

März 2021



Autor



Dr. Martin Rauber
Rechtsanwalt,
Legal Director

Einführung der relativen Marktmacht im Schweizer Wettbewerbsrecht

In der Frühlingssession 2021 hat das Parlament beschlossen, das in ausländischen Rechtsordnungen bestens bekannte Konzept der relativen Marktmacht in das Schweizer Wettbewerbsrecht einzuführen. Gleichzeitig wird im Online-Handel ein Verbot des sog. Geoblockings gesetzlich verankert.

Es ist davon auszugehen, dass diese neuen Regeln widerstandslos und damit voraussichtlich bereits im Laufe des Jahres 2021, spätestens aber per 1. Januar 2022 in Kraft treten. Sie werden für nationale und internationale Unternehmen zu einem umfassenden Handlungsbedarf, gleichzeitig aber auch zu erhöhter Rechtsunsicherheit führen. Der vorliegende Beitrag soll das Bewusstsein für diese neuen Regelungen schärfen.

1. Hintergrund und Schwerpunkte der Revision

Die nun anstehende Revision des Kartellrechts erfolgt vor dem Hintergrund der Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise».

Zusammengefasst betrifft die Revision folgende Punkte:

- Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht in das Schweizer Wettbewerbsrecht
- Erweiterung des bestehenden kartellrechtlichen Missbrauchsverbots für marktbeherrschende Unternehmen auf relativ marktmächtige Unternehmen
- Einführung eines neuen Missbrauchstatbestands im Zusammenhang mit dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen im Ausland
- Verbot des Online-Geoblockings

Es ist mit einem Inkrafttreten der neuen Regeln noch im Jahr 2021, spätestens aber per 1. Januar 2022 zu rechnen.

2. Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht im Schweizer Wettbewerbsrecht

Unter dem bisher geltenden Kartellrecht war unklar, ob die im Kartellgesetz enthaltene Legaldefinition des marktbeherrschenden Unternehmens auch die relative Marktmacht erfasst.

Die nun bevorstehende Revision des Kartellgesetzes räumt mit dieser Unklarheit über die Reichweite des Marktbeherrschungsbegriffs auf und erweitert Artikel 4 des Kartellgesetzes um eine ausdrückliche, spezifische Definition für relativ marktmächtige Unternehmen. Ein Unternehmen ist gemäss dieser Definition relativ marktmächtig, wenn von ihm «andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen» (Art. 4 Abs. 2bis revKG).

Die relative Marktmacht und damit die Frage, ob ein Unternehmen über ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten verfügt, wird in einem vertikalen Verhältnis geprüft. Wird eine solche Abhängigkeit festgestellt, gilt das entsprechende Unternehmen als relativ marktmächtig; und dies unabhängig von seiner Stellung im horizontalen Verhältnis.

Als relativ marktmächtig im vorgenannten Sinn können nicht nur Anbieter von Waren oder Dienstleistungen sein. Vielmehr können auch Nachfrager solcher Waren und Dienstleistungen die vorstehend dargelegten Anforderungen erfüllen. Dies beschränkt somit Konstellationen, in denen Unternehmen der vorgelagerten Marktstufe (Hersteller- respektive Dienstleistungserbringerebene) darauf angewiesen sind, dass ihre Waren oder Dienstleistungen von bestimmten Nachfragern vertrieben werden (sog. relative Nachfragemacht).

3. Generelles Prüfschema bei der relativen Marktmacht

Die Initianten orientieren sich an der deutschen Regelung zur relativen Marktmacht. Entsprechend muss damit gerechnet werden, dass die Wettbewerbsbehörden und Gerichte künftig auch die Praxis in Deutschland in ihre Erwägungen mit einbeziehen. Dort hat sich in vier Jahrzehnten eine umfassende Rechtspraxis zur relativen Marktmacht herausgebildet. Anders als in Deutschland enthält die Schweizer Regelung indessen keine Beschränkung des Schutzbereichs auf KMU.

Ob eine Situation der relativen Marktmacht besteht, ist mit Bezug auf einzelne Unternehmen und ein einzelnes Produkt respektive eine individuelle Dienstleistung zu prüfen. Im Gegensatz zur (klassischen) Marktbeherrschung, wo sich ein Unternehmen gegenüber sämtlichen anderen Unternehmen missbräuchlich verhalten kann, wird die relative Marktmacht somit stets anhand des konkreten, bilateralen Einzelfalls und mit Bezug auf die konkrete einzelne Produkt- respektive Dienstleistungsgruppe geprüft. Ein Anbieter oder Nachfrager kann somit gegenüber bestimmten Unternehmen als relativ marktmächtig gelten, nicht so aber gegenüber anderen Unternehmen. Dabei ist es möglich, dass die relative Marktmacht mit Bezug auf gewisse Produkte oder Dienstleistungen bejaht, mit Bezug auf andere Produkte oder Dienstleistungen indessen verneint wird.

Damit in einem solchen individualisierten Verhältnis eine relative Marktmacht bejaht wird, muss das betreffende Unternehmen über *keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten* verfügen. Diese fehlen, wenn für das betreffende Unternehmen keine alternativen Angebote zur Verfügung stehen, welche objektiv betrachtet die Bedürfnisse des Unternehmens in gleicher Weise befriedigen.

Zusätzlich dürfen die *Ausweichmöglichkeiten* für das betreffende Unternehmen *nicht zumutbar* sein. Diese fehlen, wenn die Inanspruchnahme der Ausweichmöglichkeiten unverhältnismässig belastend ist bzw. Wettbewerbsfähigkeit gefährdet.

Selbst wenn das betreffende Unternehmen diese fehlenden Ausweichmöglichkeiten selbst herbeigeführt hat, bedeutet dies nicht ohne weiteres, dass von keiner Unzumutbarkeit ausgegangen werden muss.

Zudem muss die Wettbewerbsbehinderung des betroffenen Unternehmens gewichtig sein. Es ist somit zu prüfen, ob ein Ausweichen auf Alternativen für das Unternehmen mit gewichtigen/erheblichen Wettbewerbsnachteilen verbunden ist.

Die vorgenannten Anforderungen an die relative Marktmacht werden vor allem in Fällen von sortiments- oder unternehmensbedingten Abhängigkeiten genau zu prüfen sein. Dabei geht es beispielsweise um Fälle, in denen das betreffende Unternehmen auf bestimmte Produkte angewiesen ist, um auf dem Markt bestehen zu können («*must-in-stock-products*»), spezifische Investitionen für den Vertrieb der entsprechenden Produkte oder Dienstleistungen getätigt hat, womit das betreffende Unternehmen davon abhängig ist, vom relativ marktmächtigen Unternehmen beliefert zu werden («*lock-in Effekt*»), Updates für eine eingeführte und genutzte Software beschaffen muss, komplexe Anlagen warten muss oder ein Bedarf an Original-Ersatzteilen hat.

4. Erweiterung der kartellrechtlichen Missbrauchstatbestände auf relativ marktmächtige Unternehmen

Das Kartellgesetz regelt den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung in Artikel 7. Mit der Revision können sich neu marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen unzulässig verhalten, wenn sie «durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen» (Art. 7 Abs. 1 revKG).

Die in Art. 7 Abs. 2 KG enthaltenen, nicht abschliessend aufgeführten Missbrauchstatbestände geltend damit nicht nur für marktbeherrschende Unternehmen, mithin Unternehmen mit hohen Marktanteilen, sondern gleichermaßen auch für relativ marktmächtige Unternehmen, wo Unternehmen mit deutlich geringeren Marktanteilen in den Fokus des Kartellrechts geraten können.

Künftig können sich somit auch relativ marktmächtige Unternehmen beispielsweise mit dem Vorwurf der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. Liefer- oder Bezugssperre; Art. 7 Abs. 2 lit. a KG), der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (z.B. Rabatte; Art. 7 Abs. 2 lit. b KG), der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) oder des Abschlusses unzulässiger Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG) konfrontiert sehen.

Dies hat weitreichende Auswirkungen, zumal die Anwendung dieser Missbrauchstatbestände keine grenzüberschreitende Komponente voraussetzt, sondern auch auf rein inländische Sachverhalte anwendbar ist. Ein relativ marktmächtiges Unternehmen kann somit nicht ohne Weiteres Verträge kündigen, die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen ablehnen, die Lizenzierung an Immaterialgüterrechten verweigern oder Schnittstelleninformationen nicht offenlegen. Auch bei der Einführung von Rabattsystemen ist erhöhte Vorsicht geboten.

5. Einführung eines neuen Missbrauchstatbestands im Zusammenhang mit dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen im Ausland

Dem Geist der Initiative folgend enthält das revidierte Kartellgesetz einen neuen Missbrauchstatbestand. Gemäss dieser neuen Bestimmung ist die «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» unzulässig (Art. 7 Abs. 2 lit. g revKG).

Ein relativ marktmächtiges, aber auch ein marktbeherrschendes Unternehmen, ist gestützt auf diese Bestimmung somit verpflichtet, einem von ihm abhängigen Unternehmen in der Schweiz (zur Erinnerung: je nachdem auf Anbieter- oder auf Nachfragerseite) zu ermöglichen, dessen Produkte oder Dienstleistungen im Ausland zu den dort geltenden Preisen und Konditionen zu beziehen. Mit anderen Worten: Ein relativ marktmächtiges Unternehmen (oder ein marktbeherrschendes Unternehmen) trifft ein Liefer- und Konditionenzwang, indem es von ihm abhängige Unternehmen (Anbieter oder Nachfrager) auf deren Wunsch zu den im Ausland angebotenen (günstigeren) Bedingungen beliefern muss.

Dieser Liefer- und Konditionenzwang gilt sodann bei Reimporten. Ein Schweizer Unternehmen hat somit einen Anspruch darauf, Produkte oder Dienstleistungen eines relativ marktmächtigen Schweizer Anbieters, welche dieser ins Ausland exportiert und dort zu tieferen Preisen oder günstigeren Konditionen anbietet, zu den dortigen Konditionen zu beschaffen und zu reimportieren.

6. Verbot des Online-Geoblockings

Die Volksinitiative verlangte sodann, dass der diskriminierungsfreie Einkauf im Online-Handel «grundsätzlich zu gewährleisten» sei. Das Parlament setzte dieses Anliegen mit einer Ergänzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) um.

Die neue Bestimmung nimmt die Diskriminierung im Online-Handel ins Visier. Gemäss dieser handelt unlauter insbesondere, «wer im Fernhandel ohne sachliche Rechtfertigung einen Kunden in der Schweiz aufgrund seiner Nationalität, seines Wohnsitzes, des Ortes seiner Niederlassung, des Sitzes seines

Zahlungsdienstleisters oder des Ausgabeorts seines Zahlungsmittels (a.) beim Preis oder bei den Zahlungsbedingungen diskriminiert, (b.) ihm den Zugang zu einem Online-Portal blockiert bzw. einschränkt; oder (c.) ihn ohne sein Einverständnis zu einer anderen als der ursprünglich aufgesuchten Version des Online-Portals weiterleitet» (Art. 3a Abs. 1 revUWG).

Ziel dieser neuen Regelung ist der Verbot der geografischen Marktabschottung im Online-Handel. Von dieser Regelung sollen nicht nur Unternehmen, sondern – aufgrund der gesetzlichen Basis im UWG – auch Endkonsumenten profitieren. Anders als bei den vorstehend dargestellten Bestimmungen zur relativen Marktmacht erfolgt bei der Anwendung der neuen Regelung im UWG keine einzelfallbezogene Prüfung von Abhängigkeiten.

Vorbehältlich einer sachlichen Rechtfertigung müssen Nachfrager aus der Schweiz somit zu den öffentlich bekanntgegebenen und im Ausland praktizierten Preisen bedient werden. Dabei ist es insbesondere unzulässig, wenn ein internationaler Online-Anbieter von Schweizer Kunden aufgrund von deren Herkunft höhere Preise verlangt oder diese Kunden gegen deren Willen auf eine Schweizer Webseite umleitet.

Die Bestimmung sieht mehrere Ausnahmen von diesem Verbot vor. So findet sie keine Anwendung auf nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, für Finanzdienstleistungen, Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr, Glücksspiele, Lotterien, Spielbanken und Wetten, private Sicherheitsdienste oder soziale Dienstleistungen (Art. 3a Abs. 2 revUWG).

Die Initianten orientierten sich bei der Formulierung des Verbots des Geoblockings im Online-Handel an der Regelung in der Europäischen Union, genauer an die Verordnung (EU) 2018/302 (Geoblocking-Verordnung), welche am 3. Dezember 2018 in Kraft gesetzt wurde. Die Praxis wird zeigen, ob sich die Gerichte bei der Anwendung der neuen UWG-Regelung an dieser Geoblocking-Verordnung und der zugrundeliegenden Praxis orientieren.

7. Durchsetzung der neuen Regelungen

Die kartellrechtlichen Regeln werden entweder auf dem verwaltungs(straf)rechtlichen Weg über die Weko, oder auf dem zivilrechtlichen Weg über die Gerichte durchgesetzt. Gerade weil die Fälle von relativer Marktmacht individuelle, bilaterale Verhältnisse betreffen, dürften sich betroffene Unternehmen mit ihren Ansprüchen verstärkt an den Zivilrichter wenden, zumal sich eine konkrete, individuelle Abhängigkeit oftmals einfacher nachweisen lässt als eine absolute Marktbeherrschung.

Die Weko selbst hat bereits öffentlich verlauten lassen, dass sie zumindest in der Anfangsphase nach dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes relativ rasch Leitentscheide für verschiedene Fallgruppen und Branchen anstreben wolle. Sobald genügend solcher Leitentscheide vorliegen, würden neue Beschwerdeführer an die Zivilgerichte verwiesen.

Stellt die Weko einen Verstoß des relativ marktmächtigen Unternehmens fest, führt dies primär zu einem Verbot des entsprechenden Verhaltens. Daneben sind zivilrechtliche Klagen möglich, und zwar einerseits Schadenersatzklagen, andererseits aber auch Klagen auf Belieferung oder auf Aufhebung diskriminierender Geschäftsbedingungen. Vom Reputationsschaden ganz zu schweigen.

Anders als bei marktbeherrschenden Unternehmen zieht das missbräuchliche Verhalten eines relativ marktmächtigen Unternehmens keine direkte Sanktion nach sich (Art. 49a Abs. 1 revKG). Eine Sanktion wird vielmehr erst fällig, wenn gegen eine behördliche Anordnung oder eine einvernehmliche Regelung verstossen wird (Art. 50 KG).

Demgegenüber wird das neue Verbot des Geoblockings im Online-Handel ausschliesslich durch die Zivilgerichte durchgesetzt. Dabei stellen sich Fragen im Zusammenhang mit der Durchsetzung dieses Verbots gegenüber im Ausland ansässigen Online-Anbietern.

8. Handlungsbedarf für nationale und internationale Unternehmen

Das Inkrafttreten der neuen Bestimmungen zur relativen Marktmacht wird vor allem anfänglich für Unternehmen zu Rechtsunsicherheit führen. Dies vor allem mit Blick auf die Definition der relativen Marktmacht. Hinzu kommt, dass trotz der seit Jahrzehnten in Deutschland entwickelten Rechtspraxis die Kriterien, wann ein Unternehmen gegenüber einem anderen als relativ marktmächtig zu qualifizieren ist, nach wie vor unscharf sind. Unternehmen sowohl auf Anbieter-, aber auch auf Nachfragerseite werden prüfen müssen, ob sie relativ marktmächtig sind oder (noch) nicht; und dies mit Bezug auf jede einzelne Produkte- oder Dienstleistungsgruppe.

Gerade der erwähnte lock-in Effekt wird massive Auswirkungen und Beratungsbedarf im Zusammenhang mit Vertriebsverträgen nach sich ziehen, vor allem soweit sich Händler in ein Vertriebssystem eingliedern und ihren Geschäftsbetrieb sowie ihr Geschäftsmodell auf dieses System ausrichten. Diese können ohne weiteres auf eine weitere Belieferung angewiesen sein.

Die meisten Unternehmen werden sich denn auch nicht bewusst sein, dass sie relativ marktmächtig sind. Da sodann die Fälle relativer Marktmacht bilaterale Verhältnisse betreffen, erschwert dies die Prävention und Compliance für ein relativ marktmächtiges Unternehmen zusätzlich. Zur Erinnerung: Die Prüfung, ob eine Situation der relativen Marktmacht vorliegt, muss mit Bezug auf jeden einzelnen Geschäftspartner und mit Bezug auf jedes Produkt bzw. jede Dienstleistung erfolgen.

Muss eine solche relative Marktmachtstellung bejaht werden, muss das relativ marktmächtige Unternehmen sein Verhalten gegenüber diesem Geschäftspartner auf die Compliance mit den Missbrauchstatbeständen in Art. 7 KG überprüfen. Dabei ist insbesondere die Gleichbehandlung der abhängigen Unternehmen hinsichtlich Preisen, Rabatten oder anderen Geschäftsbedingungen sicherzustellen. Sachliche Rechtfertigungsgründe für Ungleichbehandlungen oder Exklusivitäten sind zu dokumentieren.

Kurzum: Die neuen Regelungen erhöhen die kartellrechtlichen Risiken und Herausforderungen, denen sich in- und ausländische Unternehmen stellen müssen. Und dies, bevor die Weko die ersten Leitentscheide erlässt.

Ihr Kontakt für Wettbewerbsrecht



Daniel Bachmann
Rechtsanwalt, Partner

T: +41 31 328 75 75
daniel.bachmann@eversheds-sutherland.ch



Dr. Martin Rauber
Rechtsanwalt, Legal Director

T: +41 44 204 90 90
martin.rauber@eversheds-sutherland.ch

eversheds-sutherland.ch

Die in diesem Dokument enthaltenen Informationen sind ausschliesslich zu Informationszwecken gedacht und können keinesfalls eine angemessene Rechtsberatung ersetzen. Eversheds Sutherland AG, mit Sitz in Zürich (Schweiz), übernimmt keinerlei Verantwortung für Handlungen, die gestützt auf die in diesem Dokument enthaltenen Informationen getroffen werden.

© Eversheds Sutherland 2021. Alle Rechte vorbehalten. Eversheds Sutherland ist ein globaler Anbieter von juristischen Dienstleistungen, der seine Dienstleistungen über verschiedene, voneinander unabhängige Rechtsträger erbringt. Eversheds Sutherland ist der Name und die Marke, unter der die Mitglieder von Eversheds Sutherland Limited (Eversheds Sutherland (International) LLP und Eversheds Sutherland (US) LLP) sowie die von diesen kontrollierten oder verwalteten oder mit diesen verbundenen Unternehmen sowie die Mitglieder von Eversheds Sutherland (Europe) Limited (nachfolgend je einzeln als "Eversheds Sutherland Gesellschaft" und zusammen als "Eversheds Sutherland Gesellschaften" bezeichnet) juristische oder andere Dienstleistungen für Klienten auf der ganzen Welt erbringen. Die Eversheds Sutherland Gesellschaften bestehen und sind reguliert gemäss den jeweils auf sie anwendbaren behördlichen und gesetzlichen Bestimmungen und treten unter ihrer jeweiligen Firma auf. Die Verwendung des Namens Eversheds Sutherland dient nur der Beschreibung und bedeutet nicht, dass die Eversheds Sutherland Gesellschaften eine Gesellschaft bilden oder Teil einer globalen LLP sind. Die Mandatsvereinbarung zwischen dem Klienten und der beauftragten Kanzlei ist massgebend bezüglich der Verantwortung für die Erbringung der jeweiligen Dienstleistungen an einen Klienten. Eversheds Sutherland AG, mit Sitz in Zürich (Schweiz), ist Mitglied von Eversheds Sutherland (Europe) Ltd.