

Arbeitsrecht
Banken & Finanzdienstleister
Bau- & Immobilienrecht
Datenrecht
Energierecht
Erbrecht & Nachlassplanung
Finanzierungen
Finanzmarktinfrastrukturrecht
FinTech
Funds & Asset Management
Gesellschafts- & Handelsrecht
Immaterialgüterrecht
Medienrecht
Mergers & Acquisitions
Migrationsrecht
Notariat
Pharma- & Gesundheitsrecht
Prozessführung & Schiedsgerichtsbarkeit
Restrukturierung & Insolvenz
Steuerrecht
Technologierecht (IT)
Venture Capital & Private Equity
Versicherungen
Wettbewerbsrecht
Wirtschaftsstrafrecht

Erneute Verschärfung des Kartellgesetzes per 1. Januar 2022 – Chancen und Risiken im Umgang mit relativer Marktmacht

Am 17. September 2021 hat der Bundesrat die jüngste Revision des Kartellgesetzes per 1. Januar 2022 in Kraft gesetzt. Diese Gesetzesänderung geht auf den Gegenvorschlag zur (inzwischen zurückgezogenen) «Fair-Preis-Initiative» zurück. Damit wird die umfangreiche Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen auf Unternehmen, welche lediglich gegenüber einzelnen Unternehmen mächtig sind, erweitert. Auch bei einseitigen Verhaltensweisen von Unternehmen mit tiefen Marktanteilen kann und wird das Kartellrecht daher eingreifen. Besteht eine Abhängigkeit zwischen Unternehmen, werden verschiedene, übliche Verhaltensweisen und Vertragsklauseln kartellrechtlich angreifbar. Während sich das Risiko von neuen Compliance-Fällen erhöht, entstehen aber auch Chancen – insbesondere für Nachfragerinnen von Nischenprodukten, für Abnehmer gegenüber starken Lieferantinnen und für den Parallelimport.

Wirksamer Wettbewerb – eine Gesamtmarkt-betrachtung

Das Kartellrecht soll wirksamen Wettbewerb garantieren. Wo der Staat das Resultat des Wettbewerbs, z.B. über eine Preisregulierung, nicht vorwegnimmt, sollen die Wirtschaftsteilnehmer beispielsweise den Preis nicht über Kartelle festlegen. Die Bestimmungen gegenüber Kartellen wurden vom Bundesgericht vor einigen Jahren bereits wesentlich verschärft. Bei harten Kartellen (d.h. Abstimmungen zwischen Wettbewerbern über Preise, Mengen, Gebiete und Kunden) ist seither keine Analyse der Effekte erforderlich, weshalb auch Unternehmen ohne Marktmacht und mit geringen Marktanteilen gebüsst werden können.

Der Wettbewerb ist zudem dort in Gefahr, wo einzelne Unternehmen derart stark sind, dass sie

sich in wesentlichem Umfang unabhängig von den Marktgegebenheiten verhalten können. Bei Monopolen spielen die Marktkräfte weniger stark, daher wird darauf geachtet, dass diese keine Markteintrittsschwellen aufbauen und dass Märkte offengehalten werden. Marktbeherrschende Unternehmen dürfen daher ohne guten, sachlichen Grund u.a. keine Geschäftsbeziehungen verweigern (Kontrahierungszwang), Handelspartner diskriminieren (Gleichbehandlungspflicht) oder ihr Produkt an den Kauf anderer Produkte oder Dienstleistungen koppeln (Koppelungsverbot). Auch exklusive Bindungen und subtilere Ausgestaltungen wie Treuerabatte sind in aller Regel heikel. Diese weitreichende Überwachung von marktbeherrschenden Unternehmen ist grundsätzlich wenig umstritten – zumal dies bisher nur wenige Unternehmen betraf.

Wenger & Vieli AG
Dufourstrasse 56
Postfach
CH-8034 Zürich

Büro Zug
Metallstrasse 9
Postfach
CH-6302 Zug

T +41 58 958 58 58
spotlight@wengervieli.ch
www.wengervieli.ch

**MICHAEL TSCHUDIN**

Dr. iur. | Partner

m.tschudin@wengervieli.ch

T +41 58 958 53 36

**DOMINIQUE ROOS**

MLaw | Rechtsanwältin

d.roos@wengervieli.ch

T +41 58 958 55 47

Empfehlungen

- Compliance strategisch führen
- Effektive rechtliche Risiken frühzeitig erkennen
- Kartellrechtliche Tools im Beschaffungsprozess verwenden
- Prüfen, ob Lieferanten in Kartellfälle involviert sind

Relative Marktmacht bei einzelnen Geschäftsbeziehungen

Neu gelten diese Vorschriften auch für relativ marktmächtige Unternehmen. Um als relativ marktmächtig zu gelten, genügt es, wenn ein einzelnes anderes Unternehmen (Lieferant oder Abnehmer) derart abhängig ist, dass keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen. Für die Frage der relativen Abhängigkeit wird somit nicht der ganze relevante Markt analysiert und nicht auf typischerweise gesamtwirtschaftlich negative Effekte fokussiert. Vielmehr stehen einzelne Vertragsbeziehungen im Vordergrund sowie die Frage, ob ein einzelnes Unternehmen faire Konditionen erhält und somit frei am Wirtschaftsleben teilnehmen kann.

Eine solche Abhängigkeit kommt beispielsweise in folgenden Fällen in Betracht:

- Abhängigkeit von der Belieferung mit Ersatzteilen
- Abhängiger Lizenznehmer in Bezug auf Software-Wartung und Updates
- Abhängigkeit betreffend Zugang zu Produkten, Dienstleistungen oder Daten, welche für das eigene Angebot erforderlich sind
- Abhängigkeiten aufgrund von vertragsspezifischen Investitionen (Lock-in-Effekt)
- Abhängigkeit gegenüber Nachfragern mit hohem Volumen

Bei individuellen Abhängigkeitsverhältnissen sind unter dem revidierten Kartellgesetz die gleichen Regeln anwendbar, welche bisher nur für marktbeherrschende Unternehmen galten. Aufgrund von Erfahrungen im Ausland mit dem Konzept der relativen Marktmacht ist zu erwarten, dass vor allem der Kontrahierungszwang und das Diskriminierungsverbot häufig auf relativ marktmächtige Unternehmen angewandt wird.

Zudem wird in den Katalog von missbräuchlichen Verhaltensweisen eine neue Regel aufgenommen: Per 1. Januar 2022 verhält sich ein marktbeherrschendes sowie bereits ein relativ marktmächtiges Unternehmen auch dann missbräuchlich, wenn es die Möglichkeit für Nachfrager einschränkt, Waren oder Dienstleistungen, die in der Schweiz und im

Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Preisen und Konditionen zu beziehen. Damit schafft der Gesetzgeber für Unternehmen ein Bezugsrecht im Ausland und zwar zu den dort geltenden Konditionen. Dieses Kernanliegen der Fair-Preis-Initiative soll es Unternehmen in der Schweiz ermöglichen, von ähnlich günstigen Konditionen zu profitieren wie ihre Wettbewerber im Ausland.

Empfehlungen

- Abhängigkeiten identifizieren bei der Beschaffung und bei Kunden
- Bei diskriminierenden Preisen (auch im Vergleich zum Ausland) das Gespräch mit Lieferanten suchen
- Rechtfertigungsgründe für eigene Diskriminierung und Zugangsverweigerung prüfen und dokumentieren

Durchsetzung der neuen Regeln

Während Missbräuche marktbeherrschender Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes gebüsst werden können, werden Missbräuche von relativ marktmächtigen Unternehmen erst im Wiederholungsfall gebüsst. Die Wettbewerbskommission hat bereits angekündigt, dieses neue Instrument des Kartellgesetzes aktiv umzusetzen. Zudem ist damit zu rechnen, dass Unternehmen auch über den Zivilrechtsweg ihre Interessen durchsetzen. Der Weg über die Zivilgerichte hat den Vorteil von kürzeren Verfahrensdauern, einem etablierten vorsorglichen Rechtsschutz, der Möglichkeit von Schadenersatzforderungen und der Pflicht der Zivilrichter, die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen.

Fazit

Seit der Verschärfung der Kartellvorschriften durch das Bundesgericht können auch Kartelle ohne nachgewiesene Effekte auf dem Markt, insbesondere von Unternehmen mit geringen Marktanteilen, kartellrechtlich verfolgt werden. Mit der Ausdehnung der Missbrauchsaufsicht auf relativ marktmächtige Unternehmen fallen neu viele Unternehmen zusätzlich auch unter die Missbrauchskontrolle von einseitigem Verhalten. Nun gilt es rechtliche Risiken abzuklären, aber auch Chancen im Umgang mit den neuen Vorgaben wahrzunehmen. Das Kartellrecht wird heute im Allgemeinen als Compliance-Thema (Schild vor staatlicher Intervention) und noch zu wenig als Chance im Sinne eines Schwerts gegenüber marktmächtigen Unternehmen und Kartellen gesehen.

**SPOTLIGHT ALS PDF:**

<https://www.wengervieli.ch/de-ch/publikationen?typ=spotlight>

Disclaimer: Die in diesem Schreiben enthaltenen Informationen dienen allgemeinen Informationszwecken und stellen keine rechtliche oder steuerliche Beratung dar. Im konkreten Einzelfall kann der vorliegende Inhalt keine individuelle Beratung durch fachkundige Personen ersetzen. © Wenger & Vieli AG, 2021