

Dokument	SZK 2022 59
Autor	David Mamane
Titel	Die relative Marktmacht im Schweizer Kartellrecht
Seiten	59-67
Publikation	Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht
Herausgeber	Mani Reinert, Richard Stäuber, Monique Sturny
ISSN	2813-0715
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

SZK 2022 59

Die relative Marktmacht im Schweizer Kartellrecht

Von der Relativitätstheorie zur Praxis

lic. iur. David Mamane, LL.M. (Bruges), Advokat, Zürich *

Die per 1. Januar 2022 in Kraft getretene Revision des Kartellgesetzes führt neue Regeln für Unternehmen mit relativer Marktmacht ein. Relative Marktmacht wird angenommen, wenn andere Unternehmen keine Ausweichmöglichkeiten haben und abhängig sind. Diese Unternehmen haben Sonderpflichten z.B. in Bezug auf Belieferungen von Schweizer Kunden im Ausland, Diskriminierung zwischen Geschäftspartnern und die Beendigung von Verträgen.

The revision of the Cartel Act which came into effect on January 1, 2022, introduces new rules for companies with relative market power. Relative market power is assumed if other companies have no alternative and are dependent. These companies have special obligations, e.g., with regard to deliveries to Swiss customers abroad, discrimination between business partners and the termination of contracts.

I. Ursprung und Hintergrund

Per 1. Januar 2022 traten eine Revision des Schweizer Kartellgesetzes (KG)¹, welche das Konzept der sog. «relativen Marktmacht» und einen neuen Missbrauchstatbestand für Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen bzw. Unternehmen mit relativer Marktmacht einführt, sowie eine Revision des Bundesgesetzes gegen unlauteren Wettbewerb ([UWG](#))², welche das sog. Geoblocking untersagt, in Kraft. Ursprung dieser Änderungen sind die Ende 2017 eingereichte eidgenössische Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise»³ (sog. Fair-Preis-Initiative, FPI) und deren indirekte Umsetzung durch den Schweizer Gesetzgeber.

* lic. iur. David Mamane, LL.M. (Bruges), Advokat, ist Partner bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich und Lehrbeauftragter für Kartellrecht an der Universität Luzern. Der Autor bedankt sich bei Lucina Herzog, LL.M., Rechtsanwältin, und Rafaele Perot, M.A. HSG in Law & Economics, für die wertvolle Unterstützung.

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 ([UWG](#); SR 241).

³ Eidgenössische Volksinitiative «Stopp der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)», eingereicht am 12. Dezember 2017.

Hintergrund der FPI bildete die Diskussion über die Schweiz als «Hochpreisinsel». Für das hohe Preisniveau wurde der sog. Schweiz-Zuschlag verantwortlich gemacht. Hierunter ist die angebliche gezielte Abschöpfung der Schweizer Zahlungsbereitschaft durch ausländische Unternehmen zu verstehen, i.d.R. mit Mitteln der unilateralen territorialen Konditionendifferenzierung oder durch Marktabschottung und vertikale Preisbindungen. Die Ursachen der relativ hohen Schweizer Preise sind jedoch vielfältiger Natur und können nicht allein auf private Wettbewerbsbeschränkungen zurückgeführt werden.⁴ Weitere wichtige Faktoren bestehen u.a.

SZK 2022 59, 60

in Handelshemmnissen (wie Zöllen), Transportkosten oder abweichenden Produktvorschriften bis hin zu allgemein höheren Produktionskosten in der Schweiz. Im Kern schlug die Initiative die Aufnahme des Konzepts der relativen Marktmacht in das Schweizer Kartellrecht vor, wobei die deutsche Regelung in § 20 GWB⁵ als Vorbild diente. Zentrale Forderung war dabei nicht der Anspruch auf Lieferung zu Auslandskonditionen in die Schweiz, sondern der Anspruch auf Beschaffung im Ausland zu Auslandspreisen.

Nachdem der Bundesrat am 29. Mai 2019 in seiner Stellungnahme⁶ zur FPI einen auf den Auslandsbezug fokussierten Gegenvorschlag präsentiert hatte, wurde im Parlament eine weitgehende Umsetzung der FPI beschlossen.⁷ So sieht die nun in Kraft getretene Fassung aufgrund des Entscheids des Parlaments insbesondere eine umfassende Anwendbarkeit des Konzepts der relativen Marktmacht auch auf reine Binnensachverhalte ohne Auslandsbezug vor.⁸ Ebendiese Ergänzung um die Binnensachverhalte wird in der Praxis zu erhöhtem Compliance-Aufwand für Unternehmen in der Schweiz führen. Nicht übernommen wurde die Regelung, wonach Reimporte von Schweizer Produkten von der Auslandsbeschaffung ausgenommen wären.

II. Relative Marktmacht – ein schwer vorhersehbares Konzept

A. Auslegung der relativen Marktmacht nach Art. 4 Abs. 2^{bis} KG

1. Ausgangslage

Gemäss dem neuen Art. 4 Abs. 2^{bis} KG gilt ein Unternehmen dann als relativ marktmächtig, wenn von diesem Unternehmen «andere Unternehmen beim Angebot oder der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen».

Die Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe «ausreichend» und «zumutbar» führt kaum zu einem befriedigenden Mass an Vorhersehbarkeit.⁹ Auch ein unkritischer Rückgriff auf die Praxis in Deutschland ist nicht zielführend. Die im deutschen Recht entwickelten Fallgruppen insbesondere für die *sortimentsbedingte Abhängigkeit* und die *unternehmensbedingte Abhängigkeit* können aber zumindest zu Beginn gewisse Ansätze für die Auslegung verschaffen.¹⁰ Relevantanter sollte das Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO («Sekretariat») vom 6. Dezember 2021 zur relativen Marktmacht («Merkblatt Relative Marktmacht») sein,¹¹ welches jedoch weder für die Gerichte noch für die WEKO bindend ist. Das Merkblatt statuiert, dass es von der WEKO lediglich «zur Kenntnis genommen» worden sei. In Anbetracht der Relevanz der Materie und des hohen Erwartungsdrucks seitens der Öffentlichkeit und der Unternehmen ist dies zu bedauern.

⁴ Vgl. Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) vom 29. Mai 2019 (Botschaft FPI), BBl 2019 4877, S. 4890 ff.

⁵ Deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (GWB; BGBl. I S. 1750, 3245, 3274).

⁶ Botschaft FPI (Fn. 4), S. 4877.

⁷ Hierzu ausführlich *Oliver Kaufmann*, Relative Marktmacht 2022, sic! 6/2022, S. 181 ff., Ziff. II.3.

⁸ Zu den weitreichenden und wohl unbeabsichtigten Folgen siehe nachfolgend, Ziff. III.B.

⁹ Siehe auch *Richard Stäuber/Andreas Burger*, Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz, ZWeR 2/2021, S. 235 ff., 253.

¹⁰ *Peter Georg Picht*, Relative Marktmacht und Geo-Blocking: Neues Wettbewerbsrecht in der Schweiz, WuW 6/21, S. 336 ff., 338.

¹¹ Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht, vom 6. Dezember 2021, <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/meldeformulare.html> (zuletzt besucht am 5. April 2022).

Einige Grundüberlegungen sind vorab von Relevanz:

Konkretisierung im Einzelfall: Die relative Marktmacht bezieht sich immer nur auf das konkrete Einzelverhältnis zweier Unternehmen anhand der zwischen ihnen bestehenden individuellen Abhängigkeiten. Dass eine Abhängigkeit aus Sicht eines Unternehmens besteht, bedeutet noch nicht, dass dies auch für andere Unternehmen der Fall ist.

Keine Ableitung einer relativen Marktmacht einzig aus der konkreten Verhaltensweise: Aufgrund der individualisierten Betrachtung des Abhängigkeitsverhältnisses kann nicht pauschal und ohne weitere Abklärungen, bspw. aufgrund des Preisverhaltens eines Unternehmens, auf eine relative Marktmacht dieses Unternehmens geschlossen werden. Tiefere Preise im Ausland und eine Verweigerung einer Direktbelieferung sind kein Beweis oder Indiz für eine relative Marktmacht.¹²

Nachweis in Bezug auf bestimmte Produkte notwendig: Schon aus der Botschaft¹³ ergibt sich aus der Konkretisierung der «Ausweichmöglichkeiten», dass stets jeder einzelne betroffene Markt eigenständig im Ein-

SZK 2022 59, 61

zelfall betrachtet werden muss. Für jedes Produkt bzw. jede Dienstleistung muss individuell geprüft werden, ob eine Abhängigkeit besteht, und es kann nicht ohne Darlegung der konkreten Abhängigkeit eine Belieferung mit dem gesamten Produktsortiment verlangt werden.¹⁴

Relevanz der Gegenmacht in Verhandlungen: Die Marktstärke der gegenüberstehenden Vertragspartei ist bei der Prüfung von Bedeutung. Handelt es sich um ein Unternehmen mit Verhandlungsmacht, so kann dies ein Ungleichgewicht in Verhandlungen verhindern. Die Verhandlungsmacht der Lieferanten war schon unter der bisherigen Praxis zu berücksichtigen. Ausreichende Gegenmacht besteht, wenn es sich um einen wichtigen Akteur handelt, der z.B. seine Produkte auf einem grösseren geografischen Markt verkauft oder über bekannte und führende Marken verfügt.¹⁵ Auch mit Blick auf § 20 GWB ist zu berücksichtigen, ob effektiv ein Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht besteht.¹⁶

Eingeschränkter Anwendungsbereich einzig auf Verhalten zwischen Unternehmen: Die neue Regelung der relativen Marktmacht bezieht sich einzig auf das Verhältnis zwischen «Unternehmen». Nicht erfasst sind Konsumenten und die öffentliche Hand, sofern diese nicht im Einzelfall als Unternehmen gelten.¹⁷

2. Relevanz der deutschen Praxis

Die FPI lehnte sich an § 20 GWB an und die Initianten beriefen sich auf ein von ihnen in Auftrag gegebenes Gutachten¹⁸, welches die Wirkung und die Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen untersuchte und zu beurteilen versuchte, ob diesen Erkenntnissen Aussagekraft für die geplante Schweizer Regelung zukäme. Von § 20 Abs. 1 und 2 GWB werden jedoch nur zwei der Missbrauchsverbote für marktbeherrschende Unternehmen auch auf Unternehmen mit relativer Marktmacht erstreckt. Es sind dies das allgemeine Behinderungs- und Diskriminierungsverbot gemäss § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB sowie das speziell auf den Missbrauch von Nachfragemacht ausgerichtete «Anzapfverbot» gemäss § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB. Die nun umgesetzte Revision des KG beinhaltet dagegen die Anwendung des gesamten Schweizer Missbrauchskatalogs von [Art. 7 KG](#) auf Unternehmen mit relativer Marktmacht.

Die im Vergleich stehenden Regelungen verfolgen denn auch trotz ihres ähnlichen Wortlauts unterschiedliche Ziele. Die FPI wollte primär internationale Preisdiskriminierungen bekämpfen und die Beschaffung zu ausländischen Preisen durchsetzen. § 20 GWB wurde dagegen primär geschaffen, um Lieferverweigerungen und Preisbindungen, insbesondere durch Markenartikelhersteller,

¹² Seitens der Exponenten des Initiativkomitees der FPI wird diese Ansicht teilweise fälschlicherweise vertreten, vgl. *Casimir Platzer*, Einführung der relativen Marktmacht: Erwartungen der Initianten, Vortrag anlässlich der Arbeitssitzung Studienvereinigung Kartellrecht/CLIC, 22. Oktober 2021, Folie 4, <<https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de>> (zuletzt besucht am 5. April 2022).

¹³ Botschaft FPI (Fn. 4), S. 4907.

¹⁴ *Picht* (Fn. 10), S. 338.

¹⁵ [RPW 2005/1, 162 Rz. 103](#), *CoopForte*.

¹⁶ Vgl. § 20 Abs. 1 S. 1 GWB.

¹⁷ Botschaft FPI (Fn. 4), S. 4907.

¹⁸ *Jörg Nothdurft*, Relative Marktmacht – Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 17. Januar 2015.



entgegenzuwirken.¹⁹ Preisdiskriminierungen spielen in der deutschen Praxis kaum eine Rolle. Gleiches gilt für grenzüberschreitende Sachverhalte, obwohl sie grundsätzlich vom Anwendungsbereich des § 20 GWB umfasst sind.²⁰ Wenn die Initiatoren auf eine wettbewerbsfördernde Wirkung in Deutschland verweisen, so ist dem keine Aussagekraft für das «Hochpreisinsel»-Problem beizumessen. Eine vergleichbare Problematik ist in Deutschland bisher schlicht noch nicht zutage getreten.²¹

B. Konkretisierung des Begriffs der «Ausweichmöglichkeiten»

Zu prüfen ist, ob das angeblich abhängige Unternehmen über eine ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeit für den Bezug oder den Verkauf der Vertragsleistungen hat.

1. Ausreichende Ausweichmöglichkeiten

Ob eine Ausweichmöglichkeit als ausreichend erachtet werden kann, ist im Rahmen einer *objektiv-generalisierenden Betrachtung* zu prüfen.²² Auf faktischer und sachlicher Ebene ist zu ermitteln, ob Ausweichmöglichkeiten bestehen, welche die Bedürfnisse der Marktgegenseite objektiv in gleicher oder vergleichbarer Weise abdecken, ohne dass damit Wettbewerbsnachteile verbunden sind. Es ist zu berücksichtigen, ob die Ausweichmöglichkeiten zu einer Gefährdung der Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich zu den Wettbewerbern führen würden.²³ Dies

SZK 2022 59, 62

ist folgerichtig, weil das Kartellrecht nicht ineffiziente Marktteilnehmer schützen will.²⁴ Bestehen Ausweichmöglichkeiten zu vergleichbaren Preisen und Bedingungen, sodass sich ein Unternehmen auf dem Markt behaupten kann, so sind diese als ausreichend zu erachten. Ein Eingriff des Kartellgesetzes ist einzig dann möglich, wenn eine Existenzgefährdung besteht.

In die gleiche Richtung geht das Sekretariat, wenn es in Bezug auf das «Ausreichen» einer Ausweichmöglichkeit darauf abstellt, ob die Bedürfnisse des mutmasslich abhängigen Unternehmens «angemessen» befriedigt werden können. Dies ist gemäss Merkblatt nach Massgabe von objektivierten Kriterien wie z.B. Produkteigenschaften, Bezugskonditionen, Markenreputation, Markentreue und Marktanteil des mutmasslich relativ marktmächtigen Unternehmens zu prüfen.²⁵ Eine Prüfung erfolgt anhand komplexer wirtschaftlicher und tatsächlicher Faktoren und kann nicht mit geringem Aufwand vollzogen werden.

Sind Alternativen vorhanden, welche keine oder nur marginale Wettbewerbsnachteile nach sich ziehen, so sind diese als ausreichend zu erachten. So kann z.B. ein Verweis auf den Bezug über den Grosshandel nicht zu erheblichen Wettbewerbsnachteilen führen, wenn hier ähnliche Konditionen geboten werden wie beim Direktbezug vom Hersteller. Wenn der Vertrieb einzig über den Grosshandel erfolgt, dann kann immer auf den Bezug beim Grosshandel verwiesen und eine Direktbelieferung verweigert werden. Erfolgt der Vertrieb dual, so ist darauf abzustellen, ob im jeweiligen Bezugsland der Grosshandel von den dortigen Abnehmern als Bezugsquelle akzeptiert ist. Es gibt keinen Anspruch auf Direktbelieferung durch den Hersteller. Selbst ein Verweis auf den Schweizer Generalimporteur wäre zulässig, wenn die Konditionen des Schweizer Generalimporteurs nur unwesentlich von denjenigen des Herstellers oder des ausländischen Grosshändlers abweichen.²⁶ Bei der Prüfung auf der Nachfrageseite ist relevant, ob alternative Absatzmöglichkeiten bestehen, die genutzt werden können, um entsprechende Verkäufe zu tätigen und die Fixkosten zu decken. Ist dies der Fall, so kann nicht von einer Abhängigkeit ausgegangen werden.²⁷

¹⁹ Rainer Bechtold/Wolfgang Bosch, *GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 9. A., München 2018, § 20 GWB N 6 f.; Kurt Markert, in: Ulrich Immenga/Ernst Joachim Mestmäcker (Begründer), *Wettbewerbsrecht*, 6. A., München 2020, § 20 GWB N 2.

²⁰ Botschaft FPI (Fn. 4), S. 4907.

²¹ Nothdurft (Fn. 18), S. 28.

²² Kathrin Westermann, in: Franz Jürgen Säcker/Peter Meier-Beck (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Bd. 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) §§ 1–96, 185, 186, Verfahren vor den europäischen Gerichten, 3. A., München 2020, § 20 GWB N 24.

²³ MüKo WettbR-*Westermann* (Fn. 22), § 20 GWB N 25, mit weiteren Hinweisen.

²⁴ *Stäuber/Burger* (Fn. 9), S. 252.

²⁵ Merkblatt Relative Marktmacht (Fn. 11), Rz. 8, erster Spiegelstrich.

²⁶ So auch *Picht* (Fn. 10), S. 338.

²⁷ [RPW 2005/1, 161 Rz. 98 ff.](#) und insb. 163 Rz. 112 ff., *CoopForte*.

2. Zumutbare Ausweichmöglichkeiten

Die Zumutbarkeit bemisst sich anhand einer *individualisierten Betrachtung* der konkreten Besonderheiten des angeblich abhängigen Unternehmens. Es ist zu prüfen, ob die objektiv ausreichenden Ausweichmöglichkeiten aufgrund von individuellen Besonderheiten des Unternehmens auszuschneiden sind. Gemäss dem Sekretariat können spezifische Investitionen im Zusammenhang mit einer Geschäftsbeziehung, Umstellungskosten, das konkrete Vertragsverhältnis, der betroffene Umsatz im Verhältnis zum Gesamtumsatz sowie das Zustandekommen der angeblichen Abhängigkeit berücksichtigt werden.²⁸ Die Beurteilung erfolgt mittels sachlicher Prüfung und es ist zu klären, ob die Inanspruchnahme der identifizierten ausreichenden Ausweichmöglichkeiten die Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich zu den Wettbewerbern gefährden würde.²⁹ Entsprechen die verfügbaren Ausweichmöglichkeiten im Wesentlichen denjenigen der Wettbewerber, so sind sie regelmässig als zumutbar zu qualifizieren.

Gemäss der früheren Rechtsprechung der WEKO ist zu berücksichtigen, ob ein Unternehmen sich selbst in ein Abhängigkeitsverhältnis manövriert hat.³⁰ Tätigt ein Unternehmen bspw. spezifische Investitionen, die ein Abhängigkeitsverhältnis begründen, ohne eine vertragliche Absicherung zu verlangen, welche eine Amortisation gewährleistet, so hat das Unternehmen solche Entscheidungen auf eigenes Risiko zu tragen.³¹ Auch die Rechtsprechung zu § 20 GWB und Teile der diesbezüglichen Literatur prüfen, ob die Abhängigkeit auf einer unternehmerischen (Fehl-)Entscheidung beruht.³² Wird beim Abschluss eines langfristigen Liefervertrags unterlassen, eine ausreichende Kündigungsfrist zu vereinbaren, welche einen Wechsel zu einem alternativen Lieferanten ermöglicht, so kann sich das betroffene Unternehmen in diesem Zusammenhang nicht auf eine Abhängigkeit vom bisherigen Vertragspartner berufen.³³ Im Endeffekt ist zu prüfen, ob eine unternehmerische

SKZ 2022 59, 63

Entscheidung des abhängigen Unternehmens einen besonderen kartellrechtlichen Schutz rechtfertigt.

Weiter ist zu berücksichtigen, ob sich Investitionen oder Umstellungskosten effektiv auf die Wettbewerbsfähigkeit erheblich auswirken können. Da kein Anrecht auf ewige Vertragsbeziehungen besteht, muss jedes Unternehmen grundsätzlich mit Änderungen in Bezug auf seine Vertragspartner sowie Liefer- und Nachfragebeziehungen rechnen. Relevant ist einzig, ob die wechselbedingten Kosten – unter Berücksichtigung aller Umstände und eines allfälligen Eigenverschuldens – zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen führen, welche die wirtschaftliche Existenzfähigkeit eines Unternehmens bedrohen. Entstehen temporär gewisse Zusatzkosten, so ist hieraus nicht auf eine Unzumutbarkeit zu schliessen. Ein guter Prüfungsmassstab ist, ob z.B. Investitionen für einen bestimmten Vertragspartner auch (zumindest teilweise) anderweitig verwendbar sind oder ob es sich um *sunk costs* handelt.³⁴

3. Konkreter Nachweis der Abhängigkeit

Die Überlegungen zu den relevanten Ausweichmöglichkeiten erfolgen nicht rein abstrakt. So müssen Unternehmen gemäss Merkblatt sowie dem darin enthaltenen Meldeformular i.d.R. aufzeigen, dass sie sich «bereits erfolglos um zumutbare Ausweichmöglichkeiten bemüht haben».³⁵ Im Meldeformular wird nachgefragt, welche konkreten Bemühungen das angeblich abhängige Unternehmen unternommen hat, um auf alternative Produkte oder Dienstleistungen auszuweichen, bzw. welche konkreten Bemühungen es unternommen hat, um auf alternative Anbieter oder Nachfrager in der Schweiz oder im Ausland auszuweichen.³⁶

²⁸ Merkblatt Relative Marktmacht (Fn. 11), Rz. 8, zweiter Spiegelstrich.

²⁹ MüKo WettbR-*Westermann* (Fn. 22), § 20 GWB N 25, mit weiteren Hinweisen.

³⁰ So auch die Botschaft FPI (Fn. 4), S. 4935, auch mit Verweis auf die Botschaft vom 23. November 1994 zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, S. 573; hierzu ausführlich *Kaufmann* (Fn. 7), Ziff. IV.1.d.

³¹ Dies kann entsprechend zu einem Unterschied zum deutschen Recht führen, vgl. *Picht* (Fn. 10), S. 338.

³² MüKo WettbR-*Westermann* (Fn. 22), § 20 GWB N 26, mit weiteren Hinweisen.

³³ Siehe hierzu z.B. Deutscher Bundesgerichtshof, Urteil KZR 1/92 vom 19. Januar 1993, *Flaschenkästen*, Entscheidungsgrund 1.b.

³⁴ *Stäuber/Burger* (Fn. 9), S. 256.

³⁵ Merkblatt Relative Marktmacht (Fn. 11), Rz. 10.

³⁶ Merkblatt Relative Marktmacht (Fn. 11), Ziff. 3.5 und 3.6.



Sofern keine entsprechenden erfolglosen Bemühungen aufgezeigt werden können, darf das Sekretariat dies i.d.R. als gewichtigen Anhaltspunkt für das Nichtbestehen von Abhängigkeit werten.³⁷ Es empfiehlt sich daher für potenziell relativ marktmächtige Unternehmen, bei entsprechenden Anfragen jeweils auf anderweitige Bezugsmöglichkeiten zu verweisen. Werden dann Ausweichbemühungen nicht vorgenommen, so kann dies im Verfahren vorgebracht werden.

4. Mögliche Fallgruppen

Auch wenn Fallgruppen die Prüfung vereinfachen können, ist jeweils im Einzelfall sicherzustellen, dass die gesetzlichen Bedingungen von [Art. 4 Abs. 2^{bis} KG](#) gemäss den vorstehenden Ausführungen vollumfänglich erfüllt sind. Es wird an den Schweizer Behörden und Gerichten sein, Fallgruppen anhand der konkreten rechtlichen und wirtschaftlichen Situation in der Schweiz und der Entstehungsgeschichte der Bestimmung zu bilden.

Denkbar ist vorab die Fallgruppe der *sortimentsbedingten Abhängigkeit*, die im deutschen Recht für Fälle entwickelt wurde, in welchen ein Abnehmer darauf angewiesen ist, bestimmte Waren oder Warenarten in seinem Sortiment zu führen.³⁸ Dies ist denkbar bei Markenartikeln, die geführt werden müssen, weil die Konsumenten dieses Produkt erwarten. Die sortimentsbedingte Abhängigkeit kann sich auf bestimmte Waren (sog. *Spitzenstellungsabhängigkeit*) wie auch auf Gruppen von Markenprodukten (sog. *Spitzengruppenabhängigkeit*) beziehen. Bei Einzelprodukten wird teilweise auch von sog. *Must-in-Stock*-Produkten gesprochen. Es besteht nur dann eine Abhängigkeit, wenn ein Fehlen dieser Produkte eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit zur Folge hat.

Weiter kann die Fallgruppe der *unternehmensbedingten Abhängigkeit* relevant sein.³⁹ Diese kann insbesondere bei langjährigen Geschäftsbeziehungen und der besonderen Ausrichtung auf ein spezifisches Unternehmen bzw. dessen Produkte oder dessen Einkaufsverhalten bestehen. Auch diesfalls ist unter Berücksichtigung der oben dargestellten Parameter konkret zu prüfen, inwiefern eine Umstellung auf andere Anbieter oder Nachfrager wirtschaftlich möglich und zumutbar ist, ohne erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen hervorzurufen.

Ferner bestehen Fallgruppen für *mangelbedingte* und *nachfragebedingte Abhängigkeiten* sowie für *plattformbe-*

SZK 2022 59, 64

dingte Abhängigkeiten oder *Datenabhängigkeiten*.⁴⁰ In der gesetzgeberischen Diskussion wurden diese jedoch wenig thematisiert. Die *plattformbedingten Abhängigkeiten* oder *Datenabhängigkeiten* könnten zukünftig an Relevanz gewinnen, insbesondere aufgrund der verstärkten Fokussierung der europäischen Wettbewerbsbehörden auf diese Thematik.

III. Missbrauch der relativen Marktmacht

Entgegen dem bundesrätlichen Vorschlag hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich auf sämtliche Tatbestände von [Art. 7 KG](#) erweitert und somit nicht nur die ursprünglich thematisierten Bezugsfälle im Ausland einer neuen Regelung unterworfen. Im Parlament wurde hierzu keine nennenswerte Diskussion geführt und folglich wurde auch nicht aufgezeigt, welche Probleme mit dieser Erweiterung des Anwendungsbereichs auf den Binnenmarkt Schweiz gelöst werden sollen. Mangels Ausführungen im Parlament und in der Botschaft muss die entsprechende Auslegung durch die rechtsanwendenden Behörden und Gerichte vorgenommen werden.

³⁷ So auch *Peter Georg Picht*, Erste Leitlinien zur relativen Marktmacht in der Schweiz, sic! 6/2022 (im Erscheinen), Ziff. III.1.

³⁸ Hierzu und im Folgenden MüKo WettbR- *Westermann* (Fn. 22), § 20 GWB N 29 ff.

³⁹ *Kaufmann* (Fn. 7), Ziff. IV.2.b.

⁴⁰ Siehe hierzu ausführlicher sowie auch zur mangelbedingten und nachfragebedingten Abhängigkeit *Kaufmann* (Fn. 7), Ziff. IV.2.c–e.



A. Territoriale Konditionenspaltung und Lieferverweigerung

Im Rahmen der Revision neu eingeführt wurde [Art. 7 Abs. 2 lit. g KG](#), wonach eine «Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager, Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen», als potenziell missbräuchlich zu gelten hat. Die im Merkblatt hierzu angeführten Erläuterungen sind knapp gehalten und weisen darauf hin, dass primär Fälle von erhöhten Beschaffungskosten (sog. Schweiz-Zuschläge) geregelt werden sollten. Grundlegende Fragen zur Anwendung dieses neuen Missbrauchstatbestands bleiben ungeklärt, obwohl der neue Tatbestand nicht nur für relativ marktmächtige Unternehmen zur Anwendung gelangt, sondern auch marktbeherrschende Unternehmen betrifft. Für marktbeherrschende Unternehmen stellt sich hierbei die zusätzliche Problematik, dass eine Verletzung der entsprechenden Verhaltensregel – anders als bei Unternehmen mit relativer Marktmacht – zu einer direkten Sanktionierung nach [Art. 49a Abs. 1 KG](#) führen kann.

1. Bezugsversuch im Ausland

Vorausgesetzt ist, dass ein «Nachfrager» einen Versuch zum Bezug im Ausland unternimmt. Nicht abgestellt wird auf eine Qualifikation als «Unternehmen» im Sinne des Kartellgesetzes, womit die Regelung auch auf Konsumenten anwendbar ist. Dies ist aber einzig in Bezug auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung relevant. Eine relative Marktmacht kann definitionsgemäss nur zwischen zwei Unternehmen bestehen, sodass Konsumenten nicht im Sinne der relativen Marktmacht abhängig sein können.⁴¹

2. Produktangebot im Ausland und in der Schweiz

Der Tatbestand ist einzig auf Waren oder Leistungen anwendbar, welche sowohl in der Schweiz als auch im Ausland angeboten werden. Produkte, welche im Schweizer Markt gar nicht offiziell eingeführt wurden, sollen auch nicht Gegenstand einer erzwungenen Auslandsbeschaffung werden können. Es bleibt jedoch offen, ab welchem Grad der Übereinstimmung eine Ware oder eine Dienstleistung im Ausland als hinreichend identisch gilt. Es stellt sich die Frage, ob es ausreicht, dass der Nachfrager von einer ausreichenden Identität der Produkte ausgeht. Kritisch ist dies dann, wenn Hersteller länderspezifische Produkte oder Produktvarianten anbieten und ihre Vertriebsstrategie in der Schweiz bspw. auf Produkte mit erhöhter Qualität ausrichten. Würden minderwertige Produkte oder Produkte mit anderen Inhaltsstoffen oder Funktionalitäten unter der gleichen Bezeichnung in den Schweizer Markt eingeführt, so drohte eine Verwässerung des Images und auch Risiken für Konsumenten wären nicht auszuschliessen. Es ist deshalb auf eine objektivierte Konsumentenperspektive abzustellen, wonach Produkte dann als ausreichend identisch erachtet werden können, wenn sie in Bezug auf die Erwartungen, Zusammensetzung, Funktionalität und Produkt- und Markenimage vergleichbar sind mit den in der Schweiz angebotenen Produkten.

3. Lokale Marktpreise und branchenübliche Bedingungen

Ein Missbrauch besteht, wenn der Bezug zu lokalen Marktpreisen und branchenüblichen Bedingungen (im Ausland) verwehrt wird. Die Feststellung der Marktpreise und branchenüblichen Bedingungen kann zu aufwendigen Beweisverfahren führen. Eine Beschaffung zu

SZK 2022 59, 65

«Schweizer Bedingungen» ist jedoch nicht vorgesehen. So müssen z.B. bei Gewährleistung und Garantie die ausländischen Bedingungen ausreichen (einschliesslich der Anwendbarkeit von ausländischem Recht und des Akzepts eines ausländischen Gerichtsstandes).⁴²

Wenn gemäss den jeweiligen ausländischen Bedingungen kein direkter Bezug vom Hersteller möglich ist, so besteht kein Anspruch auf Direktbelieferung vom Hersteller im Ausland. Fraglich ist, wie mit lokalen Bezugsbedingungen umzugehen ist, die direkt mit Aktivitäten der jeweiligen Händler im lokalen Markt im Zusammenhang stehen. Bezahlt bspw. ein deutscher Hersteller Werbekostenzuschüsse für Werbung in Deutschland, so wird ein Schweizer Händler voraussichtlich solche Werbekostenzuschüsse nicht beanspruchen können, da er seine Produkte in Deutschland nicht bewirbt. Wenn der ausländische Hersteller

⁴¹ So auch die Botschaft FPI (Fn. 4), S. 4909.

⁴² *Stäuber/Burger* (Fn. 9), S. 267.



oder Grosshändler selbst keine Werbung in der Schweiz finanziert, so können auch Werbekostenzuschüsse für die Schweiz nicht Teil der Bedingungen sein.

4. Einschränkung des Bezugs

Der Gesetzestext macht mit dem Begriff der «Einschränkung» klar, dass nicht nur geschäftsverweigernde Verhaltensweisen unter den Tatbestand fallen, sondern auch eine schlechtere Behandlung des Schweizer Nachfragers im Ausland. Der Tatbestand kann als Sonderfall der Diskriminierung nach [Art. 7 Abs. 2 lit. b KG](#) gesehen werden.⁴³

5. Kein Verbot der Preisdifferenzierung

Der Umstand, dass ein Unternehmen Preisdifferenzierungen zwischen verschiedenen (geografischen) Märkten vornimmt, ist für sich allein nicht als Missbrauch im Sinne von [Art. 7 KG](#) zu werten. Es bleibt dem Unternehmen freigestellt, Preisdifferenzierungen vorzunehmen, welche vielfach auch aus ökonomischer Sicht effizient sein können. Gemäss [Art. 7 Abs. 2 lit. g KG](#) dürfen einzig Bezugsversuche im Ausland nicht eingeschränkt werden. Somit besteht keine Pflicht zur internationalen Preisanpassung an möglichst tiefe Preise in (selbst weit entfernten und nicht vergleichbaren) ausländischen Märkten.

6. Kein Anspruch auf Belieferung in der Schweiz

Der Gesetzestext sieht keine Pflicht vor, die nachgefragten Waren oder Leistungen direkt dem Nachfrager in der Schweiz zu liefern. Demnach muss ein Schweizer Nachfrager die Produkte im ausländischen Markt abholen, eigenständig in die Schweiz importieren und die entsprechenden Formalien erledigen. Eine Unterstützungspflicht des Lieferanten bei den entsprechenden Import- und Verzollungsformalitäten ist nicht Gegenstand der Regelung.

7. Sachliche Rechtfertigung

Wie bei allen Tatbeständen von [Art. 7 KG](#) besteht die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung. Gemäss der Botschaft können Diskriminierungen von Abnehmern i.d.R. durch eine (nach [Art. 5 KG](#)) zulässige Ausgestaltung des Vertriebssystems gerechtfertigt sein.⁴⁴ Wenn etwa ein Hersteller seine Produkte in verschiedenen Ländern jeweils nur über ein Unternehmen verkauft (Alleinvertrieb), kann er Anfragen von Endkunden (Private und Unternehmen) ablehnen, ohne gegen das KG zu verstossen. Ebenso sind Alleinvertriebssysteme bei Marktanteilen der beteiligten Unternehmen von unter 30% zulässig, insbesondere auch dann, wenn sich der Hersteller verpflichtet, keine eigenständigen Verkäufe in das Alleinvertriebsgebiet zu tätigen.⁴⁵ Dies darf nicht als Verletzung von [Art. 7 Abs. 2 lit. g KG](#) angesehen werden. Im Sinne der Schaffung von Konkordanz zwischen den Regelungssystemen nach [Art. 5 und Art. 7 KG](#) sollte im Rahmen der Interessenabwägung die Wertung nach [Art. 5 KG](#) durchschlagen.⁴⁶

Fraglich erscheint, ob weitere sachliche Rechtfertigungsgründe, wie insbesondere die Effizienz einer ausreichend grossen Preisdifferenzierung zum Zweck der Adressierung der Marktbedürfnisse in Ländern mit sehr tiefer Kaufkraft, vorgebracht werden können.⁴⁷ Aufgrund der (vermutlich) weltweiten Anwendbarkeit des Schweizer Kartellgesetzes kämen sonst die Preisniveaus von praktisch allen Jurisdiktionen zur Anwendung. Es ist zu bezweifeln, dass der Gesetzgeber die Anwendung massiv tieferer Preisniveaus aus Tiefstpreisländern in der Schweiz beabsichtigte. Es muss möglich sein, in

SZK 2022 59, 66

Ländern Preise an eine sehr tiefe Kaufkraft anzupassen, ohne dabei Gefahr einer globalen Preisnivellierung zu laufen.

⁴³ *Stäuber/Burger* (Fn. 9), S. 267.

⁴⁴ Botschaft FPI (Fn. 4), S. 4911.

⁴⁵ So auch *Stäuber/Burger* (Fn. 9), S. 267.

⁴⁶ So auch *Picht* (Fn. 10), S. 340, mit Verweis auf das Gutachten *Nothdurft* (Fn. 18), S. 69 ff.; ebenfalls zustimmend auf Basis des Prinzips der Einheit der Rechtsordnung *Stäuber/Burger* (Fn. 9), S. 267 f.

⁴⁷ *Picht* (Fn. 10), S. 341.

B. Anwendung der allgemeinen Missbrauchstatbestände auf relativ marktmächtige Unternehmen

Entgegen den Absichten des Bundesrates und den Ausführungen in der Botschaft hat das Parlament entschieden, dass die bisher schon bestehenden exemplarisch aufgelisteten Missbrauchstatbestände in [Art. 7 Abs. 2 KG](#) ebenfalls auf relativ marktmächtige Unternehmen anzuwenden seien.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass bestimmte Verhaltenstatbestände nur schlecht auch für relativ marktmächtige Unternehmen passen, wie zum Beispiel das «predatory pricing» oder Ausbeutungsmisbräuche gegenüber Privaten.⁴⁸ Das Merkblatt wählt hierbei jedoch einen breiten Ansatz und erwähnt als mögliche missbräuchliche Verhaltensweisen auch die Geschäftsverweigerung, die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen sowie Koppelungstatbestände.⁴⁹

Beendigung einer Geschäftsbeziehung: Häufig zum Einsatz gelangen wird das Verteidigungsargument, dass ein angeblich relativ marktmächtiges Unternehmen gewisse Vertragsbeziehungen aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses nicht beenden darf. Im Grundsatz besteht kein Anspruch auf «ewige» Vertragsverhältnisse. Dies ergibt sich schon aus der entsprechenden Definition der relativen Marktmacht und der Berücksichtigung der individuellen Unzumutbarkeit. Sind zumutbare und ausreichende Alternativen vorhanden, so besteht kein gesetzlicher Vertragszwang. Kann ein Unternehmen seine Tätigkeit mittelfristig umstellen, so dürfte es schon an einer relativen Marktmacht fehlen. Selbst wenn Alternativszenarien nicht zumutbar wären, können Vertragsverstösse des angeblich abhängigen Unternehmens oder dessen Nichterfüllung von Teilnahmekriterien für ein qualitatives selektives Vertriebssystem eine Kündigung rechtfertigen. Auch ausserhalb spezifischer Kündigungsgründe besteht für jedes Unternehmen grundsätzlich die Möglichkeit zur Umgestaltung seiner Vertriebsoperation, wobei hier allenfalls angemessene Übergangsfristen gewährt werden müssen.⁵⁰ Nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist ist eine Beendigung (unabhängig von einer erfolgreichen Umstellung des gekündigten Unternehmens) grundsätzlich immer gerechtfertigt und zulässig.⁵¹

Diskriminierung zwischen verschiedenen Geschäftspartnern: Die Anwendbarkeit dieses Tatbestandes erweist sich als komplex, weil es sich bei der relativen Marktmacht definitionsgemäss um ein bilaterales Verhältnis handelt. So kann es sein, dass sich nur einzelne Unternehmen auf eine Gleichbehandlung berufen können, während ihre direkten Wettbewerber (mangels Abhängigkeitsverhältnis) nicht dem Diskriminierungsschutz unterstellt sind. Es stellt sich die Frage, ob einzig die abhängigen Unternehmen untereinander nicht diskriminiert werden dürfen oder ob sich abhängige Unternehmen auf eine Nichtdiskriminierung gegenüber nicht abhängigen Unternehmen berufen können.⁵² Klar ist in jedem Fall, dass sich die entsprechenden Konstellationen aufgrund der Ausgestaltung der relativen Marktmacht nur auf vertikale Missbräuche beziehen und somit ein relativ marktmächtiges Unternehmen nicht zur Gleichbehandlung seiner eigenen Wettbewerber gezwungen ist.

Auch weitere Geschäftspraktiken wie die Koppelungs- und Bündelungspraktiken sowie die Erzwingung zusätzlicher (ungerechtfertigter) Leistungen als Bedingungen für eine Geschäftsbeziehung (sog. «Anzapfverbot») können in Bezug auf relativ marktmächtige Unternehmen relevant sein. Mit guten Argumenten kann jedoch vertreten werden, dass horizontale Missbräuche durch relativ marktmächtige Unternehmen nicht erfasst sein sollten. Dies betrifft z.B. die Tatbestände des Verbots von Kampfpreisunterbietungen ([Art. 7 Abs. 2 lit. d KG](#)) und das Verbot von Exklusivitätsrabatten. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass diese Tatbestände nicht den Schutz der Abnehmer oder Lieferanten bezwecken, sondern verhindern wollen, dass ein Unternehmen seinen Wettbewerbern den Marktzugang erschwert oder verschliesst.⁵³

SZK 2022 59, 67

⁴⁸ Picht (Fn. 10), S. 339.

⁴⁹ Merkblatt Relative Marktmacht (Fn. 11), Rz. 12.

⁵⁰ Vgl. Handelsgericht BE, Urteil HG 18 19 vom 16. Februar 2018 E. 12.5.4, in: [RPW 2019/1, 228 ff.](#), 236.

⁵¹ Botschaft FPI (Fn.4), S. 4943 f.; so auch MüKo WettbR- *Westermann* (Fn. 22), § 20 GWB N 39.

⁵² So mit überzeugenden Argumenten *Stäuber/Burger* (Fn. 9), S. 261.

⁵³ Picht (Fn. 37), Ziff. IV.



IV. Rechtsdurchsetzung

Die Verletzung von [Art. 7 KG](#) durch ein relativ marktmächtiges Unternehmen löst keine direkte Sanktion nach [Art. 49a Abs. 1 KG](#) aus. Dies betrifft Erstverstösse gegen [Art. 7 KG](#). Bei Wiederholungstaten durch dasselbe Unternehmen können Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen und rechtskräftige Verfügungen gebüsst werden ([Art. 50 KG](#)). Hier besteht zudem das Risiko von Strafsanktionen gegen natürliche Personen ([Art. 54 KG](#)). Folglich ist es für die betroffenen Unternehmen und ihre Organe von erheblicher Relevanz zu wissen, wann eine Verhaltensweise als Wiederholungstat gilt. Dies kann im konkreten Fall von der Formulierung der Verfügung der WEKO abhängen.⁵⁴ Fraglich ist, ob bei der Feststellung einer relativen Marktmacht und deren Missbrauch gegenüber einem spezifischen Unternehmen überhaupt ein ähnlich gelagertes Verhalten gegenüber einem anderen (angeblich) abhängigen Unternehmen erfasst sein kann. Bei der Feststellung der relativen Marktmacht handelt es sich immer um eine rein bilateral gültige Feststellung. Dabei besteht für das betroffene Unternehmen kaum eine Möglichkeit zur verbindlichen Selbsteinschätzung, gegenüber welchen weiteren Unternehmen ein entsprechendes Abhängigkeitsverhältnis bestehen könnte. Die WEKO und die Gerichte sollten entsprechend Zurückhaltung walten lassen bei der Formulierung der Verhaltenspflicht.

Weiter besteht die Möglichkeit der Klage vor einem Zivilgericht, wenn etwa die Beendigung eines missbräuchlichen Verhaltens oder Schadenersatz verlangt wird.⁵⁵ Nicht zu unterschätzen sind hier die praktischen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung gegenüber ausländischen Unternehmen. Wenn eine Durchsetzung gegen ausländische Unternehmen schwieriger ist, so erhöht sich aufgrund der vergleichsweise einfacheren Durchsetzung das Risiko für Schweizer Unternehmen, welche mittels Preisdifferenzierungen in ausländischen Märkten operieren.

V. Handlungsbedarf für Unternehmen

Unternehmen sind gut beraten, Massnahmen zu ergreifen, um ihre Position zu sichern. Denkbar ist hierbei ein Screening von Geschäftsbeziehungen und -anfragen, damit ein Überblick über mögliche Abhängigkeitsverhältnisse geschaffen werden kann. Dies einerseits mit Blick auf das Risiko, dass andere Unternehmen Abhängigkeiten geltend machen können. Andererseits kann ein Screening auch eigenen Zwecken dienen, falls Abhängigkeiten gegenüber den eigenen Vertragspartnern identifiziert werden können, was in Vertrags- und Konditionenverhandlungen verwendet werden kann. Von zentraler Bedeutung ist sodann das Erstellen von Kompetenz- und Reaktionsstrukturen innerhalb des Unternehmens, um insbesondere in der Anfangsphase mögliche Anzeigen oder Verfahren zu verhindern.

⁵⁴ *Picht* (Fn. 37), Ziff. V, mit weiteren Hinweisen.

⁵⁵ Hierzu ausführlich *Kaufmann* (Fn. 7), Ziff. V.2.