

Relative Marktmacht 2025 und KMU: Update für die Praxis

Ausgangslage

Relative Marktmacht und Marktbeherrschung

Am 1. Januar 2022 traten die Bestimmungen des schweizerischen Kartellgesetzes (**KG**; SR 251) zur sog. relativen Marktmacht in Kraft. Zuvor war noch nicht vollständig klar, ob und wie das KG relative Marktmacht erfasst. Diese Unsicherheit wurde mit dem (damals) neuen Art. 4 Abs. 2^{bis} KG behoben:

- a. «Als relativ marktmächtiges Unternehmen gilt ein Unternehmen, von dem 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. 2^{bis} KG).
- b. Davon ist die absolute Marktmacht (Marktbeherrschung) zu unterscheiden. Marktbeherrschend sind «einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten» (Art. 4 Abs. 2 KG).
- c. Der Unterschied zwischen Marktbeherrschung und relativer Marktmacht lässt sich wie folgt zusammenfassen: Ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, ergibt sich aus einer Analyse des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Marktes nach dem Konzept der funktionellen Austauschbarkeit von Produkten aus der Sicht der Marktgegenseite (auf gleichen, vor- oder nachgelagerten Märkten). Es gibt in diesem Fall ein dominantes Unternehmen, welches die benötigten Waren und Dienstleistungen bereitstellt. Dieses Unternehmen kann die Marktbedingungen gegenüber allen Abnehmern nach Belieben und ohne Rücksicht auf die Reaktionen diktieren. Relative Marktmacht bezieht sich dagegen nur auf einen, allenfalls mehrere Unternehmen der Marktgegenseite, wobei nicht eine Marktbetrachtung, sondern die bilaterale Beziehung zwischen dem vermeintlich marktmächtigen Unternehmen und dem abhängigen Kunden interessiert. Relevant ist also, (i) ob ein bestimmtes Unternehmen von einem Zulieferer oder Nachfrager wegen seiner spezifischen Beziehung abhängig ist und (ii) ob es sein Geschäft nicht oder nicht innert zumutbarer Zeit oder zu anderweitig zumutbaren Bedingungen auf einen anderen Partner ausrichten kann, sollte sich der relativ marktmächtige Partner missbräuchlich verhalten.

Relative Marktmacht ist – ebenso wie eine marktbeherrschende Stellung – nicht verboten. Nur ihr Missbrauch ist untersagt. Derzeit beurteilt sich ein solcher Missbrauch auch im Fall relativer Marktmacht nach Art. 7 KG. Diese Bestimmung ist indessen auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ausgerichtet. Ob eine relative Marktmachtposition missbräuchlich ist, muss – wie bei der Marktbeherrschung – im Einzelfall unter der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG untersucht werden. Ob alle Beispieltatbestände in Art. 7 Abs. 2 KG auf Konstellationen relativer Marktmacht anwendbar sind, ist unklar. Es dürfte zwar auf der Hand liegen, dass die «Geschäftsverweigerung» (Art. 7 Abs. 1 lit. a KG) und der «Bezug im Ausland» zu den dort branchenüblichen Bedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG; eine Massnahme gegen die «Hochpreisinsel Schweiz» bzw. den «Schweiz-Zuschlag» beim Einkauf im Ausland) sich am ehesten als Anwendungsfälle der relativen Marktmacht anbieten. Wie weit sich die anderen Fallbeispiele eignen, bleibt abzuwarten (Diskriminierung; unangemessene Preise und Geschäftsbedingungen; Preisunterbietungen; Einschränkungen der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung; Koppelungsgeschäfte).

Das mutmasslich missbräuchlich Verhalten darf sodann nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein (*sog. legitimate business reasons*).

Relative Marktmacht und KMU

Folgende Entwicklungen der letzten Zeit dürften für KMU von besonderem Interesse sein. Folgendes ist zu beachten:

- a. KMU können von wichtigen Lieferanten oder Abnehmern relativ abhängig sein oder mit der Zeit werden. Ist ein KMU in einer bilateralen Beziehung zur Marktgegenseite gefangen und missbraucht die Marktgegenseite diese Macht, kann sich ein KMU gestützt auf das KG grundsätzlich wehren – wenn der Einzelfall eine Abhängigkeit und einen Missbrauch offenbart. Zur Auswahl stehen eine Anzeige bei der Wettbewerbskommission (**WEKO**) oder eine Klage vor einem kantonalen Zivilgericht. Damit die WEKO eine Anzeige an die Hand nimmt, muss ein Fall eine gewisse, all-gemein-volkswirtschaftliche Bedeutung haben, die über rein individuelle Interessen hinausgeht und der Entwicklung der Praxis im «*public enforcement*» zuträglich ist.
- b. Umgekehrt ist es aber auch möglich, dass andere Unternehmen von gewissen KMU angesichts der bilateralen Beziehung relativ abhängig sind, etwa im Bereich von Nischenprodukten oder besonderen Vorprodukten, die für Fertigung anderer Produkte benötigt werden (etwa: Zulieferer spezialisierter Bauteile; Inhaber bestimmter Immaterialgüterrechte oder vom spezifischem Know How; Spezialitäten-chemie, etc.). Also: Auch das Verhalten von KMU kann unter Umständen gemäss den kartellrechtlichen Vorgaben zur relativen Marktmacht überprüft werden. «*Big*» heisst nicht automatisch «*bad*», aber «*small*» oder «*middle sized*» heisst auch nicht, dass Marktmacht ausgeschlossen ist – absolut oder relativ betrachtet.

Aufbau der folgenden Betrachtung

Das Sekretariat der WEKO hat das «Merkblatt und Formular [...] Relative Marktmacht» vom 6. Dezember 2021 am 4. Februar 2025 im Lichte der neusten Fallpraxis revidiert.

Die WEKO ist nach wie vor auf der Suche nach Pilotfällen, um die wichtigsten Grundätze zur relativen Marktmacht zu konkretisieren. Diese Praxis soll es insbesondere kantonalen Zivilgerichten erleichtern, Zivilklagen zur relativen Marktmacht zu beurteilen. Dies ist angebracht: Die relative Marktmacht dürfte bereits wegen der bilateralen Betrachtung der Verhältnisse zwischen zwei Unternehmen – und nicht der Wettbewerbsverhältnisse auf einem relevanten Markt bzw. der volkswirtschaftlich-sozialen Folgen – eine Angelegenheit sein, die sich in erster Linie auf den sog. Individualschutz und weniger auf den sog. Institutionschutz konzentriert. Zudem ist die WEKO mit den «klassischen» Verhaltensweisen (Wettbewerbsabreden und abgestimmte Verhaltensweisen; Missbrauch marktbeherrschender Stellungen; Zusammenschlusskontrolle) ausgelastet. Bilaterale Kartellrechtsfragen sollten deshalb künftig eher von den Zivilgerichten beurteilt werden. Die WEKO dürfte Fälle relativer Marktmacht mittel- bis langfristig wohl nur noch dann an die Hand nehmen, wenn sich Fragen stellen, die für den Rechtsvollzug auf dem verwaltungs- und zivilrechtlichen Weg von besonderer Bedeutung sind.

Das revidierte «Merkblatt» des Sekretariats der WEKO

Ob relative Marktmacht vorliegt, prüft die WEKO nach den folgenden Kriterien. Diese hat die WEKO anhand der ersten Pilotfälle entwickelt und konkretisiert.

Abhängigkeit (Merkblatt, Rz. 7, 9 f.)

Es besteht eine **Abhängigkeit** eines Unternehmens vom relativ marktmächtigen Unternehmen, und zwar im *Einzelfall*. Ein Unternehmen kann von «*must in stock*»-Produkten abhängig sein, also von Produkten, die in einem Sortiment unbedingt erscheinen müssen. Ein Unternehmen kann auch von einem bestimmten Nachfrager abhängen («Klumpenrisiko»). Allenfalls hat sich ein Unternehmen langfristig auf eine Geschäftsbeziehung eingerichtet und dafür Investitionen getätigt, die sich nicht leicht rückgängig machen oder umstellen lassen.

Die **Ausweichmöglichkeiten** werden geprüft. Kann das Produkt bei einem anderen Anbieter bezogen werden oder lässt sich das Produkt substituieren? Kann auf das Produkt verzichtet werden, allenfalls auch teilweise? Relevant sind u.a. Produkteigenschaften, Bezugsmengen und Marktstruktur.

Gibt es eine Alternative, werden die **Folgen** ermittelt, **die eine Umstellung hätte** (Umsatzeinbussen, Aufwendungen z.B. bei einer Umstellung von Produktion oder Bezug, Kundenverluste, tieferer Gewinn).

Schliesslich ist zu beurteilen, ob diese **Folgen zumutbar sind**. Je nach Ausrichtung eines Unternehmens und des Anteils des Umsatzes, das mit dem betreffenden Produkt erzielt werden, am Gesamtumsatz, ist ein Verzicht oder Teilverzicht zumutbar oder nicht.

Keine Gegenmacht des abhängigen Unternehmens (Merkblatt Rz. 7, 12 f.)

Das abhängige Unternehmen verfügt ferner über keine Gegenmacht. Das Verhaltensrecht zur relativen Marktmacht will nur abhängige Unternehmen in einer schwächeren Position schützen. Bei einem «Gleichgewicht des Schreckens» fehlt in der Regel ein Schutzbedürfnis. Denn: «Je grösser der Nachteil, den das Nichtzustandekommen oder die Auflösung des fraglichen Rechtsgeschäfts für das mutmasslich relativ marktmächtige Unternehmen zur Folge hätte, desto grösser ist die Gegenmacht des mutmasslich abhängigen Unternehmens» (Merkblatt Rz. 12).

Kein Selbstverschulden des abhängigen Unternehmens (Merkblatt Rz. 7, Rz 14 f.)

Das abhängige Unternehmen darf auch nicht durch grobes Selbstverschulden in die Abhängigkeit geraten sein. Es gibt z.B. keinen Anspruch, ewig beliefert zu werden, und ein relativ marktmächtiges Unternehmen trägt keine Verantwortung für geschäftliche Fehlentscheide seiner Handelspartner. Entsprechend darf sich ein Unternehmen auch nicht darauf verlassen, dass immer alles so bleibt, wie es ist. Bequemlichkeit und falsche Geschäftsentscheide im Vertrauen, dass sich die Verhältnisse nicht ändern werden, ohne Analyse der bzw. Reaktion auf Entwicklungen, sind u.U. nicht schützenswert. Allerdings ist auch hier der Einzelfall entscheidend, was intensive Abklärungen erfordert.

Zusammengefasst: «Wer trotz eines klaren Missverhältnisses zwischen Risiken und Chancen in eine Abhängigkeit gerät, soll sich nicht auf die Schutzvorschriften zur relativen Marktmacht berufen können. Sonst würden die Regeln Geschäftsmodelle fördern, mit denen unvernünftige Risiken eingegangen werden» (Merkblatt Rz. 14).

Selbstverständlich kann diese Beurteilung im konkreten Fall heikel sein – gerade dann, wenn sich ein Unternehmen, z.B. als Franchisenehmer, nach strengen Franchising-Anforderungen richten und entsprechend hohe Investitionen in Infrastruktur, Ausstattung und Personalschulung tätigen musste, die sich für ein alternatives Geschäft gerade nicht eignen. Das Merkblatt reflektiert dies ansatzweise (a.a.O. Rz. 15): « Ein Selbstverschulden ist nicht schon zu bejahen, wenn sich ein unternehmerischer Entscheid im Nachhinein als unvorteilhaft herausstellt. Massgebend sind vielmehr die gesamten Umstände im Zeitpunkt des Geschäftsentscheides. Damit ein Selbstverschulden beachtlich ist, muss die Abhängigkeit auf grobe Eigenfehler zurückzuführen sein.»

Konkretisierung im «Meldeformular»

Teil II des Merkblatts – das «Meldeformular» – macht deutlich, dass die Hürden hoch liegen, damit die WEKO ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne relativer Marktmacht annimmt.

Unternehmen, die ein Abhängigkeitsverhältnis beanstanden, sind gut beraten, sich strikt an dieses Formular zu halten. Abweichungen oder gar eine eigene Systematik provozieren Fra-

gen und halten das Sekretariat der WEKO davon ab, eine Anzeige mit Priorität oder überhaupt zu behandeln. Materiell ist folgendes erwähnenswert:

- a. **Informationen zum Abhängigkeitsverhältnis** müssen vorgelegt werden. Das betroffene Produkt, der zeitliche Beginn sowie der Grund der Abhängigkeit sind zu beschreiben. Alternativen, die Folgen des Ausweichens auf Alternativen sowie die Folgen, wenn auf das Produkt ersatzlos verzichtet würde, müssen erläutert und begründet werden. Auch die Marktstellung des vermeintlich relativ marktmächtigen Unternehmens muss so genau wie möglich beschrieben werden.
- b. **«Eigene Bemühungen»:** Es ist aufzuzeigen, welche Bemühungen das Unternehmen, das eine Abhängigkeit bzw. einen Missbrauch anzeigt, konkret unternommen hat, um auf Alternativen im In- und Ausland auszuweichen.
- c. **Missbrauch:** Nicht nur das beanstandete Verhalten ist zu beschreiben. Das anzeigende Unternehmen muss auch dartun, welche Verhaltensanpassung es von der Gegenseite erwartet. Dazu gehört auch, dass angegeben wird, wie das angezeigte Unternehmen sein eigenes Verhalten beschreibt. Das anzeigende Unternehmen muss mithin offenlegen, ob und wie es das strittige Verhalten der Gegenseite beanstandet hat.

Erkenntnisse

Unternehmen – gerade KMU – müssen sich beim Eingehen von Geschäftsbeziehungen von Anfang an überlegen, ob und wie weit sie sich in eine Abhängigkeit begeben und wie sich die Geschäftsbeziehung entwickeln könnte. Im Einzelnen:

Allgemein

In Vertragsverhandlungen muss z.B. antizipiert werden, dass eine Geschäftsbeziehung enden kann. Deshalb müssen frühzeitig u.a. vernünftige Kündigungsbestimmungen und Übergangs- bzw. Wechselmodalitäten verhandelt werden. Solche Verhandlungen müssen dokumentiert werden, um im «Ernstfall» den Vorwurf des Selbstverschuldens entkräften zu können. Geschäftsverlauf und Vertragsbeziehung müssen zudem laufend evaluiert und dokumentiert werden, sollte es realistisch sein, dass eine Abhängigkeitssituation im Sinne relativer Marktmacht eintritt.

Im Verfahren vor der WEKO

Ein anzeigendes Unternehmen muss sich in der Regel zuerst selber ernsthaft um eine Klärung der Situation bemühen, bevor es an die WEKO gelangt – die WEKO ist kein «Trouble-shooter» im bilateralen Verhältnis, wenn das vermeintlich abhängige Unternehmen vorab keine Massnahmen ergriffen hat. Das anzeigende Unternehmen muss seine Bemühungen nachweisen können, und diese Bemühungen müssen substantiell sein. Sonst setzt sich ein Unternehmen dem Vorwurf des Selbstverschuldens aus.

Ein Vorgehen gegen ein relativ marktmächtiges Unternehmen im Falle einer Abhängigkeit und des Missbrauchs einer solchen ist somit kein «Selbstläufer» vor der WEKO. Es verlangt von einem abhängigen Unternehmen Aufmerksamkeit und Aufwand sowie sorgfältige Begründung. Dies ist mitunter der Preis dafür, dass ein Verfahren vor der WEKO für ein anzeigendes Unternehmen kostenlos ist.

Im Verfahren vor einem Zivilgericht

Dasselbe gilt erst recht für ein Klageverfahren vor einem Zivilgericht, nur werden dort die Konsequenzen noch deutlicher, falls ein klagendes, angeblich abhängiges Unternehmen seine «Hausaufgaben» nicht gemacht hat.

Vor Zivilgericht im Falle einer Klage nach Art. 12 und 13 KG («Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung»; «Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs») ist ein abhängiges Unternehmen als Klägerin intensiv gefordert: Es trägt die Substantiierungslast, muss also ein Rechtsbegehren formulieren und begründen (z.B. Belieferungsanspruch oder Schadenersatzanspruch). Es muss den Sachverhalt selber darlegen und beweisen, soweit es die Beweismittel in Händen hält. Es trägt nicht nur die subjektive, sondern grundsätzlich auch die objektive Beweislast für Tatsachen, aus denen es Vorteile ableitet. Misslingen diese Beweise resp. werden sie von der Gegenseite widerlegt und unterliegt das Unternehmen mit seinen Begehren, trägt es die Folgen der Beweislosigkeit. Die Klage wird ganz oder teilweise abgewiesen, und das Unternehmen wird kostenpflichtig. Es trägt diesfalls nicht nur die Gerichtskosten, sondern auch die Anwaltskosten der Gegenseite, sofern diese anwaltlich vertreten war.

Jüngste Praxis zur relativen Marktmacht

Aus der jüngeren **Praxis der WEKO** im Bereich der relativen Marktmacht sind folgende Entscheide zu erwähnen:

- a. **BMW / MINI:** Eine Garage war mehrere Jahrzehnte zugelassene Händlerin. BMW stellte in Aussicht, die Geschäftsbeziehung zu erweitern, worauf die Garage in Millionenhöhe investierte. BMW beendete die Geschäftsbeziehung unerwartet ohne angemessene Übergangslösung. Die Garage zeigte BMW vor der WEKO an. In einer einvernehmlichen Regelung einigten sich die Parteien auf eine Übergangslösung, und die Untersuchung wurde eingestellt. Die WEKO hielt fest, BMW sei gegenüber der Garage relativ marktmächtig, und das Verhalten von BMW wäre mutmasslich unzulässig gewesen. Die Garage hätte keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten gehabt. Die Investitionen hätten vollständig abgeschrieben und neu getätigt werden müssen. Gegenmacht und Selbstverschulden der Garage wurden verneint.

- b. **Beiersdorf / Migros:** Die WEKO untersucht auf Anzeige der Migros hin, ob Beiersdorf gegenüber die Migros mit Produkten der Marke «Nivea» relativ marktmächtig ist. Es ist zu untersuchen, ob Beiersdorf diese Stellung missbraucht, indem sie von der Migros für Nivea-Produkte höhere Preise verlangt als von vergleichbaren Detailhändlerinnen im Ausland.
- c. **Madrigall / Payot:** Die französische Verlagsgruppe Madrigall verweigerte der Schweizer Buchhändlerin Payot den Bezug ihrer Bücher zu den in Frankreich üblichen Konditionen. Schweizer Buchhändler beziehen Madrigall-Bücher bisher über den offiziellen Schweizer Vertriebskanal. Payot, eine führende Westschweizer Buchhändlerin, wollte Madrigall-Bücher direkt aus Frankreich importieren. Madrigall verlangte dafür von Payot deutlich höhere als in Frankreich übliche Einkaufspreise. Payot hatte indessen keine ausreichenden und zumutbaren alternativen Bezugsmöglichkeiten. Sie konnte auch nicht auf den Bezug bei Madrigall verzichten. Deshalb war Madrigall relativ marktmächtig gegenüber Payot. Die Einkaufspreise, die Madrigall anbot, waren missbräuchlich und liefen den Bemühungen gegen die «Hochkreisinsele Schweiz» zuwider. Die WEKO verpflichtete Madrigall, Payot den Direktimport zu den in Frankreich üblichen Konditionen zu ermöglichen. In diesem Fall zeigt die WEKO detailliert auf, wie sie das aktuelle Merkblatt zur relativen Marktmacht umsetzt – auch unter diesem Aspekt ist der Fall instruktiv.

Aus der jüngeren **Praxis der Zivilgerichte** ist folgendes zu berichten:

- a. **Online-Versandhandel (Kanton Basel-Land, Dezember 2023).** Eine Online-Versandhändlerin war ca. 30 Jahre für eine Lieferantin tätig und war vom Umsatz, den sie mit den Produkten der Lieferantin erzielte, abhängig. Die Lieferantin trat selber in den Schweizer Markt ein und beendete den «Partnerstatus» der Händlerin. Die Händlerin initiierte ein Massnahmeverfahren. Das Gericht wies das Massnahmebegehren zurück, v.a. mit dem Argument, die Händlerin habe es versäumt, ein Abhängigkeitsverhältnis zu vermeiden (Selbstverschulden). Namentlich hätte es die Klägerin unterlassen, ausreichende Kündigungsfristen zu vereinbaren, welche einen Wechsel zu einem anderen Lieferanten ermöglicht hätten – «Vertrags- und Geschäftsbeziehungen halten zeitlich nicht unbegrenzt». Das Ende einer Geschäftsbeziehung müsse antizipiert werden.
- b. **Selektives Vertriebssystem (Kanton Zug, August 2024):** Eine Vertriebshändlerin im Kraftfahrzeugbereich war rund 40 Jahre in ein selektives Vertriebssystem des Importeurs eingebunden. Diese Vertragsbeziehung («Servicepartnervertrag») wurde beendet. Die Vertriebshändlerin verlangte in einem Massnahmeverfahren, den Zugang zu Informationen und zu den IT-Systemen des Importeurs zu behalten und weiterhin als «Servicepartner» bezeichnet zu werden. Das Gericht wies das Massnahmegesuch ab: Die Vertriebshändlerin verfüge über langjährige Branchenerfahrung. Sie hätte wissen müssen, dass solche Verträge gekündigt werden und dass es Streit über die Vertragsfortsetzung geben könne. Sie hätte dies in den Vertragsverhandlungen und während der Vertragslaufzeit antizipieren müssen. Dies bedeutet, dass Vertragspartner die Stärke der Gegenpartei, die Vertragsverhandlungen und die Umsetzung der Vertragsbeziehung ständig aufmerksam beurteilen

und sich wirksam positionieren müssen. Sonst kann ihnen der Vorwurf erwachsen, sich selbstverschuldet in eine Position der Abhängigkeit begeben zu haben. Interessanterweise wurde dieser Fall unter dem Tatbestand der Marktbeherrschung und nicht der relativen Marktbeherrschung beurteilt.

Erkenntnisse

Unternehmen müssen stets antizipieren, ob, wann und weshalb sie in ein Abhängigkeitsverhältnis geraten können. Dies muss mitunter bereits in die Vertragsverhandlungen einfließen (etwa: Vereinbarung zumutbarer Kündigungs- und Übergangsfristen). Auch während der Vertragslaufzeit gilt: Die Situation muss aufmerksam begleitet und dokumentiert werden. Beanstandungen und der Wunsch nach Vertragsanpassung müssen frühzeitig und substantiiert vorgebracht werden. Wer sich «zurücklehnt» und darauf vertraut, der status quo bleibe erhalten, hat im Streitfall schlechte Karten, wenn er der Gegenseite einen Missbrauch relativer Marktmacht vorwerfen will.

Ihre Ansprechpartner bei Wenger Plattner



Dr. Daniel Zimmerli
Partner Practice Groups Wettbewerbsrecht und Staats- & Verwaltungsrecht

daniel.zimmerli@wenger-plattner.ch



Dr. Fritz Rothenbühler
Partner Practice Groups Wettbewerbsrecht, Insolvenzrecht & Restrukturierungen und Bau- & Immobilienrecht

fritz.rothenbuehler@wenger-plattner.ch



André S. Berne
Senior Associate Practice Groups Wettbewerbsrecht und Governance & Compliance

andre.berne@wenger-plattner.ch