

5 Jahre modernes Kartellrecht: Was ist erreicht? Was bleibt zu tun?

5. Mai 2009, ZHAW School of Management and Law, Winterthur

Simonetta Sommaruga, Ständerätin, Präsidentin Stiftung für Konsumentenschutz, Bern

Es gilt das gesprochene Wort!

Der Wettbewerb ist ein ganz besonderes Phänomen: Alle sind dafür – solange bis sie selber davon betroffen sind. Das ist verständlich, denn Wettbewerb ist etwas Mühsames und Anstrengendes, nie kann man sich zurücklehnen und ausruhen, immer muss man auf der Hut sein.

Der Wettbewerb hat in der kleinen Schweiz einen besonders schweren Stand, denn hier kennt jeder jeden, man will sich nicht auf die Füsse treten, man ist sich so nahe und fährt am besten, wenn man sich mit dem anderen arrangiert. Wettbewerb hingegen bedeutet: mein Kollege, mein Nachbar ist mein Konkurrent, und ich versuche, ihn zu überholen, versuche besser, schneller oder billiger zu sein. Das tut meinem Nachbarn unter Umständen weh, und deshalb macht der Wettbewerb auch Angst. In der kleinen Schweiz ist man auch aufeinander angewiesen. Der Bauer im Dorf kauft seinen Traktor nicht im Ausland – obwohl er dort Tausende von Franken weniger bezahlen muss, was für ihn eigentlich ganz interessant wäre. Aber die Vorstellung, dass er dann mit dem im Ausland gekauften Traktor beim Dorfgaragisten für eine Reparatur vorbeigehen muss, hält ihn davon ab, den Wettbewerb spielen zu lassen, und er kauft den Traktor weiterhin im Dorf.

In der Schweizer Wirtschaft bleibt man aber nicht nur auf der Ebene Bauer-Dorfgaragist am liebsten unter sich und handelt die Geschäfte untereinander aus. Diese Tendenz ist vielmehr auch in den Teppichetagen gang und gäbe. Wenn man die personellen Entscheide der letzten Wochen bei UBS, CS und Swiss Re anschaut, mag man sich zumindest fragen, ob hier etwas mehr Wettbewerb nicht auch ganz gut getan hätte. Der Wettbewerb hat also in der Schweiz wahrlich keinen einfachen Stand.

Schleichende Veränderungen

Allerdings muss man zugeben, dass wir in der Vergangenheit auch gar nicht so schlecht damit gefahren. Unser Wohlstand scheint darunter nicht wirklich gelitten zu haben. Ob das in Zukunft so bleibt, wage ich allerdings zu bezweifeln. Denn die Globalisierung verändert die wirtschaftliche Situation – auch jene der Schweiz – stark. Die Folgen bekommen wir schleichend, aber immer deutlicher zu spüren.

Ich möchte Ihnen dazu ein ganz konkretes Beispiel nennen: Die Stiftung für Konsumentenschutz hat früher in erster Linie Warentests publiziert. Anfang der 90er Jahre

haben wir – aus Kostengründen - versucht, wenn immer möglich bei europäischen Tests mitzumachen. Dabei mussten wir praktisch für alle Tests eigene Produkte beifügen, die nur auf dem Schweizer Markt verkauft wurden. Diese Produkte waren stets aus dem hochpreisigen Sektor, weil sie qualitativ besser, oder in Sachen Innovation ganz vorne oder besonders luxuriös gearbeitet waren.

Heute gibt es diesen „Sondermarkt Schweiz“ praktisch nicht mehr. Die globalisierten Waren sind weltweit – oder zumindest europaweit – identisch. Wir haben in der Schweiz faktisch exakt die gleichen Produkte wie der übrige europäische Raum – mit dem einzigen Unterschied, dass die Produkte in der Schweiz immer noch teurer verkauft werden!

In Zeiten der Globalisierung ist das aber volkswirtschaftlich unerwünscht und gar schädlich, denn wenn wir in der Schweiz für importierte Güter – und diese machen bekanntlich rund 140 Mrd. Franken pro Jahr aus – deutlich mehr bezahlen müssen, wird die Kaufkraft der KonsumentInnen geschmälert. Aber auch die Wettbewerbsfähigkeit der KMU und der Schweizer Wirtschaft generell leidet darunter, wenn sie für Ausrüstungsgüter, Maschinen, Geräte, Baustoffe etc. mehr bezahlen müssen als ihre ausländischen Konkurrenten.

Volkswirtschaftlich ist diese Situation schliesslich auch deshalb ein Problem, weil das Geld für die überhöhten Preise ins Ausland fliesst, ohne dass die Wertschöpfung, die Arbeitsplätze und die Steuereinnahmen wenigstens in der Schweiz bleiben. Die KonsumentInnen sind dieser Situation natürlich nicht einfach ausgeliefert. Sie handeln auch entsprechend und kaufen seit Jahren für mehr als 2 Mrd. Franken Lebensmittel und Güter des täglichen Bedarfs im nahen Ausland ein. Eine Summe, die unserer Volkswirtschaft natürlich auch wehtut.

Damit Sie mich nun aber recht verstehen: Es geht mir nicht um höhere Preise generell, die bekämpft werden müssen. Höhere Preise können durchaus ihre Rechtfertigung haben, wenn damit ein Mehrwert verbunden ist, sei es durch eine bessere Qualität, einen besseren Service oder mehr Innovation. Ein höherer Preis – verbunden mit einem klar definierten Lenkungseffekt oder einer Förderabsicht – kann ebenfalls durchaus sinnvoll sein. Problematisch sind die hohen Preise aber überall dort, wo kein Mehrwert für die Abnehmer oder die Volkswirtschaft damit verbunden ist, also in erster Linie bei importierten Produkten, wo wir für identische Produkte mehr bezahlen müssen.

Aufgaben der Politik

Diese Zusammenhänge wurden in der Politik in den vergangenen Jahren intensiv erarbeitet und werden nun doch einigermaßen anerkannt - was allerdings noch nicht bedeutet, dass dann auch die entsprechenden Massnahmen beschlossen werden...

Die Politik muss meines Erachtens in diesem Bereichen auf zwei Ebenen tätig werden: auf der staatlichen Ebene und auf der privaten. Auf der *staatlichen* Ebene geht es einerseits um die administrierten Preise, also jene Preise, die vom Staat, respektive

von der öffentlichen Hand festgelegt werden. Auf der anderen Seite geht es um jene Bereiche, wo die Preise durch staatliche Regulierungen beeinflusst werden.

Administrierte Preise

Staatlich administriert sind zum Beispiel die Preise für kassenpflichtige Medikamente. Für einen gewissen Wettbewerb könnte gesorgt werden, wenn Anbieter *und* Abnehmer gegen solche Preise rekurrieren könnten. Dem ist aber nicht so: nach heutigem Recht kann ausschliesslich die Pharma gegen diese staatlich festgelegten Preise Rekurs einlegen. Da muss man sich nicht wundern, dass die Medikamentenpreise in der Schweiz massiv höher sind als im Ausland (das hat mit dem Forschungsauftrag der Schweizer Pharma nichts zu tun, denn fast $\frac{3}{4}$ aller Medikamente sind ja importiert!). Interessant, dass man bis heute keine politische Mehrheit gefunden hat, die dieses einseitige Rekursrecht der Pharma aufheben und der Abnehmerschaft wenigstens gleich lange Spiesse zugestehen will.

Staatlicher Einfluss auf Preisbildung

Ich komme nun zu jenem Bereich, wo der Staat die Preisbildung beeinflusst, indem er für den Import von Gütern Hürden aufbaut – oder zulässt –, die dazu führen, dass in der Schweiz hohe, respektive überhöhte Preise verlangt werden können. Diese Hürden können Regeln zum Geistigen Eigentum sein, aber auch andere nicht-tarifäre und tarifäre Handelshemmnisse. Sie alle sind dazu geeignet, den Schweizer Markt abzuschotten und den Wettbewerb zu behindern oder gar auszuschalten.

Während mehr als zehn Jahren hat das Parlament die Frage der *Erschöpfung im Patentrecht* beraten, bis im letzten Herbst der Entscheid fiel, dass der Patentschutz nicht länger für Marktabschottung – und damit höhere Preise – missbraucht werden darf. SVP und FDP haben sich bis am Schluss gegen diese Regel für mehr Wettbewerb gewehrt. Und die Lösung, die das Parlament beschlossen hat, ist auch unvollständig: Medikamente sind von dieser neuen, wettbewerblichen Regelung ausgeschlossen. Eine materiell nicht wirklich nachvollziehbare Entscheidung, sondern vielmehr das Ergebnis der Machtverhältnisse und des Einflusses der Pharmaindustrie im Parlament und bei einzelnen politischen Parteien. Auch Economiesuisse hat sich an vorderster Front dagegen gewehrt.

Das Parlament befasst sich zur Zeit mit dem Abbau von weiteren *nicht-tarifären Handelshemmnissen*, indem in der Schweiz das sogenannte Cassis-de-Dijon-Prinzip eingeführt werden soll. Diese neue Regelung führt dazu, dass jedes Produkt, das in der EU rechtmässig in Verkehr gebracht worden ist, auch in die Schweiz importiert werden darf, unabhängig davon, ob es den Schweizer Normen entspricht oder nicht. Das verspricht natürlich auch mehr Wettbewerb auf dem Schweizer Markt. Unschön ist an dieser Regelung tatsächlich, dass die Schweizer Wirtschaft kein Gegenrecht erhält und ebenfalls automatisch in die EU exportieren darf. Doch das ist nicht das Problem der Vorlage, sondern der Preis, den wir für unser Abseitsstehen von der EU und vom EWR bezahlen.

Schliesslich wird sich das Parlament in nächster Zeit mit dem Abbau von *tarifären Handelshemmnissen* befassen, nämlich mit dem Abbau von Zöllen im Agrarbereich. Die Schweiz verhandelt bekanntlich mit der EU über ein Agrarfreihandelsabkommen. Der Widerstand in der Schweiz gegen diesen Freihandel ist beträchtlich. Es zeichnet sich – übrigens wie beim Cassis-de-Dijon-Prinzip - eine interessante (man kann auch sagen: bizarre) Allianz von SVP und Grünen ab, die dagegen ankämpft.

Sie sehen, dass man sich in der Politik in diesen letzten Jahren doch bemüht hat, den staatlichen Einfluss auf die Preisregulierung so zu gestalten, dass Importwettbewerb vermehrt möglich ist oder zumindest nicht durch staatliche Regulierung verhindert wird. Dass die Sozialdemokratische Partei als einzige Partei in all diesen Fragen konsequent auf der Seite des Wettbewerbs stand, entspricht vielleicht nicht den Vorurteilen, die in vielen Köpfen herrschen, entspricht aber ganz einfach den Tatsachen.

Vertragliche Preisregelung zwischen Privaten

In den kommenden Monaten schlagen wir nun ein weiteres Kapitel im Bestreben nach wirksamem Wettbewerb auf, nämlich das Kartellrecht. Hier geht es nicht mehr um staatliche Wettbewerbsbeschränkungen, sondern um die vertragliche Preisregelung zwischen Privaten, wobei dem Staat die Aufgabe zukommt, den wirksamen Wettbewerb zu schützen und zu fördern.

Der Wettbewerb – das sage ich Ihnen voraus – wird auch hier wieder einen schweren Stand haben. Allein die Tatsache, dass wir in der Schweiz nicht ein Kartellverbot, sondern ein „Kartell-Recht“ haben, zeigt, dass in unserem Land die Meinung immer noch prominent vertreten ist, es gebe in der Wirtschaft sozusagen ein Recht auf Absprachen, solange deren Schädlichkeit nicht bewiesen ist. Wie gross der Schaden für die KonsumentInnen, aber auch für die Aktionäre und vor allem für die Mitbewerber auf dem Markt ist, davon ist kaum je die Rede. Auch in den Unterlagen von Economiesuisse – zum Beispiel – sind solche Überlegungen nicht einmal der Rede wert.

Entsprechend sind nun auch schon Vorschläge auf dem Tisch mit denen eines der zentralen Elemente im Kartellgesetz – nur fünf Jahre nach dessen Einführung – schon wieder ausgehebelt werden sollen.

Wenig Ehrgeiz in Sachen Wettbewerb

Doch zuerst noch ein paar Worte zur Evaluation: Man zeigt sich allgemein zufrieden mit der Wettbewerbssituation in der Schweiz. Da frage ich mich: Wo bleibt denn hier der Ehrgeiz, besser zu werden?

Auch die Arbeit der Wettbewerbsbehörde fällt in der Evaluation recht positiv aus, wobei mich diese Einschätzung nicht wirklich verwundert. Schliesslich war der Direktor jener Behörde, deren Arbeit letztlich evaluiert wurde, Projektverantwortlicher, und auch der Projektleiter der ganzen Evaluation war ein Mitarbeiter der Weko. Ob da die nötige Distanz zum Geschäft und zur eigenen Arbeit genügend vorhanden war, lasse ich zumindest mal offen. Meine persönliche Beurteilung ist zumindest um einiges kritischer. Der Output der Weko an Entscheiden – vor allem an wegleitenden Entscheiden mit systemischer Wirkung auf den Markt – war in diesen letzten 5 Jahren

äusserst bescheiden. Im zentralen Punkt der letzten Kartellgesetzrevision – nämlich bei den Vertikalbindungen nach KG Art.5 Abs.4 – gab es bis heute keine Entscheidung, zumindest keine Leitentscheidung, die für den Handel eine gewisse Signalwirkung hätte. Das Kartellgesetz ist in diesem zentralen Punkt deshalb noch nicht einmal wirklich umgesetzt worden – doch das scheint die Evaluatoren nicht zu stören.

Ich mache schliesslich auch ein paar Fragezeichen zur Zusammenarbeit und Aufgabenteilung zwischen dem Sekretariat der Weko und der Wettbewerbskommission. Dass das Sekretariat ohne Konsultation der Kommission der Cablecom in Sachen Verschlüsselung von Gratis-Fernsehprogrammen sozusagen einen Persilschein ausstellen konnte, ist für mich nach wie vor nicht nachvollziehbar. Und schliesslich bleibt mir auch der Kreditkarten-Entscheidung der Weko in schlechter Erinnerung. Der Deal – respektive die einvernehmliche Regelung – zwischen Weko und Banken ist aus Konsumenten-, aber auch aus Wettbewerbsicht alles andere als positiv. Er führt dazu, dass mit Segen der Wettbewerbsbehörde die Gebühren für die Kreditkarten in der Schweiz auf Jahre hinaus höher sind als der europäische Durchschnitt.

Ich komme deshalb zum Schluss, dass die Wettbewerbssituation in der Schweiz keineswegs wirklich zufriedenstellend ist. Kürzlich hat ein Mann aus dem Detailhandel, der seit über dreissig Jahren im Einkauf tätig ist, in einem Hearing der ständerätlichen Wirtschaftskommission eine ganze Reihe von Beispielen präsentiert, wie der Wettbewerb zwischen Schweizer Nachfragern ausgeschaltet wird. Das passiert so, dass ausländische Hersteller den entsprechenden Schweizer Händler nicht beliefern, seine Anfragen einfach unbeantwortet lassen, ihm die Verkaufspreise vorschreiben oder die importierte Ware mit Verdacht auf Fälschung am Zoll beschlagnahmen lassen (wobei dann der Importeur nachweisen muss, dass es sich nicht um eine Fälschung handelt) mit der Folge, dass die Ware so verspätet eintrifft, dass sie aus saisonalen Gründen gar nicht mehr verkauft werden konnte.

In einer globalisierten Welt ist es aus schweizerischer Sicht aber wettbewerbslich zentral, dass Nachfrager in der Schweiz auf Anbieter im nahe gelegenen Ausland ausweichen können. Gerade daran werden sie aber mit allen möglichen Mitteln gehindert.

Massive Aufweichungen des Kartellrechts geplant

Ich mache mir deshalb besonders Sorge – und auf dieses Thema möchte ich zum Schluss nun noch etwas genauer eingehen – weil es jetzt Bestrebungen gibt, das heute geltende Kartellgesetz ausgerechnet im entscheidenden Punkt der vertikalen Preis- und Gebietsabsprachen aufzuweichen, anstatt diesen entscheidenden Punkt endlich mit wegweisenden Entscheidungen umzusetzen. Empfehlungen für eine Aufweichung in diesem Punkt kommen ausgerechnet von der Evaluationsgruppe und werden von den traditionell wettbewerbs-scheuen Kreisen dankbar aufgenommen.

Dabei gehört die Bekämpfung von vertikalen Abreden über Preise und absoluten Gebietsschutz wohl auch in Zukunft zu den Prioritäten der schweizerischen Wettbewerbspolitik. Oder vielleicht noch etwas deutlicher ausgedrückt: Nachdem sich die Unternehmen zur Durchsetzung von höheren Preisen in der Schweiz viel weniger auf

staatliche Wettbewerbsbeschränkungen stützen können, werden sie wieder vermehrt das Instrument der „vertraglichen“ Preisfestsetzung und Gebietsabschottung einsetzen. Deshalb wäre es fatal, ausgerechnet in diesem Bereich die Schleusen wieder zu öffnen, bevor sie überhaupt richtig eingesetzt worden sind, wie die wenigen Beispiele, die ich erwähnt habe, gezeigt haben.

In den Absätzen 3 und 4 von Artikel 5 des Kartellgesetzes geht es um die sogenannten „harten Kartelle“: nämlich um Preisabsprachen sowie um den absoluten Gebietschutz. In diesen Fällen wird die Beseitigung von wirksamem Wettbewerb vermutet. Nun empfiehlt die Evaluationsgruppe, auf diese Vermutung zu verzichten, und dafür der Einzelfallbetrachtung mehr Gewicht zu geben und die konkreten Marktverhältnisse zu berücksichtigen. Ich kann diese Argumente nicht nachvollziehen. Es ist ja mit dem heutigen Gesetz nicht so, dass eine Einzelfallbetrachtung nicht möglich wäre. Im Gegenteil: Die „Vermutung“ lässt ja gerade zu, dass diese auch widerlegt werden kann – und zwar genau aufgrund einer Einzelfallbetrachtung. Die gewünschte Flexibilität ist also durchaus vorhanden. Es ist nicht einzusehen, weshalb man einen Teil der harten Kartelle – nämlich die Preis- und Gebietsabsprachen - anders behandeln sollte als die horizontalen Absprachen.

Ebenso erstaunt hat mich die Empfehlung der Evaluationsgruppe, einen zentralen Punkt der Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission zu ändern. Die Evaluationsgruppe findet, dass es in Zukunft genügen soll, wenn man den Interbrand-Wettbewerb nachweisen kann, um die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs zu widerlegen.

Diese Bestrebung widerspricht aber ganz klar dem Willen des Gesetzgebers, der nämlich mit Artikel 5 Absatz 4 verhindern wollte, dass der Wettbewerb innerhalb der Marke X ausgeschaltet wird. Wir sind uns ja bewusst, dass vertikale Abreden über Preise oder absoluten Gebietschutz am weitest häufigsten bei Markenartikeln vorkommen, die international vertrieben werden. Solche Abreden sind dort nicht die Ausnahme, sondern die Regel. Mit entsprechenden Folgen für die Preise:

Ich nenne Ihnen gerne ein Beispiel: Die standardisierte Nivea-Handcrème (200 Gramm) kostet in der Schweiz bei Lidl 2.63 Franken, bei Denner 3.95 Fr und bei Migros und Coop 5.40 resp. 5.20 Fr. Während die deutsche Firma Lidl die Nivea-Produkte direkt in Deutschland günstiger beziehen kann, sind die Schweizer Anbieter Denner, Migros und Coop auf den Alleinvertrieber Beiersdorf Schweiz angewiesen. Die Verteuerung auf Detailhandelsstufe in der Schweiz beträgt 50 bis 105 Prozent (nicht mehrwertsteuerbereinigt)! Wenn nun also der Nachweis von Interbrand-Wettbewerb genügt – in diesem Fall würde das heissen: der Nachweis, dass es noch andere Handcrèmes gibt -, um die Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird, zu widerlegen, dann ist Art.5 Abs.4 toter Buchstabe – für den Kampf gegen überhöhte Preise in unserem Land eine fatale Entwicklung.

Auf weitere Empfehlungen der Evaluationsgruppe sowie andere Anliegen, wie die von der Firma Schindler eingespiesene Motion von Ständerat Rolf Schweizer, mit der

das System der Sanktionen – kaum eingeführt – schon wieder ausgehebelt werden soll, kommen wir in der folgenden Diskussion bestimmt noch zu sprechen.

Weko: Entscheiden statt Papier produzieren

Ein Satz noch zur Zusammensetzung der Wettbewerbskommission. Ich habe schon bei der letzten Kartellgesetz-Revision ein professionelles Gremium verlangt. Wobei das Problem heute nicht einfach die Verbandsvertreter mit ihren spezifischen Interessen sind – auch Professoren haben nämlich manchmal Interessen. Wichtiger wäre mir, dass in diesem Gremium vermehrt Leute sitzen, die in der Wirtschaft, in der Politik oder an Gerichten Durchsetzungs- und Entscheiderfahrung gesammelt haben, Eigenschaften, die ich nicht automatisch jedem Professoren zuschreiben würde.