

Peter Georg Picht

Erste Leitlinien zur relativen Marktmacht in der Schweiz

Eine Analyse zu Merkblatt und Meldeformular des WEKO-Sekretariats vom Dezember 2021

Der Gesetzgeber hat die Rechtsfigur der relativen Marktmacht in das Kartellgesetz aufgenommen und weitreichende Verhaltensregeln für Unternehmen in einer solchen Position vorgesehen. Zugleich soll eine neue Bestimmung, die sowohl für relativ marktmächtige als auch für marktbeherrschende Unternehmen gilt, den Auslandsbezug zu Auslandsbedingungen sicherstellen. Dem Klärungsbedarf, den diese Rechtsänderungen auslösen, begegnet die WEKO mit ersten Anwendungsleitlinien. Der Beitrag unterzieht diese einer kritischen Analyse.

Le législateur a introduit la figure juridique du pouvoir de marché relatif dans la loi sur les cartels et y a prévu des règles de conduite étendues pour les entreprises qui se trouvent dans une telle position. Parallèlement, une nouvelle disposition, qui s'applique aussi bien aux entreprises relativement puissantes sur le marché qu'aux entreprises dominantes, vise à garantir l'approvisionnement à l'étranger aux conditions étrangères usuelles de la branche. La COMCO répond au besoin de clarification suscité par ces modifications légales au moyen de premières directives d'application. Le présent article les soumet à une analyse critique.

-
- I. Einführung
 - II. Aktiv- und Passivlegitimation
 - III. Vorliegen relativer Marktmacht
 - 1. Allgemeine Beurteilungskriterien
 - 2. Fallgruppen
 - IV. Missbrauchsverhalten
 - V. Rechtsdurchsetzung und Sanktionierung
 - VI. Fazit
-

I. Einführung

Nun ist es soweit: Am 1. Januar 2022 traten die Kartellgesetzschriften¹ zur Verhaltenskontrolle relativ marktmächtiger Unternehmen in Kraft. Durch den Impuls der Fair-Preis-Initiative, nach komplexer Debatte, hat die Schweiz damit ein Rechtsinstitut eingeführt, das keinen globalen Kartellrechtsstandard bildet, aber doch Vorbilder in einer Reihe benachbarter Rechtsordnungen kennt.² Das hiesige Institut ist freilich nicht Kopie, sondern Anverwandlung mit eigenständigen Akzenten. Zu ihnen gehört es etwa, dass

jedenfalls der Gesetzeswortlaut sämtliche Missbrauchstatbestände für Marktbeherrscher auch auf relativ marktmächtige Unternehmen erstreckt und dass ein neugeschaffener Tatbestand (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG – territoriale Konditionenspaltung) solchen Unternehmen die Verweigerung der Belieferung abhängiger Nachfrager im Ausland zu Auslandsbedingungen untersagt. Im Verbot der territorialen Konditionenspaltung manifestiert sich der Kampf gegen «Schweiz-Zuschläge» im grenzüberschreitenden Absatz mancher Hersteller, eine zentrale Stossrichtung und zugleich eine so in Nachbarrechtsordnungen nicht präsenste Ausrichtung des neuen Rechts.³ Da die Gesetzesänderung also den relativ Marktmächtigen weitreichende Pflichten, den von ihnen abhängigen Unternehmen neue Chancen zur Interessenwahrung beschert, ohne dass für zentrale Anwendungsfragen durchgängig das ausländische Recht als Blaupause dienen könnte, liegt ein dringender Orientierungsbedarf der Marktteilnehmer auf der Hand. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, also die verfahrensführende Hand der schweizerischen Wettbewerbsbehörden,⁴ adressiert diesen nun mit

PETER GEORG PICHT, Prof. Dr. iur., LL.M. (Yale), Inhaber eines Lehrstuhls für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Leiter des dortigen Center for Intellectual Property and Competition Law (CIPCO), Affiliated Research Fellow Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München, Of Counsel bei der Kanzlei Schellenberg Wittmer, Zürich.

-
- 1 Die Änderungen betreffen insbesondere Art. 4 Abs. 2^{bis}, Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 lit. g Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, AS 1996 546. Für einen Überblick der Änderungen s. P. G. PICTH, WuW 2021, 336.
 - 2 Für eine rechtsvergleichende Analyse s. E. BUEREN/A. WOLF-POSCH/P. G. PICTH, ZWeR 2021, 173.
 - 3 PICTH (Fn. 1), 336 f., 340.
 - 4 S. zur Aufgabenverteilung zwischen der Wettbewerbskommission (WEKO) und ihrem Sekretariat insbesondere Art. 18, Art. 23 KG. Zur Eigenständigkeit des Sekretariats gegenüber der WEKO und der Frage, ob es sich bei diesen Einheiten um zwei unterschiedliche Behörden handelt, etwa D. BRUCH/S. MEIER, in: R. Zäch/R. Arnet/M. Baldi/R. Kiener/O. Schaller/F. Schraner/A. Spühler (Hg.), KG. Kommentar

einem Merkblatt und einem Formular zur Meldung von Verstössen.⁵ Der folgende Beitrag analysiert die Behördenleitlinie und stützt sich dabei auch auf eine unlängst vom Center for Intellectual Property and Competition Law der Universität organisierte Diskussionsveranstaltung.⁶

II. Aktiv- und Passivlegitimation

Die Aussage, dass sich zwar Unternehmen, nicht aber Konsumenten auf die neuen Regeln berufen können,⁷ dürfte Klarstellungswert eher ausserhalb der kartellrechtlichen Fachkreise haben. Immerhin mag die explizite Erwähnung der ebenfalls aktiv legitimierten Unternehmen der öffentlichen Hand⁸ dem Leser einen dezenten Hinweis darauf geben, dass eine indirekt-staatliche Kartellrechtsdurchsetzung auch in Verwaltungs- oder Zivilverfahren liegen könnte, die solche Unternehmen anstrengen. Sollte zudem die derzeit in Vernehmlassung⁹ befindliche KG-Revision Konsumenten zur Kartellschadenersatzklage aktiv legitimieren,¹⁰ werden diese auch Schäden aus einem Missbrauch relativer Marktmacht geltend machen können, zumal Art. 12 Abs. 2 KG ausdrücklich «die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie Diskriminierungsmassnahmen» als schadenersatzbegründende Praktiken hervorhebt, also Verhaltensweisen, die gerade auch in relativen Marktmachtkonstellationen eine Rolle spielen (s. sogleich).

Sowohl aus der Schilderung von potentiellen Durchsetzungsschwierigkeiten gegenüber Unternehmen mit Sitz im Ausland,¹¹ als auch aus den unterschiedlichen Angaben, die das Meldeformular für das «Anzeigende Unternehmen» und – nämlich nur hier die Konstellation eines Hauptsitzes im Ausland erwähnend – das «Angezeigte Unternehmen» enthält,¹² wird deutlich, dass die Behörde Auslandsunternehmen vor allem in der Rolle des Passivlegitimierten vor Augen hat. Dies entspricht der Stossrichtung des Gesetzgebers,¹³ allerdings wäre nach Gesetzeswortlaut und Auswirkungsprinzip wohl auch die Aktivlegitimation eines ausländischen Unternehmens denkbar, sofern dieses in relativer Abhängigkeit steht und ein dem Auswirkungsprinzip genügender Inlandsbezug vorliegt.

III. Vorliegen relativer Marktmacht

1. Allgemeine Beurteilungskriterien

Mit erfreulicher Klarheit bringt die Behörde zum Ausdruck, dass relative Marktmacht nicht schon *per se* aus bestimmten Verhaltensweisen eines Unternehmens folgt – wer eine Lieferbeziehung kündigt oder einen Schweiz-Zuschlag für seine Produkte verlangt, hält deswegen seine Geschäftspartner noch nicht automatisch am Halsband der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Auch bei der Vertypung von Markt-, Unternehmens- oder Transaktionscharakteristika zu Fallgruppen, in denen ohne näheres Hinsehen relative Marktmacht angenommen wird, empfiehlt sich grosse Zurückhaltung. Sonst droht ein die stärkeren Unternehmen einschnürendes und die schwächeren zur Trägheit verführendes Verhaltens-

korsett.¹⁴ So will denn auch die Behörde für den Einzelfall jeder bilateralen Geschäftsbeziehung anhand der jeweiligen Sachverhaltsumstände ermitteln, ob Abhängigkeit i.S.d. relativen Marktmacht vorliegt. Wie das Meldeformular indiziert, schliesst dieser Wille die Bereitschaft zu sorgfältiger Detailanalyse von Ausweichmöglichkeiten in produktbezogener, personeller und territorialer¹⁵ Hinsicht ein. Die Abhängigkeit wird, parallel etwa zum deutschen Recht, in einem objektiv-subjektiven Zwischschritt ermittelt.¹⁶ Zunächst kommt es darauf an, ob – in objektivierender Betrachtungsweise – «ausreichende» Ausweichmöglichkeiten in Gestalt anderer Angebote bestehen, «die die Bedürfnisse des mutmasslich abhängigen Unternehmens ebenfalls angemessen befriedigen können».¹⁷ Beispielhaft konkretisiert das Merkblatt Parameter für die Beurteilung, ob eine Alternativoption angemessene Befriedigung verspricht, nämlich Produkteigenschaften, Bezugsbedingungen, Markenreputation und Markentreue bei den Konsumenten sowie den Marktanteil.¹⁸ Nichtsdestotrotz verbleiben Wertungsspielräume.

Dies gilt auch für das subjektivierende Prüfkriterium («Unzumutbarkeit»), ob «aufgrund individueller Besonderheiten des abhängigen Unternehmens die gegebenen Ausweichmöglichkeiten als Alternative ausscheiden».¹⁹ Die insoweit im Merkblatt benannten Parameter – spezifische Investitionen, Umstellungskosten, Vertragscharakteristika,

zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, KG 23 N 10 f.

5 Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht, 6. Dezember 2021, abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/meldeformulare.html (nachfolgend: Merkblatt bzw. Meldeformular; alle Online-Fundstellen zuletzt abgerufen am 26. Dezember 2021).

6 CIPCast: Merkblatt der WEKO zur relativen Marktmacht in der Schweiz, 16. Dezember 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=A5RD56NCmfQ>.

7 Merkblatt, Rz. 6.

8 Ebenda.

9 S. SECO, Teilrevision des Kartellgesetzes 2022: Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage-wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/revision-fusionskontrolle.html>.

10 So vorgesehen in Art. 12 E-KG durch die Formulierung «Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, hat Anspruch ...»; die Vernehmlassungsvorlage ist abrufbar unter https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/teilrevision_kg_vernehmlassungsvorlage.pdf.download.pdf/20211123_Teilrevision_KG_Vernehmlassungsvorlage_d.pdf. Zur bisherigen Rechtslage, die nach h.M. Konsumenten jedenfalls gestützt auf Art. 12 KG keine Aktivlegitimation für Schadenersatzansprüche verleiht, R. JACOBS/G. GIGER, in: M. Amstutz/M. Reinert (Hg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz (KG), 2. Aufl., Basel 2021, KG 12 N 23 m.w.N.

11 Merkblatt, Rz. 28.

12 Meldeformular 1.2, 2.2.

13 Hierzu PICT (Fn. 1), 336, 339.

14 Vgl. auch das Plädoyer für einen einzelfallsensitiven, bilateralen und Strukturschutz vermeidenden Prüfungsansatz bei R. STÄUBER/A. BURGER, ZWeR 2021, 235, 252 ff.

15 Meldeformular, 3.3–3.4.

16 Näher hierzu aus Sicht des schweizerischen Rechts nun O. KAUFMANN, sic! 5/2022, 185 ff.

17 Merkblatt, Rz. 8.

18 Merkblatt, Rz. 8.

19 Merkblatt, Rz. 8.

betroffener Umsatzanteil, Abhängigkeitsursachen einschliesslich Eigenverhalten des abhängigen Unternehmens – leuchten ein, lassen aber zwei Zentralfragen offen: Zum einen wird die Praxis justieren müssen, ob eine Unzumutbarkeit erst dann vorliegt, wenn die Beziehung zum überlegenen Unternehmen für das potentiell abhängige Unternehmen über dessen wirtschaftliche Existenzfähigkeit (auf dem betroffenen Markt) entscheidet, oder schon dann, wenn ein Ausweichen lediglich eine (erhebliche) Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation mit sich brächte.²⁰ Zum anderen soll es sich zwar offenbar auf die Zumutbarkeitsbeurteilung auswirken, wenn eine Abhängigkeit durch Verhalten und Entscheide des betroffenen Unternehmens selbst herbeigeführt wurde; Art und Ausmass solcher Auswirkung konkretisiert die Behörde aber noch nicht. Angesichts dieser bedächtigen Herangehensweise wird man vermuten dürfen, dass die Behörde eine, relative Marktmacht begründende, Unzumutbarkeit selbst dann in Betracht ziehen wird, wenn es sich bei der zugrundeliegenden Abhängigkeit um eine einseitig und freiwillig selbst herbeigeführte handelt.²¹

Überraschend deutlich akzentuiert das Merkblatt hingegen, dass «Unternehmen, die sich auf die Vorschriften zur relativen Marktmacht berufen, [sich] in der Regel bereits erfolglos um zumutbare Ausweichmöglichkeiten bemüht haben [müssen]». ²² Verstärkend setzt das Meldeformular diesen Ansatz fort, indem es Angaben zu «konkreten Bemühungen» um Ausweichmöglichkeiten in der produktbezogenen, personellen und territorialen Abhängigkeitsdimension verlangt.²³ Je nach dem Anforderungsgrad der Behörde im konkreten Einzelfall ergibt sich hieraus eine echte Hürde für Anzeigesteller. Da Abhängigkeit an erfolglosen Versuchen des anderweitigen Bezugs eher augenfällig wird, als sich durch diese Versuche zu konstituieren, bietet sich die dogmatische Zuordnung des Kriteriums der erfolglosen Ausweichbemühungen zur Nachweisebene an: Wenn hinreichende, erfolglose Bemühungen dieser Art nicht aufgezeigt werden können, darf die Behörde dies regelmässig, sofern keine Ausnahmeumstände eine weitergehende Amtsermittlung nahelegen, als gewichtigen Anhaltspunkt für das Nichtbestehen von Abhängigkeit werten. Zugleich liegt es für potentiell relativ Marktmächtige damit nahe, einschlägige Anfragen (etwa nach Belieferung oder besseren Konditionen) auch durch den Verweis auf anderweitige Bezugsmöglichkeiten zu beantworten, weil ein daraufhin unterbliebener, nachweisbarer Versuch, diese Möglichkeiten auch zu nutzen, vielfach dafür spricht, dass keine hinreichenden Ausweichbemühungen i.S.d. behördlichen Anforderungen unternommen wurden.

2. Fallgruppen

Mit seinen Beispielfallgruppen bleibt das Merkblatt in den traditionellen Bahnen²⁴ der Rechtsfigur. Die sortimentsbedingte Abhängigkeit (ohne Unterscheidung nach Spitzenstellungs- und Spitzengruppenabhängigkeit)²⁵ wird ebenso hervorgehoben, wie die unternehmensbedingte Abhängigkeit infolge einer Konzentration der eigenen Marktaktivität

auf den Geschäftspartner, die zu Einschlusseffekten führt.²⁶ Auch Nachfragemacht, die zu einer Abhängigkeit des Anbieters führt, findet Erwähnung, allerdings ohne Details zu Bewertungsunterschieden gegenüber der Angebotsmacht in den vorgenannten Fallgruppen. Das frühe Stadium der Rechtsentwicklung macht verständlich, weshalb pionierhaftere Einsatzmöglichkeiten der neuen Regeln, etwa gegen Missbräuche durch Datenzugangsverweigerung oder der Ausnutzung von Netzwerkeffekten,²⁷ keine Erwähnung finden. Dennoch zeigt sich das Merkblatt auch hierin als transitorisches Dokument.

Bedauerlich ist das Schweigen des Merkblatts zu sogenannten «Gegenmacht-Konstellationen», in denen Anbieter und Abnehmer in wechselseitiger Abhängigkeit voneinander stehen. In der Regel bedarf hier keines der involvierten Unternehmen des Schutzes, den die Verhaltensregeln für relativ Marktmächtige entfalten sollen.²⁸ Hat schon der schweizerische Gesetzgeber leider darauf verzichtet, diese Wertung im Gesetz zu verankern,²⁹ sollte ihr wenigstens die Behörde Gewicht verleihen.

IV. Missbrauchsverhalten

Am deutlichsten zeigt sich die transitorische Vorsicht des Merkblatts im sehr knappen Abschnitt über das künftig verbotene Missbrauchsverhalten. Immerhin werden mit der Geschäfts(beziehungs)verweigerung und der Diskriminierung zwei Missbrauchsklassiker der relativen Marktmacht³⁰ hervorgehoben. Dass neben Preisen auch sonstige Geschäftsbedingungen als Diskriminierungsgegenstand Erwähnung finden, dürfte eine Sichtweise widerlegen, wonach die neuen Regeln nur preisbezogene Missbräuche i.e.S. erfassen (wollen).³¹ Spricht das Merkblatt von einem möglichen Miss-

20 Hierzu, mit Plädoyer für eine sehr niedrige Schwelle und Verweis auf Gegenstimmen, KAUFMANN (Fn. 16), 186.

21 Zu der insoweit einer relativen Marktmacht gegenüber viel kritischeren Positionierung der Botschaft PICT (Fn. 1), 336, 338; differenzierend STÄUBER/BÜRGER (Fn. 14) 235, 255 f. Für eine Berücksichtigung von Selbstverschuldenselementen als eigenständigen Prüfschritt, mit sehr bedenkenswerten Argumenten, KAUFMANN (Fn. 16), 186 ff.

22 Merkblatt, Rz. 10.

23 Meldeformular, 3.5, 3.6.

24 S. als Beispiel zu den Fallgruppen der relativen Marktmacht im deutschen Recht K. WESTERMANN, in: F. Bien/P. Meier-Beck/F. Montag/F. J. Säcker (Hg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht: Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., München 2022, GWB 20N 28 ff.

25 Hierzu WESTERMANN (Fn. 24), GWB 20 N 29 ff. m.w.N.

26 STÄUBER/BÜRGER (Fn. 14), 235, 255.

27 Andere Jurisdiktionen sind hier bereits proaktiver. So hat bspw. der deutsche Gesetzgeber in § 20 Abs. 1a, Abs. 3a GWB Datenzugang und (für die Konstellation der «überlegenen» Marktmacht) Netzwerkeffekte bereits ausdrücklich adressiert. Näher hierzu KAUFMANN (Fn. 16), 188.

28 PICT (Fn. 1), 336, 338 m.w.N.

29 Anders § 20 Abs. 1 S. 1 GWB.

30 Vgl. zur einschlägigen Praxis im deutschen Recht etwa J. NOTHDURFT, Relative Marktmacht. Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 17. Januar 2015, <https://hbfm.link/10352>, 62, 64 ff. m.w.N.

31 So aber STÄUBER/BÜRGER (Fn. 14), 235, 257.

brauch, wenn das relativ marktmächtige Unternehmen eine Geschäftsbeziehung «verweigert»,³² gerät diese Formulierung zu eng,³³ weil Behörde und Gerichte kaum auf eine Missbrauchskontrolle der Beendigung schon bestehender Geschäftsbeziehungen verzichten dürften, zumal diese Fallgruppe einen Anwendungsfokus in anderen Rechtsordnungen bildet.³⁴ Gerade weil Verweigerung und Beendigung von Geschäftsbeziehungen gleichermaßen im Anwendungsbereich liegen, dabei aber eines unterschiedlichen Prüfansatzes bedürfen – z.B. scheidet eine unternehmensbezogene Abhängigkeit kraft Einschluss in eine selbstgewählte Lieferbeziehung bei der Aufnahmeverweigerung einer Geschäftsbeziehung allermeist aus –, vermisst der Leser ein näheres Eingehen auf diese Dualität. Die Behörde vermeidet damit zwar für den Moment auch eine Positionierung dazu, ob die Gewährung einer Übergangs- und Umstellungsfrist die Missbräuchlichkeit einer Geschäftsbeziehungsbeendigung zumindest in der Regel beseitigt. Früher oder später wird sie hierzu aber Farbe bekennen müssen.

Ferner erwähnt das Merkblatt Koppelungs-/Bündelungspraktiken sowie die Aufnahme oder Weiterführung von Geschäftsbeziehungen nur «unter der Bedingung, dass der Handelspartner oder die Handelspartnerin zusätzliche Leistungen [...] erbringt».³⁵ In der letztgenannten Formulierung dürfte ein Verweis auf sogenannte «Anzapfpraktiken» liegen, bei denen sich der relativ Marktmächtige sachlich nicht gerechtfertigte Zuwendungen vom abhängigen Unternehmen sichert. International isoliert stünde ein solcher Anwendungsbereich nicht, denn beispielsweise auch das deutsche Recht unterwirft (§ 20 Abs. 2 i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB) relativ Marktmächtige dem Anzapfverbot.³⁶ Die andere Frage ist, ob das schweizerische Recht die insoweit recht scharfen Missbrauchsmaßstäbe des GWB übernehmen will und sollte, etwa den Verzicht auf jede Kausalitätsbeziehung zwischen Marktmacht und Anzapfen,³⁷ die Tatbestandlichkeit eines blossen, auch folgenlosen Aufforderns,³⁸ oder gar die zu Recht viel kritisierte Vermutungsregelung des § 20 Abs. 1 S. 3 GWB.³⁹

Praktisch nichts sagt das Merkblatt zum neu geschaffenen Tatbestand der territorialen Konditionenspaltung in Art. 7 Abs. 2 lit. g KG,⁴⁰ obgleich gerade er Herzstück und Hauptanlass der neuen Gesetzgebung darstellt.⁴¹ Ebenso wenig Details finden sich zur drängenden Frage, inwiefern die überschüssende Erstreckung des gesamten Art. 7 KG – also aller Verhaltensregeln für Marktbeherrscher – auf relativ Marktmächtige reduziert gehört,⁴² dogmatisch am überzeugendsten im Wege der teleologischen Reduktion nach Massgabe des erforderlichen Wettbewerbsschutzes gerade vor den Gefährdungen durch das Verhalten relativ Marktmächtiger. Allerdings mag man die wörtliche Wiedergabe der gesamten Missbrauchsformel aus Art. 7 Abs. 1 KG⁴³ als Hinweis auf ein tendenziell breites Tatbestandsverständnis der Behörde lesen. Denn ausdrücklich spricht das Merkblatt damit auch von einer Behinderung anderer Unternehmen «in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs» und klammert mithin horizontale Behinderungsmissbräuche bzw. horizontale Behinderungseffekte als Missbrauchsparameter

nicht *a priori* aus.⁴⁴ Übrigens legitimieren prominente Stimmen auch das Anzapfverbot nicht nur aus dem Ausbeutungsschutz der Marktgegenseite, sondern gerade auch aus dem horizontalen Behinderungsschutz.⁴⁵ Sollte die Behörde tatsächlich einer eher breiten Tatbestandsinterpretation folgen, schliesst selbst das gewisse teleologische Reduktionen nicht aus. So kann man bereits einen weitreichenden Konsens dahingehend feststellen, dass sich ein Verbot von aggressiven Preispraktiken (Art. 7 Abs. 2 lit. d KG, *predatory pricing*) relativ marktmächtiger Unternehmen nicht rechtfertigen lässt.⁴⁶

Eindeutig zu begrüssen ist die Übertragung der Marktbeherrscher-Regeln insofern, als das Merkblatt einen Einzelfall-sensitiven Beurteilungsansatz vorgibt⁴⁷ und die Existenz einer – wenngleich leider im Gesetz immer noch nicht ausdrücklich vorgesehenen – sachlichen Rechtfertigungsmöglichkeit betont.⁴⁸ Unklar bleibt, welche Bedeutung es nach der Konzeption der Behörde haben soll, ob – wie im Meldeformular erfragt⁴⁹ – das in einer Anzeige gebrandmarkte Verhalten auch dem relativ marktmächtigen Unternehmen gegenüber beanstandet wurde.

V. Rechtsdurchsetzung und Sanktionierung

Geht es um ihre Rolle in der Rechtsdurchsetzung, befindet sich die Behörde in einem schwierigen Spannungsfeld. Einer-

32 Merkblatt, Rz. 12.

33 Man mag zweifeln, ob dies unabsichtlich geschah, weil die Formulierung «aufnimmt oder weiterführt» in Rz. 12 des Merkblatts zeigt, dass den Verfasserinnen die unterschiedlichen Fallgestaltungen durchaus vor Augen standen.

34 S. Fallmaterial etwa bei NOTHDÜRFT (Fn. 30), 64 ff.

35 Merkblatt, Rz. 12.

36 K. MARKERT, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, Wettbewerbsrecht. Band 2. GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014, GWB § 20 N 61 f.; W. BOSCH, in: R. Bechtold/W. Bosch (Hg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB, 10. Aufl., München 2021, GWB 20 N. 24 ff. m.w.N.

37 WESTERMANN (Fn. 24), GWB 19 N. 187 f., insbes. zur nunmehr insoweit klaren gesetzgeberischen Vorgabe; BGH NZKart 2018, 136, 143, «Hochzeitsrabatte».

38 H.-P. GÖTTING, in: K. Bacher/R. Hempel (Hg.), BeckOK KartellRecht, München 2021, GWB 19 N 67.

39 MARKERT (Fn. 36), GWB 20 N 51 m.w.N.

40 Merkblatt, Rz. 12 begnügt sich mit einem Verweis auf den Normzweck der Verhinderung von Schweiz-Zuschlägen.

41 Als eine deklaratorisch-appellative, dennoch aber für die Nutzung der vorhandenen Rechtsanwendungsspielräume wichtige Vorschrift sieht KAUFMANN (Fn. 16), 193, Art. 7 Abs. 2 lit. g KG an.

42 Für eine solche Einschränkung bereits STÄUBER/BURGER (Fn. 14), 235, 256 ff.; PICT (Fn. 1), 336, 339.

43 Merkblatt, Rz. 11.

44 Vgl. auch CIPCast (Fn. 6), bei 28:45.

45 BGH NZKart 2018, 136, 139, «Hochzeitsrabatte»; A. FUCHS, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, Wettbewerbsrecht. Band 2. GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014, GWB 19 N 327 m.w.N.

46 PICT (Fn. 1), 336, 339 m.w.N.; CIPCast (Fn. 6), bei 24:50, namentlich dazu, dass dies auch die Auffassung der Behörde ist.

47 In der Konsequenz kommt es also sowohl auf Ebene des Vorliegens, als auch auf Ebene des Missbrauchs einer relativen Marktmachtstellung zu einer, ggf. mit Abwägungselementen verbundenen, Beurteilung der Umstände des Einzelfalls.

48 Merkblatt, Rz. 13.

49 Meldeformular, 4.4.

seits wird von ihr proaktives Handeln ebenso erwartet wie eine rasche Klärung wichtiger Rechtsfragen, gerade auch weil der Risikoappetit abhängiger Unternehmen zu Zivilklagen zumindest anfangs begrenzt sein könnte. Selbst wenn es – trotz fortbestehender Hürden im schweizerischen Recht der privaten Kartellrechtsdurchsetzung⁵⁰ – zu Klagen kommt, führen diese angesichts der ausgeprägten Vergleichsneigung der Gerichte nicht zwingend zu einer Weiterentwicklung des Rechts.⁵¹ Andererseits bleiben die Ressourcen der Behörde stets begrenzt. Manche Erwartung an ihre künftige Rolle sind gar deswegen unrealistisch, weil schon gar keine Handlungskompetenz besteht, etwa bei der Durchsetzung des Geoblocking-Verbots.⁵² Jedenfalls als erster Zugriff erscheint der Umgang des Merkblatts mit diesen Gegensätzen gelungen. Klar kommuniziert es die Bereitschaft zum Aufgreifen wichtiger und geeigneter, zum Beispiel auch wegen der Verbreitung der fraglichen Verhaltensweise im «öffentlichen Interesse»⁵³ liegender Fälle⁵⁴ sowie zum Ergreifen aller geeigneten Verfahrensmittel, die der Instrumentenkasten bereitstellt, einschliesslich Vorabklärung, Untersuchung und Marktbeobachtung.⁵⁵ Marktbeobachtungen sieht die Behörde dabei derzeit weniger als Schritt, der proaktiv erforderlich wäre, um ganze Marktsektoren auf relative Marktmachtverhältnisse zu durchleuchten, sondern vielmehr als mögliche Reaktion auf konkrete Anzeigen.⁵⁶ Zugleich erhält ein Erwartungsmanagement breiten Raum, das auch in der Formulierung von Mitwirkungserwartungen an künftige Anzeigsteller besteht. So betont die WEKO ihre fehlende Kompetenz zur Durchsetzung des Geoblocking-Verbots,⁵⁷ ihre knappen Ressourcen⁵⁸ und den Zivilrechtsweg als alternative Vorgehensoption, wobei dort ebenfalls eine behördliche Mitwirkung über Gutachten denkbar ist.⁵⁹ Potentielle Anzeigsteller erfahren nicht nur, dass die Qualität ihrer Anzeige über ein Tätigwerden der Behörde mitentscheidet.⁶⁰ Die insgesamt recht breiten Ausführungen zur anzeigstellerseitigen Mitwirkungsbereitschaft als Aufgreifkriterium,⁶¹ den grösseren Verfahrensrechten einer Partei im Vergleich zu einem lediglich beteiligten Unternehmen⁶² sowie insbesondere zur Aufforderung an Anzeigsteller, sich als Partei zu beteiligen,⁶³ sollen erklärermassen⁶⁴ verdeutlichen: Die Behörde wünscht sich keine passiven Anzeigsteller, die die Sachverhaltsarbeit weitgehend ihr überlassen. Dies korrespondiert, auf sachrechtlicher Ebene, mit dem Gesichtspunkt eines proaktiven Verhaltens bei der Kontaktnahme mit einem vermeintlich Missbrauch treibenden Unternehmen und der Suche nach Ausweichmöglichkeiten. Es wird aber vielfach auch in Spannung zu dem Wunsch abhängiger Unternehmen stehen, sich nicht mehr zu exponieren als nötig und dadurch Sanktionen des relativ Marktmächtigen zu vermeiden.⁶⁵ Eine ähnliche Interessenlage kann sich im Bereich der Sekretariatsberatungen präsentieren. Die Behörde zeigt sich zu einer beratend-kommunikativen Rolle bereit, und dies kann im gegenwärtigen, noch von vielen offenen Fragen geprägten Umfeld nur Beifall finden. Während aber den Unternehmen die anonymisierte Vorlage des Beratungsgegenstands über ihre Anwälte vielfach lieber sein dürfte, präferiert die Behörde ein Beratungsverhältnis mit offenem Visier.⁶⁶ Für Fälle, in de-

nen ein passivlegitimiertes Auslandsunternehmen keine Niederlassung oder Tochtergesellschaft in der Schweiz unterhält, verweist die Behörde auf Schwierigkeiten bei der Durchsetzung ihrer Entscheidungen und wiederum auf den Zivilrechtsweg.⁶⁷ Diese Erwartungsmoderation ist berechtigt, es hätte zu ihr aber auch die klare Ansage gepasst, dass Kläger in solchen Situationen den Zivilrechtsweg unter Umständen vor ausländischen Gerichten beschreiten und auch hierdurch Erschwernisse in Kauf nehmen müssen.

Sofern die Behörde Abhilfemassnahmen verfügt, kommen für diese unterschiedliche Detaillierungsgrade in Betracht. Sogar die knappen Ausführungen des Merkblatts skizzieren dies, indem sie einerseits von einer – potentiell sehr spezifischen – Belieferungspflicht sprechen, andererseits von einer abstrakter gehaltenen Verpflichtung des Unternehmens, «seine Preise diskriminierungsfrei zu gestalten».⁶⁸ Neben der ökonomisch-rechtspolitischen Frage, wie viel Marktmanagement eine Kartellbehörde durch ihre Anordnungen betreiben sollte, können sich Unterschiede im Detaillierungsgrad der behördlichen Verfügung auch auf das Bussenrisiko für relativ marktmächtige Unternehmen auswirken. Zwar nimmt Art. 49a KG diese Unternehmen von direkten Sanktionen für Erstverstösse gegen Art. 7 KG aus.⁶⁹ Art. 50 KG ermöglicht aber auch gegen sie Bussen für Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen, rechtskräftige Behördenverfügungen oder Rechtsmittelinstanzentscheide.⁷⁰ Stellt einer dieser drei Akte missbräuchliches Verhalten gegenüber einem abhängigen Unternehmen (A) fest und Abhilfeverhaltensanforderungen auf (etwa: künftig diskriminierungsfreie Belieferung), so stellt sich die Frage, ob ein anschliessendes, zum festgestellten Missbrauch ähnlich gelagertes Verhalten gegenüber einem anderen abhängigen Unternehmen (B) den Tatbestand des Art. 50 KG verwirklicht. Nach ersten Einschätzungen dürfte

50 KAUFMANN (Fn. 16), 194 ff., weist hierauf zu Recht mit Nachdruck hin.

51 Vgl. F. SCHRANER, CIPCast (Fn. 6), bei 37:10.

52 Merkblatt, Rz. 33.

53 Merkblatt, Rz. 15.

54 Damit unterstreicht die Behörde einmal mehr, dass ihr ein weitreichendes Aufgreifermessen zukomme; vgl. hierzu auch WEKO, Jahresbericht 2020, RPW 1/2021, 1, 21; K. IZUMI/A. BAUR, in: R. Zäch/R. Arnet/M. Baldi/R. Kiener/O. Schaller/F. Schraner/A. Spühler (Hg.), KG. Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, KG 27 N 16 ff.

55 Merkblatt, Rz. 19.

56 CIPCast (Fn. 6), bei 6:30.

57 Merkblatt, Rz. 33.

58 Merkblatt, Rz. 20; vgl. auch CIPCast (Fn. 6), 16. Dezember 2021, bei 46:30, wonach mit einer einstelligen Zahl von Untersuchungen pro Jahr zu rechnen ist.

59 Merkblatt, Rz. 16.

60 Merkblatt, Rz. 20.

61 Merkblatt, Rz. 20.

62 Merkblatt, Rz. 23.

63 Merkblatt, Rz. 24.

64 CIPCast (Fn. 6), bei 18:05.

65 F. SCHRANER, CIPCast (Fn. 6), bei 9:45, 19:00.

66 CIPCast (Fn. 6), bei 16:10.

67 Merkblatt, Rz. 28.

68 Merkblatt, Rz. 26.

69 Merkblatt, Rz. 29.

70 KAUFMANN (Fn. 16), 183 f.

dies vom Inhalt der Erstentscheidung bzw. Verfügung abhängen⁷¹ – jedenfalls, wenn dieser das als Abhilfe geforderte Verhalten und die hierdurch zu begünstigenden (abhängigen) Unternehmen so weit beschreibt, dass sie auch B erfassen, kommt eine Busse in Betracht, wenn das relativ marktmächtige Unternehmen gegenüber B den geforderten rechtmässigen Zustand nicht herstellt. Ein so entstehendes Sanktionsrisiko verlangt dann aber auch nach der Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes entsprechend dessen Anwendung in sonstigen Konstellationen der Art. 49a, Art. 50 KG.⁷² Das Merkblatt freilich äussert sich zu solchen Szenarien nicht, sondern belässt es bei der Grundaussage, dass relativ Marktmächtigen nicht für den Erstverstoss, wohl aber im Wiederholungsfall eine Bussensanktion droht.

VI. Fazit

Das WEKO-Sekretariat stand vor der schwierigen Aufgabe, in einer sehr frühen Phase der Rechtsentwicklung, ohne Abstützung durch inländisches Fallrecht, den Marktteilnehmern Orientierung zu geben und dabei gegenläufige Erwar-

tungen auszutarieren. Gemeistert hat die Behörde dies einerseits durch Beschränkung auf knappe und grundsätzliche Aussagen zu einer Reihe wichtiger Themenfelder, etwa auf Ebene des Missbrauchsverhaltens und der Sanktionierung. Auch die Aussage, dass die Wettbewerbskommission die Kommunikation des Sekretariats nur «zur Kenntnis genommen» hat, vermittelt den Eindruck, dass man sich noch Flexibilität bewahren möchte. Dieser Ansatz leuchtet ein,⁷³ hinterlässt aber das Bedürfnis, beizeiten mehr aus Bern zu lesen. Es ist daher zu begrüßen, dass schon bald ein Überblick zu der sich entfaltenden Fallpraxis kommuniziert werden soll.⁷⁴ Andererseits schlägt das Merkblatt durchaus einige Pflöcke am richtigen Platz ein. Hierzu gehören eine sorgsame, tiefenscharfe Vorgehensweise bei der Ermittlung relativer Marktmachtlagen, das Postulat proaktiver Eigenverantwortung (vermeintlich) abhängiger Unternehmen und der selektiv-arbeitsteilige, eine Mitwirkung an der Rechtsentwicklung aber nicht verweigernde Durchsetzungsfokus. *Work in progress* also, aber der *progress* scheint derzeit verschiedene Irrwege zu vermeiden.

Zusammenfassung

Die Leitlinien des WEKO-Sekretariats positionieren sich noch recht vorsichtig; sie werden und müssen im Laufe der nächsten Jahre ausgebaut und konkretisiert werden. Das Vorliegen relativer Marktmacht soll, anhand objektiver und subjektiver Kriterien, im Einzelfall festgestellt werden, die Fallgruppenskizzierung orientiert sich stark am deutschen Recht. Wo und wie eine eigenverantwortliche Bezugskonzentration Berücksichtigung findet, wird sich noch zeigen müssen. Die Behörde betont das Leitbild eines proaktiven, eigenverantwortlichen Unternehmens, wenn es um die Suche nach alternativen Geschäftsoptionen und den Kontakt mit der Behörde geht. Als Missbrauchsverhaltensweisen hebt das Merkblatt die Geschäftsverweigerung hervor sowie Diskriminierungen, Koppelungs-/Bündelungs- und Anzapfpraktiken, bleibt aber zum neuen Art. 7 Abs. 2 lit. g KG schmallippig. Erneut bezeugt das Sekretariat Bereitschaft zur Bearbeitung von Leitfällen, ohne sich dauerhaft als zentralen Durchsetzungsmotor zu begreifen.

Résumé

Avec ses directives, le Secrétariat de la COMCO se positionne encore de manière plutôt prudente; celles-ci seront et devront être développées et concrétisées au cours des prochaines années. D'après sa note explicative, l'appréciation d'un pouvoir de marché relatif doit se faire selon les circonstances concrètes de chaque cas d'espèce, sur la base de critères objectifs et subjectifs; la définition des groupes de cas s'inspire fortement du droit allemand. Il reste à voir où et comment le fait qu'une entreprise se met elle-même dans une position de dépendance sera pris en compte. Le Secrétariat de la COMCO soutient le modèle d'une entreprise proactive et responsable lorsqu'il s'agit de trouver des options commerciales alternatives et d'entrer en contact avec l'autorité. Parmi les comportements abusifs, la note explicative souligne le refus d'entretenir des relations commerciales ainsi que la discrimination et les pratiques de couplage/regroupement et de captation; elle reste toutefois évasive quant au nouvel art. 7 al. 2 let. g LCart. Une fois de plus, le Secrétariat témoigne de sa volonté de traiter des cas clés, sans se considérer durablement comme le moteur central de l'application légale.

71 CIPCast (Fn. 6), bei 34:15, 36:40, 39:40.

72 A.A. wohl F. SCHRANER, CIPCast (Fn. 6), bei 9:10.

73 Positive Beurteilung des Merkblatts etwa durch B. KASTEN und F. SCHRANER, CIPCast (Fn. 6), bei 12:15, 42:55, 44:30.

74 CIPCast (Fn. 6), bei 47:30.