



Samuel Jost

Dr. iur., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 258 14 00
samuel.jost@bratschi.ch.

Die relative Marktmacht führt zu einer Ausdehnung der Missbrauchskontrolle nach dem Kartellgesetz

Die Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht in der Schweiz erweitert den Adressatenkreis der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle beträchtlich. Auch wenn keine direkten Sanktionen drohen, ist ein kartellrechtliches Verfahren für die betroffenen Unternehmen mit nicht unerheblichen Nachteilen verbunden. Die Praxis zum deutschen Rech bietet dem Rechtsanwender gewisse Hilfestellung. Aufgrund seiner Konturlosigkeit erweist sich die relative Marktmacht indes als nicht unproblematisch.

Seit dem 1. Januar 2022 sind in der Schweiz neben marktbeherrschenden Unternehmen auch relativ marktmächtige Unternehmen der Missbrauchskontrolle des Kartellgesetzes unterstellt. Ein Unternehmen gilt als relativ marktmächtig, wenn andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig von ihm sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen. Während als Faustregel eine Marktbeherrschung bei einem Marktanteil von unter 40 % regelmässig ausscheidet, stellt das Gesetz bei der relativen Marktmacht ausschliesslich auf die Abhängigkeit des jeweiligen Abnehmers oder Lieferanten ab. Auch wenn im Zusammenhang mit der Einführung der relativen Marktmacht gerne der Schutz von KMU propagiert wird, ist in Bezug auf den Umsatz oder Marktanteile keine «Demimis-Rule» vorgesehen, d.h. Unternehmen sind unabhängig von ihrer Grösse potenziell relativ marktmächtig.

Entsprechend bewirkt die Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht eine beträchtliche Ausweitung des Kreises jener Unternehmen, die dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot unterstellt werden. Können relativ marktmächtige Unternehmen zum Beispiel die Kündigung oder die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen oder die Ungleichbehandlung gleichartiger Handelspartner nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen, ist ihr Verhalten als missbräuchlich im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren. In der Praxis werden sich somit wesentlich mehr Unternehmen als bisher mit möglichen kartellrechtlichen Konsequenzen ihrer Handlungen auseinandersetzen haben.

Die Einführung der relativen Marktmacht bezweckt in erster Linie, grenzüberschreitende Preisdifferenzierungen zum Nachteil von Schweizer Unternehmen zu unterbinden, indem ausländische Anbieter gezwungen werden sollen, Schweizer Abnehmern ihre Waren oder Dienstleistungen zu den im Ausland geltenden (tieferen) Preisen und (günstigeren) Konditionen zu beliefern bzw. zu erbringen. Diese Zielsetzung verdeutlicht die Herkunft der Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht, das als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise» (sog. Fair-Preis-Initiative) Eingang in das Kartellgesetz gefunden hat. Ein relativ marktmächtiger Hersteller in Deutschland ist demnach verpflichtet, Händler in Deutschland und der Schweiz zu den gleichen Preisen und Konditionen zu beliefern. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Schweizer Händler die günstigeren Einkaufskonditionen an ihre Kunden in der Schweiz weitergeben, womit letztlich der Schweizer Konsument von tieferen Preisen profitiert; vorausgesetzt ist dies jedoch nicht.

Weil die relative Marktmacht aus der Perspektive der Marktgegenseite zu beurteilen ist, verlangt der Gesetzgeber vom potenziell relativ marktmächtigen Unternehmen, dass es die Situation des potenziell abhängigen Unternehmens kennt. Ob es über ausreichend detaillierte Kenntnisse des betreffenden Handelspartners verfügt, um dies beurteilen zu können, dürfte in vielen Fällen zweifelhaft sein. Zwar hat das Sekretariat der WEKO ein Merkblatt veröffentlicht, das eine gewisse Hilfestellung bei der Beurteilung der relativen Marktmacht bieten soll. Es beschränkt sich indes auf generische Ausführungen, weshalb stets eine Beurteilung im konkreten Einzelfall notwendig sein wird. Bis sich eine gefestigte Praxis entwickelt hat, müssen die potenziell relativ marktmächtigen Unternehmen somit darauf vertrauen, dass sich ihre eigene Einschätzung mit jener des Sekretariats der WEKO bzw. den (Zivil-)Gerichten deckt.

Zur Konkretisierung des Konzepts der relativen Marktmacht lohnt es sich, die Praxis zum deutschen Recht zu konsultieren, die auf über 40 Jahre Erfahrung zurückblicken kann und vier Fallgruppen entwickelt hat:

- **Sortimentsbedingte Abhängigkeit:** Die Abhängigkeit des Nachfragers beruht auf der Erwartungshaltung seiner eigenen Abnehmer an sein Sortiment. Erfasst werden Fälle, in denen bestimmte Waren innerhalb des relevanten Produktmarkts aufgrund ihrer Qualität und Exklusivität eine Spitzenstellung einnehmen oder zu einer Spitzengruppe gehören. Ohne diese sog. «Must-in-Stock-Produkte» ist der Nachfrager nicht konkurrenzfähig. Die Praxis bejahte etwa die Spitzenstellungsabhängigkeit eines Sportfachgeschäfts gegenüber Ski der Marke Rossignol bei einem Marktanteil von lediglich 8% aufgrund von Markentreue, Bekanntheitsgrad, intensiver Werbung und Rennerfolgen. In einem anderen Fall wurde infolge starker Werbung, eines hohen Bekanntheitsgrads und eines hohen Ansehens sowie hoher Markentreue die Spitzengruppenabhängigkeit einer Warenhauskette von der Belieferung mit Adidas-Sportschuhen bejaht.
- **Mangelbedingte Abhängigkeit:** Erfasst sind Konstellationen, in denen sich Versorgungsengpässe auf Herstellerebene negativ auf die nachgelagerten Marktstufen auswirken, wobei vorausgesetzt ist, dass es sich um eine nicht längerfristig vorhersehbare Mangellage

handelt. Darunter fallen etwa Embargos, Streiks oder Katastrophenfälle. Den negativen Auswirkungen soll mittels eines Behinderungs- und Diskriminierungsverbots begegnet werden, beispielsweise durch die Verpflichtung des Lieferanten, die abhängigen Nachfrager diskriminierungsfrei zu beliefern. Fälle dieser Gruppe sind bis jetzt nur vereinzelt aufgetreten (z.B. während der Ölkrise 1973). Mit Blick auf die derzeitigen Entwicklungen kann indes nicht ausgeschlossen werden, dass diese Fallgruppe künftig an Bedeutung gewinnen wird, etwa aufgrund von Schwierigkeiten in der Energieversorgung, unterbrochener oder beeinträchtigter Lieferketten oder fehlender Verfügbarkeit bestimmter Komponenten (z.B. Chips).

- **Unternehmensbedingte Abhängigkeit:** Die Abhängigkeit des Nachfragers gründet auf vorangegangenen eigenen Entscheidungen (oder seiner Kunden), die sich im Nachhinein nicht ohne Weiteres korrigieren lassen und ein Ausweichen auf alternative Anbieter erschweren (sog. «Lock-in-Effekt»). Zu denken ist etwa an Fälle, in denen ein Vertragshändler mit Blick auf ein langfristig geplantes Geschäftsverhältnis mit dem Hersteller Investitionen tätigt (z.B. Ausstattung der Geschäftsräume, Ausbildung von Mitarbeitenden, Anschaffung von Geräten etc.) und ein Wechsel zu einem anderen Hersteller aufgrund zu hoher Wechselkosten mit erheblichen Wettbewerbsnachteilen verbunden wäre. Ein weiterer Anwendungsfall betrifft den Bezug von Ersatzteilen oder Verbrauchsmaterialien für ein langlebiges Investitionsgut (z.B. Original Ersatzteile für Fahrzeuge, Wartung von Anlagen etc.). In letzteren Fällen bejaht die Praxis jedoch regelmässig eine marktbeherrschende Stellung des Herstellers auf diesen nachgelagerten Märkten, weshalb ein Rückgriff auf das Konzept der relativen Marktmacht nicht erforderlich ist. Die Praxis erkannte zum Beispiel auf eine unternehmensbedingte Abhängigkeit von Kfz-Vertragshändlern, die sich auf einen bestimmten Hersteller (der Leitentscheid des deutschen Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1988 betraf den Hersteller Opel-Blitz) ausgerichtet und hierfür umfangreiche vertragsspezifische Investitionen getätigt haben. Verneint wurde hingegen eine unternehmensbedingte Abhängigkeit eines Nachfragers spezieller Flaschenkästen aufgrund eigener Versäumnisse. Auch wenn während drei Monaten keine Ausweichmöglichkeit bestand, musste sich der Nachfrager entgegenhalten lassen, mit dem bisherigen Lieferanten keine längere Kündigungsfrist vereinbart zu haben, die es ihm erlaubt hätte, zu einem alternativen Lieferanten (der zuerst ein passendes Werkzeug fertigen musste) zu wechseln.
- **Relative Nachfragemacht:** Erfasst werden jene Fälle, in denen ein Anbieter von einem starken Nachfrager abhängig ist. Diese Abhängigkeit kann auf den gleichen Ursachen beruhen, wie die Angebotsmacht der ersten drei Fallgruppen. Eine Abnahmepflicht infolge relativer Nachfragemacht verkörpert indessen einen noch weitergehenden Eingriff als eine Lieferpflicht infolge relativer Angebotsmacht. Denn während ein Lieferant grundsätzlich ein Interesse daran haben dürfte, seinen Absatz zu steigern und somit möglichst viele Abnehmer zu beliefern, kann nicht unterstellt werden, dass ein Abnehmer umgekehrt ein Interesse daran hat, Leistungen von möglichst vielen Lieferanten zu beziehen. Mögliche An-

wendungsfälle sind etwa Anbieter, die Zugang zu bestimmten Absatzkanälen (sog. «Gatekeeper») benötigen (z.B. Lieferanten grosser Einzelhandelsketten oder des Pharmagrosshandels) oder Anbieter, die sich einseitig auf die Bedürfnisse eines Nachfragers ausgerichtet haben (z.B. Automobilzulieferer). Die Praxis bejahte zum Beispiel die Spitzenstellungsabhängigkeit eines Optikers von der Belieferung der Allgemeinen Ortskrankenkasse, weil auf die betroffene Krankenkasse rund ein Drittel des Umsatzes entfiel und lediglich 5 % auf Privatpatienten. In einem anderen Fall wurde die Spitzengruppenabhängigkeit einer Werkstatt für die Herstellung von orthopädischem Schuhwerk von den gesetzlichen Krankenkassen bejaht, auf die 80 % des Umsatzes der Werkstatt entfiel.

Ob und inwieweit die schweizerischen Behörden die deutsche Praxis übernehmen, wird sich zeigen. Es ist aber zu erwarten, dass sie sich an der deutschen Praxis orientieren werden, zumindest bis sich eine eigenständige Schweizer Praxis entwickelt hat. Die Mehrzahl der Fälle lässt sich den Fallgruppen 1 (sortimentsbedingte Abhängigkeit) und 3 (unternehmensbedingte Abhängigkeit) zuordnen. Entsprechend dürfte vor allem die deutsche Praxis zu diesen Fallgruppen für die Anwendung des Konzepts der relativen Marktmacht in der Schweiz von Relevanz sein.

Auch wenn das missbräuchliche Verhalten eines relativ marktmächtigen Unternehmens im Unterschied zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht direkt sanktionierbar ist, drohen neben Schadenersatzforderungen langwierige und kostspielige Verfahren sowie ein Reputationsverlust. Unternehmen sind in jedem Fall gut beraten, sich mit der relativen Marktmacht und den daraus resultierenden Folgen auseinanderzusetzen, bevor sie einem potenziell abhängigen Lieferanten oder Kunden die Geschäftsbeziehung aufkündigen, die Aufnahme einer solchen verweigern oder andere Konditionen durchsetzen als gegenüber anderen vergleichbaren Handelspartnern.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel
Lange Gasse 15
Postfach
CH-4052 Basel
T +41 58 258 19 00
F +41 58 258 19 99
basel@bratschi.ch

Bern
Bollwerk 15
Postfach
CH-3001 Bern
T +41 58 258 16 00
F +41 58 258 16 99
bern@bratschi.ch

Genf
Rue du Général-Dufour 20
1204 Genf
T +41 58 258 13 00
F +41 58 258 17 99
geneva@bratschi.ch

Lausanne
Avenue Mon-Repos 14
Postfach 5507
CH-1002 Lausanne
T +41 58 258 17 00
T +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi.ch

St.Gallen
Vadianstrasse 44
Postfach 262
CH-9001 St. Gallen
T +41 58 258 14 00
F +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi.ch

Zug
Gubelstrasse 11
Postfach 7106
CH-6302 Zug
T +41 58 258 18 00
F +41 58 258 18 99
zug@bratschi.ch

Zürich
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi.ch