

NIEDERER KRAFT FREY

SwissHoldings Competition Law Group Meeting

**Relative Marktmacht am Beispiel
des ersten Falls der WEKO**

Marktbeherrschung

Nicolas Birkhäuser

20. September 2024

Relative Marktmacht

Hinweis

Nachfolgend wird unter anderem der Fall Galexis vs. Fresenius Kabi behandelt, den die Wettbewerbskommission (WEKO) jüngst entschieden hat.

Der guten Ordnung halber ist offenzulegen, dass Niederer Kraft Frey AG (NKF) in diesem Verfahren Fresenius Kabi vertreten hat.

Vorab Weiterführendes

An der **Zürcher Tagung der ASAS** am 6. November 2024 werden die folgenden Themen, die für Sie von Interesse sein könnten, von ausgewiesenen Experten behandelt:

- Aktuelle und wichtige Entwicklungen (Präsidentin WEKO)
- Revision des Kartellgesetzes und Einführung der Investitionskontrolle (FDI) in der Schweiz
- Vermutungstatbestände / restrictions by object – in der Schweiz / in der EU
- Relative Marktmacht am Beispiel des ersten Falls der WEKO
- Investitionsschutz im Wettbewerbsrecht
- Drittstaatssubventionsverordnung der EU und ihre Auswirkungen auf die Schweiz

Programm und Anmeldung:



Die NZZ schreibt am 5. Juli 2024 auf der Titelseite

Keine Hinweise auf «Abzockerei» durch ausländische Firmen

Die Wettbewerbskommission entscheidet erstmals in einem Fall zur Hochpreisinsel Schweiz

NZZ online: «Erstmals hat die WEKO geprüft, ob ein Unternehmen seine relative Marktmacht missbraucht. Der Entscheid zeigt, dass man vom neuen Instrument keine Wunder erwarten darf.»

Politik

«Die Hochpreisinsel Schweiz sorgt immer wieder für Unmut. Die Preise sind hierzulande für viele Güter und Dienstleistungen höher als im benachbarten Ausland. Vor einigen Jahren beschloss das Parlament – aufgeschreckt durch eine Volksinitiative –, etwas dagegen zu unternehmen.»

«Es verabschiedete eine Änderung im Kartellgesetz. Das Ziel: Ausländische Firmen sollen ihre Abnehmer in der Schweiz nicht mehr «abzocken» dürfen, indem sie etwa überhöhte Preise verlangen. Die Regeln gelten auch zwischen Firmen innerhalb der Schweiz.»

Neue Regeln zur relativen Marktmacht

«Seit Anfang 2022 sind die Bestimmungen zur sogenannten relativen Marktmacht in Kraft. Sie sind eine Neuerung in der Wettbewerbspolitik: Es geht nicht mehr um den Schutz des Wettbewerbs, sondern um den **Schutz einzelner Marktteilnehmer**. Konkret können sich Firmen an die Wettbewerbskommission (Weko) wenden, wenn sie denken, dass sie von einem Lieferanten oder Abnehmer benachteiligt werden. Als **relativ marktmächtig** gilt ein Unternehmen, wenn der Geschäftspartner von ihm «**abhängig**» ist, also keine zumutbare Ausweichmöglichkeit hat. Ob dies zutrifft, muss die WEKO im Einzelfall quantitativ prüfen.»

NZZ online: «Ein Anwendungsfall sind **Schweiz-Zuschläge** – also wenn ein potenter ausländische Zulieferer von seinen Abnehmern in der Schweiz möglicherweise überhöhte Preise verlangt. Es ist **aber auch** eine innerschweizerische Diskussion entstanden, ob die beiden Grossverteiler Migros und Coop gegenüber ihren Lieferanten möglicherweise relativ marktmächtig sind und diese Stellung missbrauchen.» (Hervorhebungen hinzugefügt)

Was geschah im Fall vor der WEKO? – Wie kam es zum ersten Fall?

In einer **Anzeige** an die WEKO warf die Galexis AG (Galexis) der Fresenius Kabi-Gruppe (Fresenius Kabi) vor, sich zu weigern, die Galexis in Deutschland und den Niederlanden mit Trink- und Sondennahrung und entsprechenden Hilfsmitteln zu beliefern.

Die WEKO untersuchte, ob Fresenius Kabi gegenüber der Galexis im Bereich dieser Produkte über relative Marktmacht verfügt und diese missbraucht.

Die WEKO klärt mit diesem ersten Entscheid **wichtige Fragen** betreffend die Anwendung der seit 2022 geltenden neuen Vorschriften zur relativen Marktmacht.

Relative Marktmacht – Neue Gesetzesbestimmungen und deren Anwendung

Das Konzept der relativen Marktmacht bezieht sich auf das **bilaterale Verhältnis** zwischen zwei Unternehmen. Jeder **Einzelfall** ist gesondert zu prüfen.

Die WEKO prüft:

1. in einem ersten Schritt, ob ein Unternehmen gegenüber einem anderen Unternehmen in Bezug auf die fraglichen Produkte **relative Marktmacht hat**, und, – nur soweit es relative Marktmacht hat –,
2. in einem zweiten Schritt, ob ein **Missbrauch** einer allfälligen relativen Marktmacht vorliegt, d.h. ob sich ein Unternehmen missbräuchlich verhält.

Prüfung Schritt 1 – Relative Marktmacht (Abhängigkeit)?

Die WEKO prüft in Schritt 1 anhand der folgenden Kriterien, ob relative Marktmacht vorliegt:

1. **Abhängigkeit:** Hat das betroffene Unternehmen ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten? Diese Frage prüft die WEKO in drei Schritten:
 - Ermittlung der Ausweichmöglichkeiten (Sachverhaltsfrage).
 - Feststellung der allfälligen Folgen des Ausweichens (Sachverhaltsfrage).
 - Beurteilung der Zumutbarkeit der Folgen (Rechtsfrage).
2. **Mangelnde Gegenmacht** des abhängigen Unternehmens: Besteht zwischen den Unternehmen in Bezug auf das fragliche Geschäft eine ungleiche Machtverteilung?
3. **Grobes Selbstverschulden:** Abhängigkeit aufgrund eigener Fehler des abh. Unternehmens?

Nur falls relative Marktmacht vorliegt (d.h. falls eine Abhängigkeit bejaht wird)

Prüfung Schritt 2 – Missbrauch?

Soweit ein Unternehmen relative Marktmacht hat, prüft die WEKO in einem zweiten Schritt, ob ein **Missbrauch** einer allfälligen relativen Marktmacht vorliegt, d.h. ob sich ein Unternehmen missbräuchlich verhält.

Ein Missbrauch läge vor, wenn es ein anderes Unternehmen im Wettbewerb behindert oder benachteiligt und wenn es dafür keine wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe gibt.

Konkreter Fall Galexis vs. Fresenius Kabi

Fehlende relative Marktmacht von Fresenius Kabi (I)

Die WEKO prüfte im vorliegenden Fall wie folgt, ob die Galexis von Fresenius Kabi abhängig ist:

1. **Ausweichmöglichkeiten:** Für die Galexis besteht nach Ansicht der WEKO die vorteilhafteste Ausweichmöglichkeit darin, so viele **Kunden** wie möglich **zum Umsteigen auf vergleichbare Trinknahrung** anderer Herstellerinnen zu bewegen und **ansonsten diese Produkte nicht mehr anzubieten.**

Konkreter Fall Galexis vs. Fresenius Kabi

Fehlende relative Marktmacht von Fresenius Kabi (II)

Die WEKO prüfte im vorliegenden Fall wie folgt, ob die Galexis von Fresenius Kabi abhängig ist:

2. **Folgen des Ausweichens:** Die WEKO schloss aus der Untersuchung, dass die Galexis durch die Auflösung der Lieferbeziehung zu Fresenius Kabi **gewisse Umsatzeinbussen** erleiden würde: etwas tiefere Gewinne und Deckungsbeiträge; zudem gemäss der WEKO **weitere Nachteile**, wie **Einbussen bei der Attraktivität der Galexis** infolge des (hypothetischen) Wegfalls der Trinknahrung von Fresenius Kabi aus ihrem Sortiment als Grossistin. Insgesamt dürften diese Einbussen aber eher gering ausfallen.

3. **Zumutbarkeit der Folgen: Gemessen an der Finanzkraft** der Galenica-Gruppe, zu welcher die Galexis gehört, wären die durch den (hypothetischen) Wegfall der Lieferbeziehung zu Fresenius Kabi entstehenden **Nachteile gering** und damit **zumutbar**.

Konkreter Fall Galexis vs. Fresenius Kabi

Fehlende relative Marktmacht von Fresenius Kabi (III)

Die WEKO gelangte damit zum **Schluss**:

1. Die Galexis ist von Fresenius Kabi **nicht abhängig**.
2. **Genügend Gegenmacht**. Es besteht kein klares Ungleichgewicht der Nachteile, die den beiden Unternehmen bei einer Auflösung der Lieferbeziehung entstehen würden.
3. Die Frage des groben Selbstverschuldens erübrigt sich.

Die WEKO entschied entsprechend, dass Fresenius Kabi in Bezug auf Trink- und Sondennahrung und entsprechende Hilfsmittel gegenüber der Galexis **keine relative Marktmacht** hat.

→ Bei Fehlen einer relativen Marktmacht: Kein Verstoss gegen die Bestimmungen zur relativen Marktmacht möglich.

Konkreter Fall Galexis vs. Fresenius Kabi

Eventualbegründung: Fehlender Missbrauch durch Fresenius Kabi (I)

Selbst wenn Fresenius Kabi gegenüber der Galexis relative Marktmacht hätte, **wäre** das Verhalten von Fresenius Kabi im vorliegenden Fall **nicht missbräuchlich**.

Gegen einen Missbrauch spricht:

Es kann **nicht** nachgewiesen werden, dass die ausländischen Konditionen **mehr als geringfügig besser** sind als die Bedingungen der Galexis beim Einkauf in der Schweiz bei Fresenius Kabi Schweiz.

(weiter nächste Folie)

Konkreter Fall Galexis vs. Fresenius Kabi

Eventualbegründung: Fehlender Missbrauch durch Fresenius Kabi (II)

Preisunterschiede sind schwierig festzustellen, insbesondere wenn sie individuell verhandelt werden. Es können unterschiedliche Faktoren zur Anwendung kommen, die sich aufgrund der Umstände **fortlaufend verändern**. Auch gibt es Schwankungen bei Wechselkursen.

Um sich nicht der Gefahr der Illegalität auszusetzen, müsste ein Unternehmen seinen potenziell abhängigen Abnehmern in der Schweiz im Sinne einer **Sicherheitsmarge** substantiell bessere Konditionen gewähren als Abnehmern im Ausland. Das kann **nicht Sinn und Zweck** der Bestimmungen zur relativen Marktmacht sein.

→ **Es gibt nicht den einen Preis**. Preise sind auch im Ausland oft weit gestreut.

→ Geringfügige Preisunterschiede müssen möglich sein.

Es gab auch bereits einen Entscheid eines Zivilgerichts

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, 13. Dezember 2023 (I):

- Vorsorgliche Massnahmen / Missbrauch relativer Marktmacht.
- «**Wer seine Abhängigkeit** durch eigene geschäftliche Dispositionen bzw. unternehmerische (Fehl)Entscheidungen oder durch unterlassene Vorkehrungen **zu verantworten hat**, kann sich nicht auf relative Marktmacht eines anderen Unternehmens gemäss Art. 4 Abs. 2bis KG berufen.» (E. 8.6; Hervorhebungen hinzugefügt).
- «[...] **keine Abhängigkeit zur Gesuchsbeklagten glaubhaft gemacht** wurde, sei es, **weil** auch bei bestehender Abhängigkeit **eine solche durch (fehlende) geschäftliche Dispositionen bestehen blieb, obwohl es die Gesuchsklägerin in der Hand hatte**, das für die Beziehung zur Gesuchsbeklagten bestehende Risiko einer Auflösung durch Diversifizierung und angemessene vertragliche Abreden zu verringern.» (E. 8.7; Hervorhebungen hinzugefügt).
- Frage des Missbrauchs der relativen Marktmacht brauchte nicht mehr beurteilt zu werden (E. 8.7).

Es gab auch bereits einen Entscheid eines Zivilgerichts

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, 13. Dezember 2023 (II):

- «Das Bestehen relativer Marktmacht ist für sich alleine betrachtet rechtlich unbedenklich. Unzulässig ist erst das missbräuchliche Ausnutzen der aus dem Abhängigkeitsverhältnis fließenden Marktstellung durch das relativ marktmächtige Unternehmen [...]» (E. 7.5).
- «Ein von einem relativ marktmächtigen Anbieter abhängiger Nachfrager **soll grundsätzlich nicht dauerhaft gestützt auf die relative Marktmacht geschützt werden**. Diesem ist vielmehr eine **angemessene Übergangsfrist** einzuräumen, innerhalb derer das abhängige Unternehmen eine Umstellung versuchen muss. **Nach Ablauf dieser Frist** soll – unabhängig von einer erfolgreichen Umstellung – ohne das Hinzutreten besonderer Umstände eine **sachliche Rechtfertigung für die Beendigung der Geschäftsbeziehungen** vorliegen können (Botschaft, S. 4943).» (E. 7.6; Hervorhebungen hinzugefügt).

Fragen im Zusammenhang mit dem neuen Tatbestand der relativen Marktmacht

Mögliche Massnahmen zur Risikominimierung (Beispiele)

1. Im Vorfeld von Verhandlungen **Prüfung von Geschäftsbeziehungen auf mögliche Abhängigkeit**. Abgesehen von klaren Fällen dürfte eine solche Analyse mangels genauer Kenntnisse der Verhältnisse beim Geschäftspartner allerdings teilweise schwierig sein.
2. **Falls mutmasslich eine relative Marktmacht besteht:**
 - Analyse der Preise und branchenüblichen Bedingungen im Ausland und entsprechend Abstimmen des Angebots in der Schweiz. Berücksichtigen der Faktoren gemäss Praxis der WEKO. Auf diese Weise berechnete Angebote sind u.U. nicht nachteilig.
 - Gegebenenfalls Vorbringen von wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründen.
 - Angemessene Übergangs- und Umstellungsfristen im Fall eines Abbruchs oder einer Einschränkung der Geschäftsbeziehung.

Weitere Fragen im Zusammenhang mit dem Tatbestand der relativen Marktmacht (I)

- Verfahren vor der WEKO oder vor Zivilgericht?
- Wie lange dauert ein Verfahren?
- Wie aufwändig ist ein Verfahren in praktischer Hinsicht?
- Offizialmaxime vs. Verhandlungsmaxime?
- Beweismass: Gleich wie bei Untersuchungen nicht im Bereich der relativen Marktmacht?
- Mitwirkungspflichten: «Document production» – Welche Informationen / Dokumente müssen geliefert werden? Welches Level an Mitwirkung wird als rechtlich massgeblich angesehen und/oder in praktischer Hinsicht erwartet?

Weitere Fragen im Zusammenhang mit dem Tatbestand der relativen Marktmacht (II)

- Praktische Learnings aus dem Fall für andere Unternehmen? – Z.B. betreffend interne Dokumente / Kommunikation, Dokumente in Vorbereitung von Vertragsschlüssen oder internen Entscheidungen, «bad language», Vertragsgestaltung und Vertragsdokumentation?
- Welcher «comfort level» wird gegeben (z.B. im Hinblick auf eine evtl. erneute Befassung mit der Marktposition und/oder dem Verhalten)?
- Wie ist die externe Kommunikation am Ende des Verfahrens? Wie ist normalerweise der Ablauf?
- Input / Gedanken zur KG-Revision, insb. im Hinblick auf den in der Debatte vorgebrachten «Art. 7 Abs. 2 lit. g-Einwand»?
- Weitere Fragen – Diskussion.

Marktbeherrschung

Marktbeherrschung – Praxis in der Schweiz und Praxis in der EU

Fragen (I):

Was ist die **Praxis der BVGer** in der Schweiz?

- Teilweise extreme Rechtsprechung: Beispiel BVGer B-831/2011 18.12.2018, i.S. SIX DCC.

Was ist die **Praxis der BGer** in der Schweiz?

- Praxis **unterschiedlich je nach Tatbestand** von Art. 7 Abs. 2 KG.
- **Koppelungsgeschäfte** – Art. 7 Abs. 2 lit. f KG: Im Ergebnis ist Eingreifschwelle bei Koppelung tief und unscharf. – BGE 2C_596/2019 vom 2.11.2022, i.S. SIX DCC.
- **Erzwingen unangemessener Preise** – Art. 7 Abs. 2 lit. c KG: Hohe Anforderungen an Nachweis Missbrauch. → Hohe Schwelle für Einschreiten gestützt auf Art. 7 KG – BGE 2C_698/2021 5.03.2024, i.S. Swisscom / Post WAN-Anbindung.

Marktbeherrschung – Praxis in der Schweiz und Praxis in der EU

Fragen (II):

Was ist die **Praxis in der EU**?

- Praxis EuGH in der EU zu Art. 102 AEUV – Auswirkungen relevant.
- Leitlinienentwurf stellt die Praxis aus Sicht der Europäischen Kommission zusammen.

Praxis der WEKO bzw. der Gerichte in der Schweiz

Urteil des BVGer B-831/2011 18.12.2018, i.S. SIX DCC: – Entgleisung?

- Art. 7 KG ist ein Gefährdungsdelikt. Es müssen keine Auswirkungen auf dem Markt nachgewiesen werden, es genügt der Nachweis der Möglichkeit eines Eintritts nachteiliger Einwirkungen: «Massgeblich ist die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung» (E. 1207).
- Bei den Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG keine «Theory of Harm» erforderlich, weil Gesetzgeber Schädlichkeit bereits bejaht hat (E. 1126).
- Wahrscheinlichkeitsbeweis für die Feststellung der Wettbewerbsverfälschung (E. 1222).

Praxis der WEKO bzw. der Gerichte in der Schweiz

Urteil des BGer 2C_596/2019 2.11.2022, i.S. SIX DCC (I):

Korrektur des Urteils des BVGer von 2018 durch das BGer?

- «Massgebend ist aber allemal, dass die **Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung)** der strittigen Verhaltensweise **aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt** wird» (E. 8.2.1 in fine; Hervorhebungen hinzugefügt).
- «Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen **Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG**. Ob die in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit aArt. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist **im Einzelfall zu prüfen**, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des aArt. 7 Abs. 1 KG darstellt [...]. Insofern indizieren die **Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise**, weshalb anhand des **dualen Prüfungsmusters** zu eruieren ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt: [...]» (E. 8.2.2; Hervorhebungen hinzugefügt).

Praxis der WEKO bzw. der Gerichte in der Schweiz

Urteil des BGer 2C_596/2019 2.11.2022, i.S. SIX DCC (II):

- **Duales Prüfungsmuster:** «In einem **ersten Schritt** sind die **Wettbewerbsverfälschungen** (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem **zweiten Schritt** mögliche **Rechtfertigungsgründe** ("legitimate business reasons") zu prüfen.» (E. 8.2.2; Hervorhebungen hinzugefügt).
- «Eine **Koppelung liegt dann vor, wenn** der Anbieter des koppelnden Gutes dessen Lieferung von der Abnahme einer zusätzlichen Leistung **abhängig macht**» und «Zwang ist nicht erforderlich; es **genügen positive Anreize** [...]. Es gibt **verschiedene Koppelungstechniken**, wie das tying, pure bundling, mixed bundling [...], welche durch **direkte oder indirekte Koppelung** erreicht wird» (E. 8.5.1; Hervorhebungen hinzugefügt).
- «Die **direkte Koppelung** besteht in einer vertraglichen, technischen oder ökonomischen Koppelung. **Indirekte Koppelung** arbeitet mit **Anreizen**» (E. 8.5.1; Hervorhebungen hinzugefügt).

Praxis der WEKO bzw. der Gerichte in der Schweiz

Urteil des BGer 2C_596/2019 2.11.2022, i.S. SIX DCC (III):

Problematische Praxis:

- «[...] dass es im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG **keines Nachweises einer in bestimmter Weise vorliegenden Wettbewerbsschädigung oder einer Wettbewerbsverfälschung bedarf**. Vielmehr handelt es sich nach dieser Auffassung um die **unausweichliche Folge einer Kombination separater Produkte ohne Vorliegen eines Rechtsfertigungsgrundes**. Danach ist das Koppelungsverbot erfüllt, wenn bereits die sachwidrige, weder durch Handelsbrauch, sachlichen Zusammenhang oder andere objektive Gründe gerechtfertigte Koppelung als solche mit Art. 7 Abs. 2 lit. F KG unvereinbar ist; eine **auswirkungsbezogene Analyse ist nicht erforderlich** [...]» (E. 8.6; Hervorhebungen hinzugefügt).

Somit: Korrektur des Urteils des BVGer von 2018 durch das BGer?

Gut ist die Klarstellung, dass Art. 7 Abs. 2 KG lediglich ein **Beispielkatalog** ist und dass die Tatbestände von Abs. 2 **nicht per se** eine unzulässige Verhaltensweise indizieren. – **Keine per se Verstösse?**

Praxis der WEKO bzw. der Gerichte in der Schweiz

Urteil des BGer 2C_596/2019 2.11.2022, i.S. SIX DCC (IV):

Problematisch sind hingegen die Kriterien der Prüfung der Koppelung und des Missbrauchs, welche vielschichtig und niederschwellig sind, so u.a.:

- Verschiedene Koppelungstechniken: tying, pure bundling, mixed bundling.
- Direkte oder indirekte Koppelung: Anreize genügen, Präferenz der Konsumenten.
- Zwei hintereinander geschaltete Koppelungen: Teilkoppelung 1, Teilkoppelung 2.
- **Auswirkungsbezogene Analyse ist nicht erforderlich: Koppelungsverbot erfüllt, wenn nicht gerechtfertigte Koppelung vorliegt.**
- Rechtfertigungsgründe (legitimate business reasons) dürften oft schwierig nachzuweisen sein.

Im Ergebnis ist **Eingreifschwelle bei Koppelung tief und unscharf**. Vorhersehbarkeit schlecht.

Urteil des BGer i.S. SIX DCC beschränkt sich u.E. klar auf **Koppelung** – Art. 7 Abs. 2 lit. f KG.

Praxis der WEKO bzw. der Gerichte in der Schweiz

Urteil des BGer 2C_698/2021 5.03.2024, i.S. Swisscom / Post WAN-Anbindung (I):

Erzwingen unangemessener Preise: Hohe Anforderungen an Nachweis des Missbrauchs. – Hohe Schwelle für Einschreiten gestützt auf Art. 7 KG:

- E.12: «Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen **zwar** auf den relevanten Märkten über eine **marktbeherrschende Stellung** im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügten, **jedoch ihre Stellung nicht im Sinne von Art. 7 KG missbrauchten**. Ein **Erzwingen unangemessener Preise** gegenüber Sunrise **gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liegt nicht vor**. Es fehlt bereits das Element des Erzwingens. Zudem wäre auch die Unangemessenheit des Vorleistungspreises nicht gegeben, da der Kosten-Preis-Vergleich fehlt bzw. die Kostenmethode nicht korrekt angewendet wurde. Auch gegenüber der Post ist der Tatbestand des Erzwingens unangemessener Preise nicht erfüllt. Das **Element des Erzwingens ist ebenfalls nicht gegeben**. Abgesehen davon würde der **Preis nicht exzessiv über den Kosten** liegen und auch die **Gewinnmarge wäre nicht dermassen exzessiv**, dass sich ein Einschreiten gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. c KG rechtfertigen liesse. Im Weiteren liegt auch **keine Kosten-Preis-Schere** zulasten Sunrise vor. Diesbezüglich mangelt es bereits an einem zweistufigen Behinderungsmissbrauch. [...]» (Hervorhebungen hinzugefügt).

Praxis der WEKO bzw. der Gerichte in der Schweiz

Aus der Gegenüberstellung der Urteile des BGer i.S. SIX DCC // i.S. Swisscom / Post WAN-Anbindung folgt:

- **Koppelungsgeschäfte** – Art. 7 Abs. 2 lit. f KG: Im Ergebnis ist Eingreifschwelle bei Koppelung tief und unscharf.
- **Erzwingen unangemessener Preise** – Art. 7 Abs. 2 lit. c KG: Hohe Anforderungen an Nachweis des Missbrauchs. → Hohe Schwelle für Einschreiten gestützt auf Art. 7 KG.
- **Urteil des BGer i.S. SIX DCC** u.E. klar beschränkt auf **Koppelung** (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG).
- **Praxis unterschiedlich je nach Tatbestand** von Art. 7 Abs. 2 KG.
- **Wird es eine Vereinheitlichung geben?**

Praxis EuGH in der EU zu Art. 102 AEUV – Auswirkungen relevant

Art. 102 AEUV setzt Berücksichtigung von Auswirkungen voraus:

- «[...] although a system of rebates set up by an undertaking in a dominant position on the market may be characterised as a restriction of competition, since, given its nature, it may be presumed to have restrictive effects on competition, the fact remains that what is involved is, in that regard, a mere presumption and **not a per se infringement** of Article 102 TFEU, **which would relieve the Commission in all cases of the obligation to examine whether there were anticompetitive effects.**» (EuGH T-286/09 i.S. Intel 2022; Hervorhebungen hinzugefügt).
- «Daher kann eine **Wettbewerbsbehörde** einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV feststellen, indem sie **nachweist, dass** das in Rede stehende Verhalten in dem Zeitraum, in dem es stattgefunden hat, **unter den Umständen des konkreten Falls [...] in der Lage war, den Leistungswettbewerb zu beschränken.**» (EuGH C-680/20 i.S. Unilever 2023; Hervorhebungen hinzugefügt).

Praxis EuGH in der EU zu Art. 102 AEUV – Auswirkungen relevant

Art. 102 AEUV setzt Berücksichtigung von Auswirkungen voraus:

Unternehmen können Beweise beibringen, dass ihr Verhalten nicht in der Lage war, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

Behörden müssen die Vorbringen und die Marktauswirkungen prüfen.

- «[...] die Kommission, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung im Verwaltungsverfahren, **gestützt auf Beweise, geltend macht, dass sein Verhalten nicht geeignet gewesen sei**, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen, **zu prüfen hat, ob** das [...] geeignet ist, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen» (EuGH T-286/09 i.S. Intel 2022; Hervorhebungen hinzugefügt).
- Zahlreiche Entscheide in der EU, nicht alle gleich. – Aber das ist der "**minimal standard**": **Wenn Beweise vorgelegt werden, müssen diese geprüft werden.**

Der Leitlinienentwurf bietet einen Rahmen, um zu beurteilen, wann ein Verhalten vom Wettbewerb abweicht.

Insbesondere enthält der Leitlinienentwurf **Orientierungshilfen** zu verschiedenen Schlüsselfragen im Zusammenhang mit Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, unter anderem:

- zur **Anwendung allgemeiner Grundsätze** für die Feststellung, ob ein Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens wahrscheinlich einen Missbrauch darstellt, und insbesondere zu den Begriffen «**Leistungswettbewerb**» und «**Verdrängungswirkungen**»
- zu den **Beweisen, die erforderlich sind**, um zu belegen, dass ein Verhalten geeignet ist, Verdrängungswirkungen zu entfalten.
- In dem Leitlinienentwurf wird unterschieden zwischen **3 Kategorien von Verhaltensweisen**.

Leitlinienentwurf zum Thema: Eignung, Verdrängungswirkungen zu erzeugen:

Breite Bedeutung des Begriffs «Verdrängung»: Verringerung der Fähigkeit oder des Anreizes tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerber, Wettbewerbsdruck auszuüben → Vollständiger Ausschluss, Marginalisierung, Erhöhung der Schranken für den Markteintritt oder die Expansion, Beschränkung des Wachstums von Wettbewerbern, etc.

Kausalität / Zurechenbarkeit: Es muss nicht nachgewiesen werden, dass das Verhalten die **einzigste Ursache** für die Verdrängungswirkung ist. Es reicht aus, ein plausibles Szenario als Vergleich heranzuziehen, um die Zurechenbarkeit zu belegen (z.B. Analyse des Marktes vor / nach Durchführung des Verhaltens).

Regeln zur Beweislast und zum Beweismass: Abhängig von der Wahrscheinlichkeit, dass ein Verhalten zu **Verdrängungswirkungen** führt, wird im Leitlinienentwurf unterschieden zwischen **3 Kategorien von Verhaltensweisen** mit **je unterschiedlichem Beweismass**.

Leitlinienentwurf zum Thema: Eignung, Verdrängungswirkungen zu erzeugen:

Ausgestaltung der Beweislast und des Beweismasses: Abhängig von Wahrscheinlichkeit, dass ein Verhalten zu **Verdrängungswirkungen** führt, wird unterschieden zwischen:

- 1. Verhaltensweisen «reine Beschränkungen», sog. «naked restrictions»,** die kein anderes wirtschaftliches Interesse haben als die Beschränkung des Wettbewerbs / die automatisch zu Verdrängungswirkungen führen: Es gilt eine **«harte» Vermutung**.
Fälle: Zahlungen für Einstellung/Austausch konkurr. Produkte, Zerstörung der von einem Wettbewerber genutzten Infrastruktur.
- 2. Verhaltensweisen, die «hohes Potenzial» haben,** nicht unter Leistungswettbewerb zu fallen / eine Verdrängungswirkungen zu haben: Es gilt eine **«weiche» Vermutung**.
Fälle: Verhaltensweisen, die spezifischen, in der EU-Rechtsprechung verankerten rechtlichen Prüfungen unterliegen, d.h.: Ausschliesslichkeitsbindungen, Kopplung und Bündelung, Lieferverweigerung, Kampfpreise und Kosten-Preis-Schere.
- 3. Verhaltensweisen, für die der Nachweis erbracht werden muss,** dass sie Verdrängungswirkungen entfalten können: Es gilt die **volle Beweislast der Behörde**.
Fälle: Verhaltensweisen, die keinen spezifischen rechtlichen Prüfungen unterliegen, d.h.: bedingte Rabatte ohne Alleinbezugs- oder Alleinbelieferungsverpflichtungen, Bündel- oder Paketrabatte, Selbstbevorzugung und Zugangsbeschränkungen.

Leitlinienentwurf zum Thema: Ausgestaltung der Beweislast und des Beweismasses (I):

«Harte» Vermutung:

- Widerlegen der Vermutung nur in Ausnahmefällen.
- Nachweis von Effizienzgewinnen sehr unwahrscheinlich.
- Fälle: Zahlungen für die Einstellung/Austausch konkurrierender Produkte, Zerstörung der von einem Wettbewerber genutzten Infrastruktur.

Leitlinienentwurf zum Thema: Ausgestaltung der Beweislast und des Beweismasses (II):

«Weiche» Vermutung:

- Möglichkeit, die Vermutung zu widerlegen.
- Möglichkeit, die Vermutung mit nachgewiesenen Effizienzgewinnen zu rechtfertigen.
- Wenn die Vermutung hinterfragt wird, ist es möglich, entweder
 - i. zu zeigen, dass die Widerlegung nicht ausreicht, um Vermutung zu hinterfragen, oder
 - ii. Beweise dafür vorzulegen, dass Verhalten zu Verdrängungswirkungen führen kann, wobei Beweiskraft der ursprünglichen Vermutung gebührend berücksichtigt werden m.
- Fälle: Ausschliesslichkeitsbindungen, Kopplung und Bündelung, Lieferverweigerung, Kampfpreise, Kosten-Preis-Schere.

Leitlinienentwurf zum Thema: Ausgestaltung der Beweislast und des Beweismasses (III):

Volle Beweislast der Kommission:

- Erforderlich ist zumindest der Nachweis der Fähigkeit zur Verdrängung.
- Möglichkeit der Rechtfertigung mit Effizienzgewinnen.
- Fälle: bedingte Rabatte ohne Alleinbezugs- oder Alleinbelieferungsverpflichtungen, Bündel- und Paketrabatte, Selbstbevorzugung, Zugangsbeschränkungen.

Leitlinienentwurf – Rezeption:

Kritik fällt unterschiedlich aus.

Zusammenstellung der Praxis ist sinnvoll.

Es gibt eine Vielzahl von Entscheiden. Daraus lässt sich viel herausnehmen.

In den Entscheiden gibt es einen "minimal standard": Wenn Beweise vorgelegt werden, dass ein Verhalten nicht geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken, müssen diese geprüft werden.

Zumindest die «harte» Vermutung geht sehr weit.

Die Diskussion hat erst begonnen.

Diskussion

Besten Dank



Nicolas Birkhäuser

Partner

D +41 58 800 8476

M +41 79 706 5772

nicolas.birkhaeuser@nkf.ch

Niederer Kraft Frey Ltd

Zürich: Bahnhofstrasse 53 CH-8001 Zürich T +41 58 800 80 00

Genf: Place de l'Université 8 CH-1205 Genf T +41 58 800 85 00 nkf.ch

NKF

Niederer Kraft Frey Ltd

Zurich: Bahnhofstrasse 53 CH-8001 Zurich T +41 58 800 80 00

Geneva: Place de l'Université 8 CH-1205 Geneva T +41 58 800 85 00 nkf.ch