andrea Büchler, Professorin an der Universität Zürich
- Prof. Dr. Tanja Domej, Professorin an der Universität Zürich
- Prof. Dr. Thomas Gächter, Professor an der Universität Zürich
- Prof. Dr. Isabelle Häner, Titularprofessorin an der Universität Zürich, Rechtsanwältin
- Prof. Dr. Stefan Heimgartner, Titularprofessor an der Universität Zürich, Richter am Bundesstrafgericht
- Prof. Dr. iur. Dres. h.c. Ernst A. Kramer, em. Professor an der Universität Basel
- Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Professor an der Universität Zürich
- Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Manfred Rehbinder, em. Professor an der Universität Zürich
- Prof. Dr. Vito Roberto, Professor an der Universität St. Gallen
- Prof. Dr. Roger Rudolph, Professor an der Universität Zürich
- Prof. Dr. Simon Schlauri, Titularprofessor an der Universität Zürich, Rechtsanwalt
- Prof. Dr. Marcel Senn, Professor an der Universität Zürich
- Prof. Dr. Anton K. Schnyder, em. Professor an der Universität Zürich
- Prof. Dr. Andreas Ziegler, Professor an der Universität Lausanne