

NEWS

REVISION DES WETTBEWERBSRECHTS: AUSWEITUNG DES KARTELLRECHTLICHEN MISSBRAUCHSVERBOTS UND EINFÜHRUNG EINES GEOBLOCKING-VERBOTS

HINTERGRUND DER REVISION

Im Jahr 2017 wurde die sog. Fair-Preis-Initiative eingereicht, deren Ziel es war, die Beschaffungsfreiheit der Schweizer Unternehmen im In- und Ausland zu gewährleisten und dadurch die Preise für importierte Waren und Dienstleistungen zu senken. Das Parlament hat der Initiative einen indirekten Gegenvorschlag gegenübergestellt, welcher die wesentlichen Forderungen der Initiative aufnimmt. Wird kein Referendum ergriffen und werden die parlamentarischen Vorschläge entsprechend umgesetzt, soll die Initiative zurückgezogen werden.

KONZEPT DER RELATIVEN MARKTMACHT

Bislang bestand Uneinigkeit, ob der Begriff des marktmächtigen Unternehmens im Schweizer Recht auch die relative Marktmacht umfasst. Diese Unklarheit soll mit der Revision beseitigt werden. Der einschlägige Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes («KG») soll um einen Absatz erweitert und relativ marktmächtige Unternehmen als solche umschreiben, von denen «andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden oder zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen» (Art. 4 Abs. 2bis E-KG).

Die Definition ist an die Lehre und Rechtsprechung in Deutschland angelehnt, wo das Konzept der relativen Marktmacht seit längerem bekannt ist. Während sich der herkömmliche Begriff der Marktmacht auf die horizontale Ebene und das Verhältnis des potenziell marktmächtigen Unternehmens zu (allen) anderen Marktteilnehmern bezieht, betrifft die relative Marktmacht das individuelle Verhältnis des Unternehmens zu einem – in einem vertikalen Verhältnis stehenden – Nachfrager oder Anbieter

Das schweizerische Kartellrecht erfährt weitreichende Veränderungen im Bereich der Missbrauchsaufsicht: Das Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen wird auf relativ marktmächtige Unternehmen ausgedehnt und soll entsprechend auch Fälle der wirtschaftlichen Abhängigkeit erfassen. Durch die Begriffserweiterung wird eine Reihe neuer Unternehmen vom Kartellrecht erfasst mit der Folge, dass sie mit Bezug auf die relative Marktmacht dieselben Regeln zu befolgen haben wie marktmächtige Unternehmen. Sodann wird ein neuer Missbrauchstatbestand geschaffen, welcher Unternehmen ein Bezugsrecht für Waren und Leistungen zu im Ausland geltenden Preisen und Konditionen gewähren soll. Schliesslich wird das Verbot des sog. privaten Geoblocking im UWG verankert. Der vorliegende Beitrag gibt einen ersten Überblick über die geplante Neuregelung.

mit Bezug auf eine spezifische Ware oder Leistung.

Zur Beurteilung werden somit die individuellen Verhältnisse des jeweiligen Nachfragers oder Anbieters mit Bezug auf etwaige Ausweichmöglichkeiten herangezogen. Ob Ausweichmöglichkeiten bestehen und ob deren Inanspruchnahme zumutbar ist, soll im jeweiligen Einzelfall geklärt werden. Eine solche Abhängigkeit kann sich beispielsweise auf Waren beziehen, die ein Händler im Sortiment haben muss, um seine Geschäftstätigkeit wahrnehmen zu können (Must-in-Stock-Produkte), oder darin bestehen, dass die Auflösung einer Vertragsbeziehung mit dem Verlust getätigter Investitionen einhergeht (Lock-in-Effekte).

Ein relativ marktmächtiges Unternehmen hat sich gegenüber seinen Vertragspartnern denselben Regeln zu unterwerfen wie marktmächtige Unternehmen. So kann die Verweigerung oder Beendigung von Geschäftsbeziehungen ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes unzulässig sein; Gleiches gilt für sachlich nicht zu rechtfertigende unterschiedliche Preise, Geschäftsbedingungen oder Rabatte für Vertragspartner.

Zusätzlich wird der Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG um einen spezifischen Tatbestand ergänzt. Als missbräuchliche Verhaltensweise gilt gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. g E-KG die Einschränkung der Nachfrager, Waren oder Leistungen zu den im Ausland geltenden Preisen und Bedingungen zu beziehen. Abhängige Unternehmen sollen ihre Vertragspartner auf diese Weise dazu bringen können, sie zu den im Ausland geltenden (günstigeren) Bedingungen zu beliefern.

VERBOT DES GEOBLOCKING

Auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb («UWG») wird wieder einmal um eine Be-

stimmung reicher. In Anlehnung an das in der EU geltende Recht handelt gemäss Art. 3a E-UWG unlauter, wer im Fernhandel Schweizer Kunden ohne sachliche Rechtfertigung beim Preis oder den Zahlungsbedingungen diskriminiert (lit. a), wer den Zugang von Kunden zu einem Online-Portal beschränkt oder blockiert (lit. b) oder wer Kunden ohne deren Einverständnis zu einer anderen als der ursprünglich aufgesuchten Version eines Online-Portals weiterleitet (lit. c). Dadurch soll allfälligen Diskriminierungen im Fernhandel der Riegel vorgeschoben werden.

Die Bestimmung sieht indessen eine Reihe von Ausnahmen vor, beispielsweise für Dienstleistungen im Finanzbereich oder der elektronischen Kommunikation, für Gesundheitsdienstleistungen sowie für gewisse Glücksspiele.

INKRAFTTRETEN UND DURCHSETZUNG DER NEUEN REGELN

Noch ist unklar, wann die neuen Regeln in Kraft treten werden. Es ist jedoch davon auszugehen, dass dies bereits im laufenden Jahr oder spätestens auf den 1. Januar 2022 der Fall sein wird.

Eine Verletzung der revidierten kartellrechtlichen Regeln ist nicht direkt sanktionierbar; eine Untersuchung der WEKO kann lediglich zu einem Verbot der betreffenden Verhaltensweise führen. Eine Sanktion ist aber im Wiederholungsfalle möglich. Obschon gegen Kartellrechtsverstösse der verwaltungs- oder der zivilrechtliche Weg offensteht, hat die Wettbewerbskommission bereits angekündigt, nach Erlass einschlägiger Leitentscheide allfällige Kläger auf den Zivilweg zu verweisen, womit in die-

sem Zusammenhang Schadenersatzansprüche im Vordergrund stehen dürften. Auch Verstösse gegen das UWG sind grundsätzlich vor Zivilgerichten geltend zu machen.

Allgemein stellt sich die Frage nach der Durchsetzbarkeit der Ansprüche gegen ausländische Unternehmen; obschon aufgrund des im KG und UWG verankerten Auswirkungsprinzips eine Klage am Schweizer Erfolgsort grundsätzlich möglich wäre.

HANDLUNGSBEDARF FÜR UNTERNEHMEN

Die Erweiterung des Begriffs der Marktmacht führt dazu, dass auch Unternehmen mit geringen Marktanteilen als relativ marktmächtig gelten können und entsprechend vom Missbrauchsverbot betroffen sind.

Schweizer Unternehmen tun somit gut daran, ihre Position gegenüber Vertragspartnern daraufhin zu analysieren, ob diese möglicherweise von ihnen abhängig sind. Bei vorhandener relativer Marktmacht ist das Verhalten gegenüber diesen Vertragspartnern auf Übereinstimmung mit den Anforderungen von Art. 7 KG zu prüfen. So sollten sich z.B. allfällige Ungleichbehandlungen von Geschäftspartnern oder die Verweigerung oder die Auflösung von Vertragsbeziehungen möglichst sachlich rechtfertigen lassen.

Die Rechtsunsicherheit mit Bezug auf die neuen Regelungen ist gross. Indessen hat die Wettbewerbskommission angekündigt, nach dem Inkrafttreten der Bestimmungen rasch Leitentscheide für gewisse Branchen und Fallgruppen zu schaffen.



CHRISTOPH GASSER
Rechtsanwalt, Dr. iur.,
LL.M. University of Michigan
Nebenamtlicher Richter am
Bundespatentgericht
Partner | Zürich



STEPHANIE VOLZ
Rechtsanwältin, Dr. iur.
Associate | Zürich

BIANCHISCHWALD GMBH
mail@bianchischwald.ch
bianchischwald.ch

GENÈVE
5, rue Jacques-Balmat
Postfach 5839
CH-1211 Genève 11
T +41 58 220 36 00
F +41 58 220 36 01

ZÜRICH
St. Annagasse 9
Postfach 1162
CH-8021 Zürich
T +41 58 220 37 00
F +41 58 220 37 01

LAUSANNE
12, avenue des Toises
Postfach 5410
CH-1002 Lausanne
T +41 58 220 36 70
F +41 58 220 36 71

BERN
Elfenstrasse 19
Postfach 1208
3000 Bern 16
T +41 58 220 37 70
F +41 58 220 37 71