

# N

Monthly  
Newsletter  
March 2022

---

**Competition and  
Antitrust**

**Schellenberg  
Wittmer**



# Relative Marktmacht und Geoblocking: Verhaltensanpassungen sind notwendig

Peter Georg Picht, David Mamane, Lorenza Ferrari Hofer, Philipp Groz

## Key Take-aways

- 1.** Im Kartellgesetz werden neu Regeln für Unternehmen mit relativer Marktmacht eingeführt. Relative Marktmacht wird angenommen, wenn andere Unternehmen keine Ausweichmöglichkeiten haben und abhängig sind.
- 2.** Relativ marktmächtige Unternehmen haben Sonderpflichten z.B. in Bezug auf Belieferungen von Schweizer Kunden im Ausland, Diskriminierung zwischen Geschäftspartnern und die Beendigung von Verträgen.
- 3.** Geoblocking-Massnahmen, welche Schweizer Kunden beim Online-Kauf benachteiligen, können unlauter sein. Ausnahmen bestehen für bestimmte Dienstleistungen und bei einer objektiven Rechtfertigung.

# 1 Neues Wettbewerbsrecht in der Schweiz

Zum 1. Januar 2022 sind wichtige Neuerungen im schweizerischen Kartell- und Lauterkeitsrecht in Kraft getreten, nämlich im Kartellrecht Verhaltensregeln für Unternehmen mit sogenannter **"relativer Marktmacht"** und im UWG ein **Geoblocking-Verbot**. Der Gesetzgeber hat damit zentrale Forderungen der Fair-Preis-Initiative erfüllt, deren Urheber vor allem "Schweiz-Zuschläge" bei der Belieferung inländischer Abnehmer bekämpfen möchten. Im Dezember 2021 veröffentlichte das Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Merkblatt mit Meldeformular zur relativen Marktmacht, erste Leitlinien zum Geoblocking stehen noch aus. Für beide Rechtsinstitute gilt allerdings, dass sie Vorbilder im ausländischen Recht haben, an denen sich die Rechtsanwendung bis zu einem gewissen Grad orientieren dürfte.

---

## Relative Marktmacht besteht, wenn Ausweichmöglichkeiten fehlen.

---

## 2 Relative Marktmacht

### 2.1 Die neuen Regeln

Die neuen Regeln im Kartellgesetz finden Anwendung auf **Unternehmen mit relativer Marktmacht**. Relative Marktmacht wird insbesondere dann angenommen, wenn es einem bestimmten Anbieter oder Nachfrager an **Ausweichmöglichkeiten** für seine Geschäftstätigkeit fehlt, so dass er auf den gegenwärtigen Geschäftspartner angewiesen und von diesem abhängig ist (Art. 4 Abs. 2bis KG). Relative Marktmacht ist also ein bilateral-individuelles Phänomen, kein marktweites wie die Marktbeherrschung. Um relative Marktmacht zu verhindern, müssen Ausweichmöglichkeiten eine objektiv ausreichende und für das betroffene Unternehmen subjektiv – zum Beispiel im Hinblick auf individuelle Umstellungskosten – zumutbare Alternative bilden. **Abhängigkeit** von einem Unternehmen kann etwa daraus entstehen, dass dieses ein Produkt herstellt, welches die Kunden des abhängigen Unternehmens in dessen Sortiment erwarten (sortimentsbedingte Abhängigkeit), oder dass eine etablierte Geschäftsbeziehung besteht, die nur unter hohen Kosten oder mit anderen geschäftlichen Nachteilen ersetzt werden könnte (unternehmensbedingte Abhängigkeit). Das Merkblatt stellt klar, dass einen Verstoss anzeigende Unternehmen der Behörde auch darlegen müssen, inwiefern sie sich aktiv um Ausweichmöglichkeiten bemüht haben.

Sodann gelten die schon bisher für marktbeherrschende Unternehmen bestehenden **Verhaltensvorgaben** pauschal auch für relativ Marktmächtige (Art. 7 Abs. 1 KG). Hiermit geht das schweizerische Recht deutlich weiter als seine Nachbarrechtsordnungen, die nur bestimmte Verhaltenspflichten auf

relativ Marktmächtige erstrecken. Inwieweit die Rechtspraxis diese überschüssende gesetzliche Regelung durch Nichtanwendung bestimmter Verhaltensvorgaben korrigiert, weil sie auf relativ marktmächtige Unternehmen nicht passen, wird abzuwarten bleiben.

Neu wird – sowohl für Marktbeherrscher als auch für relativ Marktmächtige – ein Verbot eingeführt, Nachfragern die **Belieferung im Ausland zu den dort geltenden Preisen/Geschäftsbedingungen** zu verwehren, sofern das nachgefragte Produkt nicht nur im Ausland, sondern auch in der Schweiz angeboten wird (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG). Eine Belieferung in die Schweiz zu den Auslandskonditionen kann der Nachfrager hingegen nicht fordern, und auch die Anwendung unterschiedlicher Preise und Geschäftsbedingungen im In- und Ausland bleibt als solche zulässig.

Der Missbrauch relativer Marktmacht löst im Prinzip **keine direkten Sanktionen** aus. Mit Geldbusse bedroht ist es allerdings, wenn der relativ Marktmächtige einer **einvernehmlichen Regelung** oder einem **Entscheid** zuwiderhandelt, durch die ein Missbrauch bereits einmal festgestellt wurde. Vorsicht und genaue Analyse werden daher etwa geboten sein, wenn die Behörde – möglicherweise eher unspezifische – Verhaltenspflichten in Bezug auf eine Gruppe abhängiger Unternehmen verfügt, weil die ungenügende Befolgung dann unmittelbar zu einer Busse führen könnte.

Schliesslich besteht neben dem behördlichen Verwaltungsverfahren für abhängige Unternehmen auch die Möglichkeit zu einer **Klage vor den Zivilgerichten**, insbesondere auf Beendigung missbräuchlichen Verhaltens oder auf Schadenersatz. Hierin soll mittelfristig sogar der hauptsächliche Durchsetzungsmechanismus liegen. Für Entscheidungen im Verwaltungs- und Zivilrechtsweg gilt gleichermassen, dass eine Durchsetzung gegenüber ausländischen Unternehmen – bei Urteilen der Zivilgerichte zum Beispiel nach dem Lugano-Übereinkommen – praktische Schwierigkeiten bereiten kann.

---

## Weitreichende Verhaltensvorgaben für Unternehmen mit relativer Marktmacht.

---

### 2.2 Praktisch bedeutsame Fallgruppen und Probleme

Die Gesetzesänderung bringt eine Vielzahl noch ungeklärter Rechtsfragen und schwieriger Herausforderungen für die Unternehmen mit sich. Herausgegriffen seien hier die folgenden praxisrelevanten Konstellationen und Fragen:

- **Beendigung einer Geschäftsbeziehung:** Für Fälle, in denen ein relativ marktmächtiges Unternehmen die Geschäftsbeziehung zum Beispiel mit einem Lieferanten beenden möchte, wird zu klären sein, welche Gründe für eine solche Kündigung mit dem Kartellrecht im Einklang stehen. In Betracht kommen etwa Vertragsverstösse des abhängigen Unternehmens oder dessen Nichterfüllung der Teilnahme Kriterien für ein qualitati-

ves Selektivvertriebssystem. Auch wenn ein solcher legitimierender Grund existiert, hängt die kartellrechtliche Beurteilung von einer Abwägung der Interessen und Gesamtumstände ab. Hierbei kann es zum Beispiel eine wichtige Rolle spielen, ob dem abhängigen Unternehmen eine angemessene Übergangsfrist gewährt wird und wie stark die Beendigung der Geschäftsbeziehung dieses Unternehmen letztlich beeinträchtigt. Auch ist zu berücksichtigen, ob ein Unternehmen seine Abhängigkeit freiwillig selbst herbeigeführt hat, etwa durch Konzentration auf die Produkte eines bestimmten Herstellers.

---

## Pflicht zur Belieferung im Ausland zu lokalen Bedingungen.

---

- **Diskriminierung zwischen verschiedenen Geschäftspartnern:** Gewährt das relativ marktmächtige Unternehmen seinen Vertragspartnern unterschiedliche Geschäftskonditionen (zum Beispiel unterschiedliche Preise oder Rabatte), kommt der Vorwurf eines abhängigen Geschäftspartners in Betracht, er werde hierdurch missbräuchlich diskriminiert. Ein Herzstück der rechtlichen Beurteilung ist dann die Frage, ob eine unterschiedliche Behandlung sachlich gerechtfertigt werden kann. Fällt die Antwort zu restriktiv aus, droht die Gefahr eines – letztlich selbst wettbewerbsschädlichen – Gleichbehandlungs- bzw. Meistbegünstigungsgebots. Behördenvertreter haben bereits erklärt, ein solches Ergebnis vermeiden zu wollen, diese Positionierung muss sich aber in der Praxis erst noch bewähren.
- **Belieferungsverlangen im Ausland zu Auslandskonditionen (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG):** Verlangt ein Inlandnachfrager im Ausland Belieferung zu den dortigen lokalen Konditionen und branchenüblichen Bedingungen, muss zunächst Marktbeherrschung oder die relative Marktmacht des ausländischen Anbieters gegenüber dem Nachfrager verifiziert werden. Sofern relative Marktmacht vorliegt und eine Belieferungspflicht dem Grundsatz nach greift, wird es für deren konkrete Gestalt unter anderem darauf ankommen, wie sich die "branchenüblichen Bedingungen" im Ausland bestimmen lassen, und wer insoweit die Darlegungs- und Beweislast trägt. Ferner scheint denkbar, dass der angegangene Auslandsanbieter das abhängige Unternehmen auf anderweitige adäquate Bezugsquellen für sein Produkt verweisen darf. Eine solche Option würde es Herstellern erleichtern, mehrstufige Vertriebsstrukturen aufrechtzuerhalten. Auch das Geo-Blocking-Verbot sollten Unternehmen in diesen Konstellationen im Blick behalten, da zwischen den beiden Regelungen Überschneidungspotential besteht.
- **Weitere Geschäftspraktiken erfasst:** In seinem Merkblatt hat das WEKO-Sekretariat klargestellt, dass weitere Verhaltensweisen einen Missbrauch relativer Marktmacht darstellen können. Ausdrücklich erwähnt werden dabei

Koppelungs-/Bündelungspraktiken sowie die Erzwingung zusätzlicher (ungerechtfertigter) Leistungen als Bedingung für eine Geschäftsbeziehung ("Anzapfverbot").

### 2.3 Handlungsbedarf für Unternehmen

Trotz der bestehenden Unklarheiten können und sollten Unternehmen Massnahmen ergreifen, um sich auf die neue Rechtslage einzustellen. Hierzu gehören:

- **Screening von Geschäftsbeziehungen und -anfragen:** Unternehmen sollten sich einen Überblick verschaffen, im Verhältnis zu welchen Geschäftspartnern sie möglicherweise eine Stellung der relativen Marktmacht oder Abhängigkeit einnehmen, und ob Anfragen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung vorliegen. Dies hilft bei der Abschätzung von Rechtsrisiken, aber auch von Chancen (zum Beispiel: Belieferungsanspruch), die das neue Recht mit sich bringt.
- **Vertragsanpassung:** Aus dem (oben) erwähnten Screening kann sich die Notwendigkeit zur Anpassung von bestehenden Verträgen ergeben, um beispielsweise Diskriminierungsvorwürfe zu vermeiden und bisher kartellrechtskonforme Vertriebsgestaltungen an die neuen Rahmenbedingungen anzupassen. Auch steht zu erwarten, dass die neuen Regeln in Vertragsverhandlungen als Angriffs- oder Verteidigungsargument genutzt werden.
- **Kompetenz- und Reaktionsstrukturen:** Gerade in der Anfangsphase der neuen Rechtslage können unbedachte Reaktionen auf Anfragen von Kunden oder (potentiellen) Geschäftspartnern Probleme bereiten. Das gilt auch und gerade für die Bereiche Auslandsbelieferung und Geo-Blocking. Daher kann es sich anbieten, die Reaktionszuständigkeit bei Unternehmenseinheiten mit entsprechender Rechts- und Sachkompetenz zu bündeln und so mögliche Probleme frühzeitig zu erkennen und zu beheben.

---

## Unlautere Diskriminierung im Fernhandel auf Basis des Standorts der Kunden.

---

### 3 Das Verbot des Geoblocking

Die Verhaltensregeln zur relativen Marktmacht sind durch das Verbot von **Geoblocking im Internethandel** ergänzt worden, um sicherzustellen, dass Schweizer Kunden beim Kauf von Waren und Dienstleistungen online nicht diskriminiert werden (Art. 3a Abs. 1 UWG). Die EU hat bereits 2018 ein Verbot privater Geoblocking-Praktiken eingeführt (EU-Geoblocking-Verordnung).

Gemäss dieser neuen Regelung handelt **unlauter**, wer im Fernhandel ungerechtfertigt einen Kunden in der Schweiz aufgrund seiner Nationalität, seines Wohnsitzes, des Sitzes seines Zahlungsdienstleisters oder des Ausgabeorts seines Zahlungsmittels (i) beim Preis oder bei den Zahlungsbedingungen diskriminiert, (ii) ihm den Zugang zu einem Online-Portal

blockiert beziehungsweise beschränkt, oder (iii) ihn ohne sein Einverständnis zu einer anderen als der ursprünglich aufgesuchten Version des Online-Portals weiterleitet. Diese Bestimmung gilt nicht für bestimmte Dienstleistungsangebote wie Finanzdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen, Glücksspiele und Lotterien, private Sicherheitsdienste und audiovisuelle Dienste (z.B. Streamingdienste).

Die Anwendung von Geoblocking- und Preisdiskriminierungsmassnahmen gilt **nicht als unlauter**, wenn diese **objektiv gerechtfertigt** sind. Es kommt auf die Umstände im Einzelfall an. Eine Preisdiskriminierung kann beispielsweise gerechtfertigt sein, wenn beim Verkauf an einen Schweizer Kunden höhere Versandkosten oder Zölle für den Anbieter anfallen. Auch kann Geoblocking eventuell gerechtfertigt sein, wenn die Veröffentlichung eines Werks in der Schweiz die Rechte am geistigen Eigentum eines Dritten verletzt würde. So hat ein holländisches Gericht kürzlich entschieden, dass Geoblocking-Massnahmen zur Verhinderung einer Urheberrechtsverletzung in den Niederlanden zulässig sei. Schliesslich

können Geoblocking-Massnahmen auch dann zulässig sein, wenn ein Angebot an Schweizer Kunden (z.B. Online-Angebote von pharmazeutischen Produkten) gegen Schweizer Recht (z.B. Regulierungsrecht) verstossen würde.

Das Verbot von Geoblocking-Massnahmen will nur die Diskriminierung von Schweizer Kunden verhindern, sollte aber in der Regel keine Pflicht für einen ausländischen Anbieter zur tatsächlichen Lieferung von Waren in die Schweiz oder zur Erbringung von Dienstleistungen in der Schweiz begründen. Es ist daher fraglich, ob sich das Geoblocking-Verbot wettbewerbsfördernd auswirken wird, vor allem, wenn ausländische Unternehmen Schweizer Konsumenten zu diskriminieren versuchen. Zwar können Schweizer Konsumenten, Schweizer Verbraucherorganisationen Klagen erheben, doch ist zu erwarten, dass sie dies nur in ausgewählten Fällen tun werden.

Nichtsdestotrotz sind internationale Unternehmen, die Waren und Dienstleistungen Schweizer Kunden anbieten, gut beraten, ihre Konformität mit den neuen Regeln des Schweizer Rechts zu überprüfen.



**David Mamane**  
Partner Zürich  
david.mamane@swlegal.ch



**Prof. Dr. Peter Georg Picht**  
Of Counsel Zürich  
peter.picht@swlegal.ch



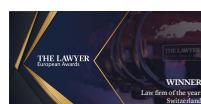
**Dr. Lorenza Ferrari Hofer**  
Partnerin Zürich  
lorenza.ferrarihofer@swlegal.ch



**Benjamin Borsodi**  
Partner Genf  
benjamin.borsodi@swlegal.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der oben genannten Personen.

Schellenberg Wittmer AG ist Ihre führende Schweizer Wirtschaftskanzlei mit mehr als 150 Juristinnen und Juristen in Zürich und Genf sowie einem Büro in Singapur. Wir kümmern uns um alle Ihre rechtlichen Belange – Transaktionen, Beratung, Prozesse.



**Schellenberg Wittmer AG**  
Rechtsanwälte

**Zürich**  
Löwenstrasse 19  
Postfach 2201  
8021 Zürich / Schweiz  
T +41 44 215 5252  
www.swlegal.ch

**Genf**  
15bis, rue des Alpes  
Postfach 2088  
1211 Genf 1 / Schweiz  
T +41 22 707 8000  
www.swlegal.ch

**Singapur**  
Schellenberg Wittmer Pte Ltd  
6 Battery Road, #37-02  
Singapur 049909  
T +65 6580 2240  
www.swlegal.sg