

Studienvereinigung Kartellrecht e.V., Arbeitsgruppe Schweiz

Arbeitssitzung mit dem Center for the Law of
Innovation and Competition (CLIC), Universität Bern

Marktbeherrschung Relative Marktmacht

Nicolas Birkhäuser

20. Juni 2025

Marktbeherrschung

Urteile des Bundesgerichts zu Art. 7 KG:

- Folgende **Urteile des Bundesgerichts der letzten 3 Jahre** sind aufschlussreich:
 - Urteil BGer vom 2.11.2022, Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (**BGer SIX DCC**), 2C_596/2019
 - Urteil BGer vom 5.3.2024, Swisscom WAN-Anbindung (**BGer WAN**), 2C_698/2021
 - Urteil BGer vom 23.4.2024, Sport im Pay-TV (**BGer Pay-TV**), 2C_561/2022
 - Urteil BGer vom 23.1.2025, Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen (**BGer KEMI**), 2C_244/2022
- Die vier Urteile behandeln insbesondere die **Prüfung des Missbrauchs** einer marktbeherrschenden Stellung.

Background – BGer SIX DCC wurde durch jüngere Urteile des BGer präzisiert:

- **BGer SIX DCC** hat zu **Debatten** geführt; umstritten waren insbesondere die **Kriterien** und **Anforderungen** bei der **Prüfung des Missbrauchs** einer marktbeherrschenden Stellung.
- Water under the bridge: **BGer SIX DCC wurde durch das BGer** in den drei vorgenannten jüngeren Urteilen **präzisiert** insb. betr. Prüfung des Missbrauchs.
- Relevant ist insb. der **Nachweis der Wettbewerbsschädigung**.
- Es sind nachfolgend deshalb **die drei jüngeren Urteile** zu prüfen:
(i) BGer KEMI, (ii) BGer WAN, (iii) BGer Pay-TV.
- Zu beachten sind **auch** Verweise in den jüngeren Urteilen auf **ältere Rechtsprechung**, wie insb. BGE 139 I 72 – Publigroupe (z.B. in BGer KEMI auf E. 10.1.2: Prüfung im Einzelfall, ob Verhaltensweise eine Behinderung bzw. Benachteiligung darstellt).

Bezugnahme auf Rechtsprechung des EuGH (1):

- **BGer KEMI nimmt auf Rechtsprechung des EuGH Bezug:**

"**Die Eignung**, eine Verdrängungswirkung zu erzeugen, hänge nicht von der Form ab, sondern davon, ob in der Praxis unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände das Verhalten eine Verdrängungswirkung entfalte." (E. 10.2.1, mit Verweis auf Urteil EuGH i.S. Servizio Elettrico Nazionale SpA vom 12. Mai 2022; Hervorhebung hinzugefügt).

"Da die Eignung zur Verdrängung nicht nur rein hypothetisch sein darf, **musste die Wettbewerbsbehörde mit Verhaltensstudien nachweisen, dass ein Verdrängungseffekt besteht.**" (E. 10.2.1, mit Verweis auf Urteil EuGH i.S. Servizio Elettrico Nazionale SpA vom 12. Mai 2022; Hervorhebung hinzugefügt).

Bezugnahme auf Rechtsprechung des EuGH (2):

- **BGer KEMI nimmt auf Rechtsprechung des EuGH Bezug:**

"Die Frage, ab wann ein bestimmtes Verhalten in der Lage ist, den Wettbewerb zu beschränken, hat der EuGH folgendermassen beantwortet: "**Dieser Nachweis muss jedoch grundsätzlich auf greifbare Beweise gestützt sein**, die, indem sie *über eine bloße Annahme hinausgehen*, die *tatsächliche Eignung* der in Rede stehenden Praxis zeigen, **solche Wirkungen zu entfalten**, wobei, **falls Zweifel daran bestehen, diese dem Unternehmen**, das eine solche Praxis anwendet, **zugutekommen müssen**" (Urteil Unilever, Rn. 42; Hervorhebungen [kursiv] durch BGer)." (E. 10.2.2; Hervorhebung hinzugefügt).

BGer KEMI verweist auf BGer Pay-TV / BGer WAN (1):

- **BGer KEMI verweist** im direkten Zusammenhang mit dem "Nachweis einer effektiven, potentiellen Wettbewerbsschädigung" **auf BGer Pay-TV**:

"Die Gefahr der Wettbewerbsbeeinträchtigung [bei KEMI] war somit nur abstrakter Natur. Dies stellt noch keine Wettbewerbsbehinderung dar. In diesem Sinne hat das Bundesgericht zuletzt auch im Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 entschieden (vgl. Urteil [BGer Pay-TV] 2C_561/2022 [...] E. 10.2 und E. 10.4.2). [...] Der **Nachweis einer effektiven, potentiellen Wettbewerbsschädigung** durch die Klausel A [...] im Sinne eines "effect-based approach" (vgl. hiervor) ist demnach nicht erfüllt." (E. 10.5; Hervorhebung hinzugefügt).
- **BGer KEMI verweist** auch auf **BGer WAN** u.a. i.Z.m. Einzelfallanalyse (E. 9.4) und Wettbewerbsschädigung (E. 10.5). – Die Stellen in BGer WAN betreffen mit einer Ausnahme (E. 7.3) aber nicht ausdrückl. das Thema Wettbewerbsschädigung.

BGer KEMI verweist auf BGer Pay-TV / BGer WAN (2):

- **BGer Pay-TV führt an den in BGer KEMI verwiesenen Stellen aus:**

"Die Verweigerung musste sodann **wettbewerbsbehindernde Wirkung** haben (vgl. E. 10.4.2 hiernach), wobei die Verweigerung der Geschäftsbeziehung **kausal** für die wettbewerbsbehindernde Wirkung **sein musste [...].**" (E. 10.2; Hervorhebung hinzugefügt).

"Aufgrund der von der Vorinstanz ermittelten, herausragenden Bedeutung der [...] im Pay-TV hatten sie [...] **einen hinreichend grossen Nachteil**, sodass ihnen die wirksame Teilnahme am Pay-TV-Plattformmarkt nicht möglich war." (E. 10.4.2; Hervorhebung hinzugefügt).

"Massgebend ist, dass die **Missbräuchlichkeit** (einschliesslich der **Wettbewerbsschädigung**) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der **Einzelfallanalyse** festgestellt wird." (E. 6.2; Hervorhebung hinzugefügt; ohne direkten Verweis in BGer KEMI).

BGer KEMI verweist auf BGer Pay-TV / BGer WAN (3)

- **BGer WAN setzt sich weniger explizit mit der Wettbewerbsschädigung auseinander, deckt sie aber ebenfalls ab:**

"Massgebend ist, dass die **Missbräuchlichkeit** (einschliesslich der **Wettbewerbsschädigung**) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der **Einzelfallanalyse** festgestellt wird." (E. 7.3; Hervorhebung hinzugefügt; praktisch gleich BGer Pay-TV, E. 6.2).

- Materiell geht es **in allen drei Entscheiden** um die Wettbewerbsschädigung.
- Alle drei Urteile stellen **hohe Anforderungen an den Missbrauch**.
- Die nachfolgenden **Zitate aus BGer KEMI** veranschaulichen, was der **Nachweis der Wettbewerbsschädigung** konkret bedeutet.

BGer KEMI: Zitate zum Nachweis der Wettbewerbsschädigung:

- Nachweisen, dass Verhaltensweisen "*effektiv potentiell geeignet*" sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen" (E. 10.3).
- "nicht alleine aufgrund ihrer Form bzw. per se missbräuchlich, sondern muss tatsächlich geeignet sein, andere Wettbewerber zu verdrängen" (E. 10.3).
- "mit Beweismitteln des marktbeherrschenden Unternehmens, welche eine wettbewerbsschädigende Wirkung entkräften, konkret auseinandersetzen" (E. 10.3).
- "Nachweis einer effektiven, potentiellen Wettbewerbsschädigung [...] im Sinne eines "effect-based approach"" (E. 10.5).

Weitere Themen im Zusammenhang mit der Marktbeherrschung z.B.:

- Ist aus den Urteilen des BGer zu Art. 7 KG etwas in Bezug auf die relative Marktmacht abzuleiten?
- Revision des Kartellgesetzes
- Mit Blick auf die EU und Deutschland:
 - Vermutung der Marktbeherrschung / Vermutung des Missbrauchs?
 - EU (u.a. Draft Guidelines der Europäische Kommission)
 - Deutschland
 - Stand der Draft Guidelines der Europäische Kommission

Relative Marktmacht

Hinweise:

Nachfolgend wird unter anderem der Fall **Fresenius Kabi** behandelt, den die WEKO im Jahr 2024 entschieden hat.

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

BMW ist ein laufendes Verfahren betreffend relative Marktmacht vor der WEKO. Ich werde nichts dazu sagen.

Siehe im **Anhang** – Weitere Ausführungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen der relativen Marktmacht.

Ergebnis des ersten Falls zur relativen Marktmacht (Galexis vs. Fresenius Kabi):

- In einer **Anzeige** an die WEKO warf die Galexis der Fresenius Kabi vor, sich zu weigern, die Galexis u.a. in Deutschland zu beliefern.
- **Die WEKO untersuchte**, ob Fresenius Kabi gegenüber der Galexis im Bereich der relevanten Produkte über relative Marktmacht verfügt und diese missbraucht. Die **WEKO stellte die Untersuchung ein**.
- **Die WEKO klärte** mit diesem ersten Entscheid **wichtige Fragen** betreffend die Anwendung der seit 2022 geltenden neuen Vorschriften zur relativen Marktmacht.
- **Die Einstellung einer Untersuchung ist gleichwertig** wie der Abschluss mit einer Verurteilung bzw. Massnahme. – **Was zählt ist:**
 - **Klärung** der rechtlichen Fragen und Praxis.
 - **Richtige Anwendung** des Kartellgesetzes.

Preisvergleich – Eventalbegründung im Fall Galexis vs. Fresenius Kabi (1):

- "[...] handelt Fresenius Kabi auch in Deutschland die **Konditionen** für Trinknahrung **individuell mit ihren Kundinnen aus.**" (Rz. 216; Hervorhebung hinzugefügt)
- "Grundlage ist ein **Listenpreis, der für alle Kundinnen der gleichen Marktstufe einheitlich festgelegt wird.**" Es werden verschiedene Marktstufen unterschieden. (Rz. 216; Hervorhebung hinzugefügt)
- "Die Preise für Trinknahrung **unterscheiden sich** einerseits zwischen den **verschiedenen Marktstufen.**" (Rz. 217; Hervorhebung hinzugefügt)
- "**Kundinnen der gleichen Marktstufe** bezahlen aber **ebenfalls teilweise unterschiedliche Preise.** Die auf den Listenpreis gewährten **Rabatte und Boni** werden **individuell ausgehandelt** und fallen **teilweise stark unterschiedlich** aus." (Rz. 217; Hervorhebung hinzugefügt)

Preisvergleich – Eventalbegründung im Fall Galexis vs. Fresenius Kabi (2):

- **Die Höhe dieser Rabatten und Boni ist von zahlreichen Faktoren abhängig** (Rz. 217):
 - **Verhandlungsmacht** der Kundin: insbes. Einkaufsvolumen kann Einfluss haben.
 - **Verhandlungsgeschick** der Kundin.
 - **Strategische Zusammenarbeit** zwischen Herstellerin und der Kundin.
 - **Leistungen** der Kundin, zum Beispiel in den Bereichen Marketing und Logistik.
 - **Übrige Konditionen** der Herstellerin, zum Beispiel Lieferfrequenz, Möglichkeit der Rückgabe nicht verkaufter Produkte oder weitere Produktbedingungen.
 - **Ökonomische Rahmenbedingungen**.
- "Der genaue Einfluss dieser Faktoren auf den Preis kann nicht beziffert werden." (Rz. 228).

Preisvergleich – Eventualbegründung im Fall Galexis vs. Fresenius Kabi (3):

- **Es gibt nicht den einen Preis**, insbesondere wenn: Preise **individuell verhandelt** werden, **unterschiedliche Faktoren** zur Anwendung kommen, die sich aufgrund der Umstände **fortlaufend verändern**, es Schwankungen bei **Wechselkursen** gibt.
- Auch das abhängige Unternehmen muss die **Kosten der Einfuhr** (insb. **Verzollung** und **Transport**) bezahlen. Deshalb "müssen die Kosten für die Verzollung sowie den Transport in die Schweiz zu den [im Ausland] üblichen Preisen dazugeschlagen werden" (Rz. 232). Denkbar sind weitere Kosten des Herstellers.
- **Preise** sind auch im Ausland **teilweise stark unterschiedlich**, d.h. **weit gestreut**. Es gibt eine **Bandbreite**.
- Ein abhängiges Unternehmen hat **keinen Anspruch auf einen bestimmten Preis**. Der Preis des abhängigen Unternehmens muss **innerhalb der Bandbreite** sein bzw. höchstens geringfügig schlechter.

Preisvergleich – Eventualbegründung im Fall Galexis vs. Fresenius Kabi (4):

- **Konkret ergab dies:** "Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Vollgrossistinnen in Deutschland im Jahr 2023 rund [1.00–2.50] Euro pro Flasche Trinknahrung bezahlten, die sie von Fresenius Kabi Deutschland bezogen. Neben der Handelsstufe hatten verschiedene andere Faktoren einen Einfluss auf den von den deutschen Kundinnen bezahlten Preis für Trinknahrung." (Rz. 228; Hervorhebung hinzugefügt)
- "In Tabelle 11 sind zur Übersicht die bereits beschriebenen Nettopreise für Trinknahrung [...]." (Rz. 229). **Bandbreite zwischen dem tiefsten und höchsten Preis.**

Tabelle 11: Nettopreise Trinknahrung, 2023, Franken pro Flasche.

| | Galexis | Niederlande | Deutschland |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|
| Fresubin 2 kcal Drink | [2.00–3.25] | [>1.47] | [0.93–2.51] |
| Fresubin Protein Energy | [2.00–3.25] | [>1.28] | [0.93–2.51] |
| Fresubin 2 kcal Fibre | [2.00–3.25] | [>1.47] | [0.93–2.51] |

230. Quelle: Act. II.11, Beilage 4; Act. II.16, Rz 41; Act. II.30, Beilagen 22–24; Act. II.16, Rz 47; Act. II.30, Rz 9 sowie Beilagen 28–31.

Preisvergleich – Eventalbegründung im Fall Galexis vs. Fresenius Kabi (5):

- Bei einem Preisvergleich Schweiz – Ausland (Rz. 323):
 - Eine absolute Preisgleichheit wäre kaum zu bewerkstelligen.
Relevante Elemente für die Beurteilung der Preisgleichheit wie Wechselkurse, Transportkosten und individuelle Kundeneigenschaften (z.B. Bezugsmengen, Verkaufsanstrengungen und Zahlungsfähigkeit) können sich fortlaufend verändern.
 - Um sich nicht der Gefahr der Illegalität auszusetzen, müsste ein Unternehmen seinen potenziell abhängigen Abnehmern in der Schweiz im Sinne einer **Sicherheitsmarge** substanzial bessere Konditionen gewähren als Abnehmern im Ausland. Das kann nicht Sinn und Zweck der Bestimmungen zur relativen Marktmacht sein.
- Geringfügige Preisunterschiede müssen möglich sein.

Gerne mehr dazu in der 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

Anhang – Weitere Ausführungen

Tatbestandsvoraussetzungen relative 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?

Prüfung Schritt 2 – Missbrauch?

(Schritt 2 nur falls relative Marktmacht vorliegt, d.h. falls Abhängigkeit bejaht wird)

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 (1):

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 (2):

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 (3):

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 erübrigtsich.

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

→ Bei Fehlen einer relativen Marktmacht: Kein Verstoss gegen die Bestimmungen zur relativen Marktmacht (d.h. kein Missbrauch) möglich.

Konkreter Fall Galexis vs. Fresenius Kabi

Eventualbegründung: Fehlender Missbrauch – Preisvergleich (1):

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:

Wie die Sachverhaltsabklärungen gezeigt haben, sind die **Konditionen** von **vergleichbaren Unternehmen in Deutschland** [...] – wenn überhaupt – **höchstens geringfügig besser** als diejenigen von Galexis bei Fresenius Kabi Schweiz (Rz. 323).

(weiter nächste Folie)

Konkreter Fall Galexis vs. Fresenius Kabi

Eventalbegründung: Fehlender Missbrauch – Preisvergleich (2):

- **Es gibt nicht den einen Preis**, insbesondere wenn: Preise **individuell verhandelt** werden, **unterschiedliche Faktoren** zur Anwendung kommen, die sich aufgrund der Umstände **fortlaufend verändern**, es Schwankungen bei **Wechselkursen** gibt.
- Die **Kosten der Einfuhr** (insb. **Verzollung** und **Transport**) müssen zu den im Ausland üblichen Preisen dazugeschlagen werden. Denkbar sind weitere Kosten des Herstellers.
- Preise sind auch im Ausland **teilweise stark unterschiedlich**, d.h. **weit gestreut**. Es gibt eine **Bandbreite**.
- Ein abhängiges Unternehmen hat **keinen Anspruch auf einen bestimmten Preis**. Sein Preis muss **innerhalb der Bandbreite** sein bzw. höchstens geringfügig schlechter.
- Siehe zum Preisvergleich auch oben in der Präsentation.



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