

NIEDERER KRAFT FREY

# **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 – Eventualbegründung 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 – Eventualbegründung 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.

	<b>Galexis</b>	<b>Niederlande</b>	<b>Deutschland</b>
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 – Eventualbegründung 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** substantiell 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](mailto: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](http://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 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 (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

### Eventualbegründung: 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](http://nkf.ch)