NKF Client News

11. Juli 2024

Wettbewerbskommission (WEKO) entscheidet erstmals in einem Fall zur Relativen Marktmacht – WEKO verneint Relative Marktmacht

1. Hintergrund – Verfahrensgegenstand

"Keine Hinweise auf «Abzockerei» durch ausländische Firmen" titelt die Neue Zürcher Zeitung auf der Titelseite am 5. Juli 2024 ein Tag nach der Medienmitteilung der WEKO.

Die WEKO klärt mit diesem ersten Entscheid wichtige Fragen betreffend die Anwendung der seit 2022 geltenden neuen Vorschriften zur relativen Marktmacht. Die WEKO hat eine Medienmitteilung und einen Presserohstoff veröffentlich. Die Veröffentlichung des Entscheids folgt später.

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.

2. 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 gemäss dem von ihr veröffentlichten Presserohstoff (i) in einem ersten Schritt, ob ein Unternehmen gegenüber einem anderen Unternehmen in Bezug auf die fraglichen Produkte relative Marktmacht hat, und, soweit es relative Marktmacht hat, (ii) in einem zweiten Schritt, ob es sich missbräuchlich verhält.

(i) Relative Marktmacht: Die WEKO prüft in einem ersten Schritt anhand der folgenden Kriterien, ob eine 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: Ist die Abhängigkeit auf eigene Fehler des abhängigen Unternehmens zurückzuführen?

(ii) Missbrauch: Soweit ein Unternehmen relative Marktmacht hat, prüft die WEKO in einem zweiten Schritt, ob es sich missbräuchlich verhält. Dies wäre der Fall, wenn es ein anderes Unternehmen im Wettbewerb behindert oder benachteiligt und wenn es dafür keine wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe gibt.

3. Fehlende Relative Marktmacht von Fresenius Kabi

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 Kundinnen und Kunden wie möglich zum Umsteigen auf vergleichbare Trinknahrung anderer Herstellerinnen zu bewegen und ansonsten diese Produkte nicht mehr anzubieten.
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. Daraus würden etwas tiefere Gewinne und Deckungsbeiträge folgen. Zudem gäbe es gemäss der WEKO weitere Nachteile, wie insbesondere Einbussen bei der Attraktivität der Galexis infolge des Wegfalls der Trinknahrung von Fresenius Kabi aus ihrem Sortiment als Grossistin. Insgesamt dürften diese Einbussen gemäss der WEKO aber eher gering ausfallen.
3. Zumutbarkeit der Folgen: Gemessen an der Finanzkraft der Galenica-Gruppe, zu welcher die Galexis gehört, wären die durch den Wegfall der Lieferbeziehung zu Fresenius Kabi entstehenden Nachteile gering und damit zumutbar.

Die WEKO gelangte damit zum Schluss:

1. Die Galexis ist nicht von Fresenius Kabi 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 scheidet ein Verstoss gegen die Bestimmungen zur relativen Marktmacht aus.

4. Eventualbegründung: Fehlender Missbrauch durch Fresenius Kabi

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

An einer öffentlichen Veranstaltung wurde geäussert, dass Preisunterschiede schwierig festzustellen sind, 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 substanziell bessere Konditionen gewähren als Abnehmern im Ausland. Das kann nicht Sinn und Zweck der Bestimmungen zur relativen Marktmacht sein. Geringfügige Preisunterschiede müssen möglich sein und sind nicht der Punkt, da es *den* einen Preis nicht gibt.

5. Rechtskraft – Hinweise

Der Entscheid der WEKO ist noch nicht rechtskräftig. Der guten Ordnung halber ist offenzulegen, dass Niederer Kraft Frey Fresenius Kabi in diesem Verfahren vertreten hat.

Sollten Sie zu diesem Thema weitere Fragen und Anregungen haben, wenden Sie sich gerne an Ihren regulären NKF-Kontakt.

Autoren/Kontakt

Nicolas Birkhäuser
Partner, Antitrust / Competition
nicolas.birkhaeuser@nkf.ch

Lukas Poschung
Associate, Antitrust / Competition
lukas.poschung@nkf.ch

Diese Publikation behandelt nicht zwingend jedes wichtige Thema und deckt nicht jeden Aspekt der Themen ab, mit denen sie sich beschäftigt. Sie dient nicht der rechtlichen oder sonstigen Beratung.