Ausweitung der Missbrauchskontrolle auf relativ marktmächtige Unternehmen hat weitreichende Auswirkungen für in- und ausländische Unternehmen

31.03.2021

Einleitung

Am 19. März 2021 hat der Schweizer Gesetzgeber einen indirekten Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative verabschiedet. Der Gegenvorschlag nimmt das Anliegen des Initiativkomitees auf und soll gewährleisten, dass Schweizer Unternehmen bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland nicht diskriminiert werden. Kernstück der Gesetzesrevision ist die Ergänzung des Kartellgesetzes um das Konzept der relativen Marktmacht, was weitreichende Konsequenzen für Unternehmen hat und zumindest vorübergehend zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führen wird. Sofern kein Referendum ergriffen wird – wovon derzeit ausgegangen werden darf – wird das Initiativkomitee die Fair-Preis-Initiative zurückziehen und die neuen Bestimmungen dürften bereits im Laufe des Jahres 2021 in Kraft treten.

Revidierte Missbrauchskontrolle

Das geltende Kartellgesetz (KG) verbietet marktbeherrschenden Unternehmen, ihre Marktstellung zu missbrauchen. Ein Unternehmen gilt dabei als marktbeherrschend, wenn es sich in einem bestimmten Markt von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann, was in der Regel erst bei Vorliegen von hohen Marktanteilen der Fall ist. Unternehmen können jedoch auch aufgrund individueller wirtschaftlicher Umstände bzw. fehlender Ausweichmöglichkeiten von nicht marktbeherrschenden Unternehmen abhängig sein. Die Gesetzesrevision beabsichtigt, auch diese Fälle der Missbrauchskontrolle durch die Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht zu unterstellen (Art. 4 Abs. 2bis und Art. 7 Abs. 1 revKG) und einen neuen Missbrauchstatbestand einzuführen, welcher ein Bezugsrecht für Schweizer Unternehmen im Ausland zu den dort geltenden Preisen und Bedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. g revKG) vorsieht.

Das Konzept der relativen Marktmacht

Unter relativer Marktmacht versteht man eine individuelle Abhängigkeit eines Unternehmens von einem anderen Unternehmen. Dem abhängigen Unternehmen fehlen ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten, ein Produkt oder eine Leistung bei einem anderen Unternehmen zu beziehen. So können beispielsweise bestimmte Unternehmen auf die

Lieferung von Originalersatzteilen oder der Erbringung von Wartungsarbeiten von einem bestimmten Unternehmen angewiesen sein, da es für das betreffende Unternehmen keine Ausweichmöglichkeiten gibt.

Das Konzept der relativen Marktmacht ist gänzlich neu im Schweizer Rechtssystem und wird entsprechend zumindest anfangs zu gewisser Rechtsunsicherheit führen. Bei der Einführung des Konzeptes der relativen Marktmacht hat sich das Initiativkomitee an Deutschland orientiert, welches dieses Konzept bereits seit den 1970er Jahren kennt. Zur Beurteilung, ob eine individuelle Abhängigkeit besteht, dürfte sich die Wettbewerbskommission daher an den in Deutschland bestehenden Fallgruppen orientieren: Eine sortimentsbedingte Abhängigkeit besteht, wenn Händler auf das Führen bestimmter Produkte von bestimmten Herstellern in ihrem Sortiment angewiesen sind, um wettbewerbsfähig zu sein (sogenannte Must-in-stock-Produkte). Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit besteht, wenn sich der Abnehmer für eine längere Zeit auf einen bestimmten Vertragspartner festlegt und bei einseitiger Lieferverweigerung praktisch nicht mehr auf andere Anbieter ausweichen kann (Lock-in-Effekt). Sind Anbieter eines Produktes von Nachfragern dieser Produkte abhängig, liegt eine nachfragebedingte Abhängigkeit vor.

Bezugsrecht im Ausland

Mit Art. 7 Abs. 2 lit. g revKG wird zudem ein weiterer Missbrauchstatbestand eingeführt, der ein Bezugsrecht für Schweizer Unternehmen im Ausland zu den dort geltenden Preisen und Bedingungen gewährt. Das hat zur Folge, dass marktbeherrschende sowie relativ marktmächtige Unternehmen die von ihnen abhängigen Unternehmen zu den ausländischen und somit günstigeren Konditionen beliefern müssen.

Durchsetzbarkeit

Da sich die relative Marktmacht auf eine individuelle Vertragsbeziehung bezieht und zudem nicht sanktionsbedroht ist, dürfte sich die Durchsetzung von Missbrauchsverboten primär auf den Zivilrechtsweg fokussieren. Die Wettbewerbskommission hat jedoch verlauten lassen, dass sie anfangs relativ rasch erste Leiturteile anstrebt, um der Rechtsunsicherheit entgegenzuwirken.

Bei Inlandssachverhalten kann bei der Wettbewerbskommission Anzeige erstattet oder eine Klage gegen das relativ marktmächtige Unternehmen an dessen Sitz in der Schweiz erhoben werden. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten muss das Schweizer Unternehmen gegen das ausländische Unternehmen auf den Bezug von Waren oder Dienstleistungen zu den dort geltenden Preisen und Bedingungen klagen. Aufgrund des Auswirkungsprinzips kann am Erfolgsort des kartellrechtsverletzenden Handelns in der Schweiz geklagt werden. Das Kartellgesetz wird durch das Schweizer Gericht demnach bei Lieferverweigerungen im Ausland gegenüber Schweizer Nachfragern angewendet.

Geoblockingverbot

Zudem wird neu – in Anlehnung an die Rechtslage in der Europäischen Union – auch ein explizites Geoblockingverbot in Art. 3a des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) verankert. Damit soll ein diskriminierungsfreier Einkauf im Online-Handel gewährleistet werden. Ein Online-Händler handelt demnach unzulässig, wenn er Kunden in der Schweiz beim Preis oder den Zahlungsbedingungen diskriminiert, ihren Zugang zu einem Online-Portal einschränkt oder sie ohne Einverständnis auf eine Schweizer Website umleitet. Es finden sich jedoch in Art. 3a Abs. 2 revUWG zahlreiche Ausnahmen, wie beispielsweise für Finanz- oder Gesundheitsdienstleistungen.

Konsequenzen für Unternehmen und nächste Schritte

Die Verankerung der relativen Marktmacht im Kartellgesetz weitet den Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle nach Art. 7 KG auf zahlreiche in- und ausländische Unternehmen aus. Unternehmen sollten deshalb ihre bereits bestehenden sowie neuen Vertragsbeziehungen auf Abhängigkeiten hin prüfen. Um Art. 7 KG einzuhalten, ist unter anderem eine Gleichbehandlung abhängiger Unternehmen etwa bei Preisen, Rabatten und anderen Konditionen erforderlich. Bei einem Missbrauch der relativen Marktmacht drohen zwar keine direkten Sanktionen, die Wettbewerbskommission kann das Verhalten aber verbieten und bei Verletzung des Verbots droht dem Unternehmen eine Busse von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Zudem sind im Rahmen eines Zivilverfahrens auch Schadenersatzforderungen nicht ausgeschlossen.

Für allfällig abhängige Unternehmen lohnt sich jedoch auch eine Einschätzung der Chancen, welche die Einführung des neuen Missbrauchstatbestandes bringt.

Im Online-Handel tätige Unternehmen sollten das Verbot des Geoblockings auf ihren Vertriebskanälen auch in der Schweiz umsetzen.

Autoren: Severin Etzensperger (Associate), Fabienne Früh (Junior Associate)

Keine Rechts- oder Steuerberatung

Dieses Legal Update gibt einen allgemeinen Überblick über die Rechtslage in der Schweiz und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es stellt keine Rechts- oder Steuerberatung dar. Falls Sie Fragen zu diesem Legal Update haben oder Rechtsberatung hinsichtlich Ihrer Situation benötigen, wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei Pestalozzi Rechtsanwälte AG oder an eine der in diesem Legal Update erwähnten Kontaktpersonen.

© 2021 Pestalozzi Attorneys at Law Ltd. Alle Rechte vorbehalten.

Christoph Lang

Partner
Attorney at law
Chair, Head Corporate / M&A

Pestalozzi Attorneys at Law Ltd
Feldeggstrasse 4
8008 Zürich
Switzerland
T +41 44 217 92 39
christoph.lang@pestalozzilaw.com

