Relative Marktmacht

Studienvereinigung Kartellrecht
Grosse Arbeitssitzung Bern
Universität Bern
20. Juni 2025

David Bruch, Wettbewerbskommission (WEKO) Sekretariat

Diese Präsentation bindet die WEKO und ihr Sekretariat nicht.

Übersicht

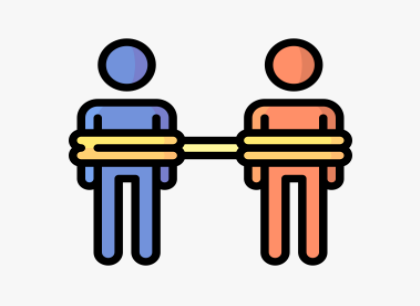
1. Entscheide (Überblick)
2. Relative Marktmacht (Art. 4 Abs. 2bis KG)
3. Missbrauch (Art. 7 KG)
4. Massnahmen
5. Lehren und Ausblick

Entscheide (Überblick)

- Galexis gegen Fresensius Kabi (2022–2024)
  → rel. Marktmacht (-)
  → Einstellung

- Payot gegen Madrigall (2023–2024)
  → Art. 7 Abs. 1 i.V.m. 2 Bst. g KG (+)
  → Massnahmen

- Garage gegen BMW (seit 2024)
  → Art. 7 Abs. 1 i.V.m. 2 Bst. a KG?
  → läuft
- Weiteres (laufend)…



…

Relative Marktmacht (Art. 4 Abs. 2bis KG) – Voraussetzungen (1)

1. Abhängigkeit
2. Mangelnde Gegenmacht
3. Kein grobes Selbstverschulden

1. Abhängigkeit

- Ermittlung der Ausweichmöglichkeiten (Sachverhalt)
- Feststellung der allfälligen Folgen des Ausweichens (Sachverhalt)
- Beurteilung der Zumutbarkeit der Folgen (Rechtsfrage)

Relative Marktmacht (Art. 4 Abs. 2bis KG) – Vor

2. Mangelnde Gegenmacht

- Gegenmacht ist zu berücksichtigen (teleologische Auslegung)
- Begründung: Bei ausgeglichenen Machtverhältnissen besteht kein Schutzbedürfnis

3. Kein grobes Selbstverschulden

- Grob selbstverschuldete Abhängigkeit steht der Anwendbarkeit der Missbrauchsvorschriften entgegen (Botschaft + teleologische Auslegung)
- WEKO: «Wer trotz eines klaren Missverhältnisses zwischen Risiken und Chancen in eine Abhängigkeit gerät, soll sich nicht auf die Schutzvorschriften zur relativen Marktmacht berufen können».
- Zurückhaltende Anwendung → nur in offensichtlichen Fällen

Relative Marktmacht (Art. 4 Abs. 2bis KG) – Beispiele (1)

1. **Abhängigkeit**
   - Ermittlung der Ausweichmöglichkeiten (Sachverhalt)
   - Feststellung der allfälligen Folgen des Ausweichens (Sachverhalt)
   - Beurteilung der Zumutbarkeit der Folgen (Rechtsfrage)

Ausweichmöglichkeiten:

- Galexis kann Trinknahrung von Fresenius Kabi nur von dieser beziehen
- Ausweichmöglichkeit: Trinknahrung anderer Herstellerinnen? Eher Verzicht

Folgen des Ausweiches:

- Gewisse Einbussen am Umsatz und Gewinn
- Weniger als 0,2% Umsatz mit Fresenius-Trinknahrung; Deckungsbeiträge <400k CHF; höchstens geringe indirekte Verluste

Zumutbarkeit der Folgen:

- Gemessen an Finanzkraft der Galenica-Gruppe sind Nachteile gering und damit zumutbar (Gesamtgewinn 165 Mio. CHF)

Relative Marktmacht (Art. 4 Abs. 2bis KG) – Beispiele (2)

1. **Abhängigkeit**
   - Ermittlung der Ausweichmöglichkeiten (Sachverhalt)
   - Feststellung der allfälligen Folgen des Ausweichens (Sachverhalt)
   - Beurteilung der Zumutbarkeit der Folgen (Rechtsfrage)

Ausweichmöglichkeiten:

- Bezug bei Grossisten (in F/CH)
- Bezug bei Buchhändlern (Graumarkt)
- Verzicht auf Madrigall-Bücher

Folgen des Ausweichens:

- Bei Bezug über Grossisten/Graumarkt (zusätzlicher Intermediär): Grosse Unsicherheiten (Kapazitäten, Konditionen, Liefer-, Zahlungsfristen, Retouren)
- Bei Verzicht auf Madrigall-Bücher: [10–20]% Umsatz mit Madrigall-Büchern, Deckungsbeiträge [0–10] Mio. CHF + indirekte Verluste wahrscheinlich

Zumutbarkeit der Folgen: Nein.

Missbrauch (Art. 7 KG) – Allgemeines

- der Gesetzgeber hat relative marktmächtige Unternehmen dem gesamten Katalog an Regelbeispielen in Art. 7 Abs. 2 KG unterstellt
- keine «Bagatellschwelle»: kein ex ante Ausschluss von Fällen mit kleinen Unternehmen / kleinen Marktanteilen
- legitimate business reasons / sachliche Gründe können Verhalten rechtfertigen

Missbrauch nach Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG (1)

1. Waren oder Dienstleistung in der Schweiz und im Ausland angeboten
2. «dortige Marktpreise» und «dortige branchenübliche Bedingungen» günstiger als in der Schweiz
3. Kein oder erschwerter Bezug im Ausland
4. Kein sachlicher Grund

- Im Einzelfall kann der Vergleich der Bezugskonditionen in der Schweiz und im Ausland schwierig sein.
- Nur geringfügig bessere Konditionen sind in der Regel nicht missbräuchlich

Missbrauch nach Art. 7 Abs. 2 Bst. g

1. Waren oder Dienstleistung in der Schweiz und im Ausland angeboten
2. «dortige Marktpreise» und «dortige branchenübliche Bedingungen» günstiger als in der Schweiz
3. Kein oder erschwerter Bezug im Ausland
4. Kein sachlicher Grund

Fresensius Kabi

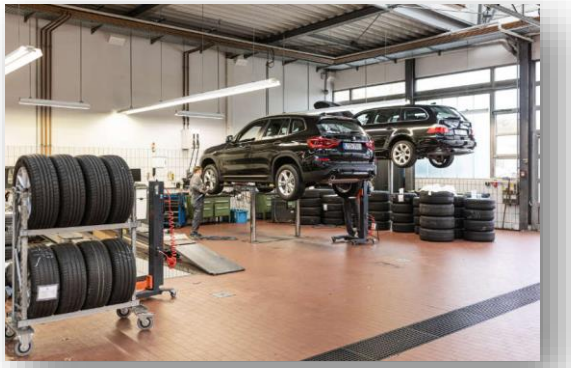
- Nicht entscheidrelevant, da keine relative Marktmacht
- Konditionen für vergleichbare sechs Grosshändlerinnen im Ausland höchstens geringfügig besser, wenn nicht für Einzelne gleich oder allenfalls sogar schlechter

Madrigall

- Madrigall wollte Payot deutlich geringere Rabatte gem. AGB und Regulierung auf die Preisliste gewähren als vergleichbare Buchhändlerinnen in Frankreich erhielten
- Im Vergleich zu anderen Ländern: Die Payot angebotenen Maximalrabatte lagen auch weit unter dem europäischen Durchschnitt der höchsten Rabatte
- Madrigall konnte diese Preisunterschiede nicht hinreichend begründen (z. B. Lohnkosten für in Schweiz ansässigen Vertreter sowie Kreditabsicherungskosten)

Missbrauch – Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG

1. Weigerung Geschäftsbeziehungen zu unterhalten
2. Angebot oder Nachfrage objektiv notwendig
3. Eignung zur Wettbewerbsbehinderung
4. Kein sachlicher Grund



- Was bedeutet objektiv notwendig bei relativer Marktmacht? Automatisch erfüllt?
- Inwiefern ist eine Eignung zur Wettbewerbsbehinderung notwendig beim Missbrauch relativer Marktmacht?
- Recht auf ewige Vertragsbeziehung?

Massnahmen (1)

– Art. 30 Entscheid

[1] Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

- Keine Sanktion, aber Auferlegung von Verhaltens- oder Unterlassungspflichten (Massnahmen)
- Massnahmen einzig zur Verhinderung des konkret untersuchten Verstosses
- Verstoss muss noch andauern oder bei konkreter Wiederholungsgefahr
- Adressatin: Relativ marktmächtiges Unternehmen

Massnahmen (2)

– **Art. 30** Entscheid

[1] Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

- Madrigall wird verpflichtet, Payot den Direktimport zu den in Frankreich üblichen Konditionen zu ermöglichen
- Madrigall steht es frei, die Einkaufspreise aufgrund nachgewiesener Mehrkosten zu erhöhen bzw. die Rabatte zu reduzieren
- WEKO behält sich vor, Madrigall und Payot bei Streitigkeiten über die verordneten Massnahmen an die Zivilgerichte zu verweisen

Lehren und Ausblick

- Es geht einzig um die Beurteilung eines bilateralen Verhältnisses
- Aufzuzeigen ist das konkrete Ausmass der Nachteile beim Ausweichen auf andere Angebote oder Nachfrager sowie beim Verzicht
- Internationaler Preisvergleich anspruchsvoll, verschiedene Faktoren beeinflussen Preis (Rückgaberechte, Ablaufdatum, Verhandlungsgeschick etc.), kein Anspruch auf Meistbegünstigung
- Beendigung der Geschäftsbeziehung ist relevant – noch keine WEKO-Praxis
- Welche Bedeutungen haben die jüngsten Urteile zu Art. 7 KG in Bezug auf den Missbrauch relativer Marktmacht?
- Welche Auswirkungen hat die KG-Revision?

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit! – Fragen?

Wohin mit Art. 7 KG?

Entwicklungen zum Marktmachtmissbrauch

Arbeitssitzung: Studienvereinigung Kartellrecht / CLIC

20. Juni 2025

Dr. Andrea Graber Cardinaux

Vizedirektorin WEKO-Sekretariat

Entscheide Bundesgericht zu Art. 7 KG

Datum	Entscheid
2.11.2022	Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC); Six-Urteil 2C_596/2019
5.3.2024	Swisscom WAN-Anbindung (WAN) 2C_698/2021
23.4.2024	Sport im Pay-TV 2C_551/2022
23.1.2025	Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen (KEMI) 2C_244/2022

Anforderungen an Nachweis der Wettbewerbsschädigung

Dynamic Currency Conversion (DCC)

- Urteil Bundesgericht vom 2. November 2022 – Abweisung Beschwerde
- Anforderungen an Nachweis der Wettbewerbsschädigung → **Absage an das abstrakte Gefährdungsdelikt**
- E.8.2.1: Missbräuchlichkeit (inkl. Wettbewerbsschädigung) ist aufgrund **Einzelfallanalyse** festzustellen
- E. 8.2.2: Tatbestände von KG 7 indizieren **nicht per se** eine unzulässige Verhaltensweise
- E.8.2.3: **Parallelität von KG 7 und AEUV 102**
- E.8.6: auswirkungsbezogene Analyse nicht erforderlich, **Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs** genügt
- → **potenzielle nachteilige Wettbewerbseffekte** sind erforderlich (konkretes Gefährdungsdelikt mit theory of harm)
- **Frage**: gilt Rechtsprechung generell oder nur bezogen auf lit. f (Koppelung)?

Kommerzialisierung eMedikamenteninformationen

- Urteil Bundesgericht vom 23. Januar 2025 – grossmehrheitliche Gutheissung der Beschwerde, Rückweisung ans BVGer zur Bestimmung der Sanktion
- **Klarstellung** Nachweis Wettbewerbsschädigung / Präzisierung der SIX-Rechtsprechung (E.10.3) **für alle Verhaltensweisen** (nicht nur lit. f)
  - **kein effektiver Nachweis** der Wettbewerbsschädigung nötig / auswirkungsbezogene Analyse nicht erforderlich
  - hypothetisches / theoretisches Potenzial der Wettbewerbsschädigung genügt nicht; **kein per se-Missbrauch** wegen Form der Verhaltensweise
  - konkrete Auseinandersetzung mit Beweismitteln des marktbeherrschenden Unternehmens, welche wettbewerbsschädigende Wirkung entkräften
  - Wettbewerbsschädigung muss aufgrund sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalls und gestützt auf gesamtheitliche Betrachtung plausibel sein

→ effects-based approach: **effektive potenzielle Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung** ist nachzuweisen!

Nachweis der Wettbewerbsschädigung

SIX/DCC

- Art. 7 Abs. 2 lit. f KG: auswirkungsbezogene Analyse nicht erforderlich; Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs genügt

WAN

- Feststellung Missbrauch (inkl. Wettbewerbsschädigung) aufgrund **Einzelfallanalyse** (E.7.3); Tatbestände von KG 7 II **nicht per se** unzulässig (E.7.4); keine explizite Auseinandersetzung mit Nachweis Wettbewerbsschädigung, stattdessen detaillierte Prüfung der Tatbestandselemente des Erzwingens und der Unangemessenheit von Preisen mit Einbau **hoher Hürden** für deren Nachweis

Sport im PayTV

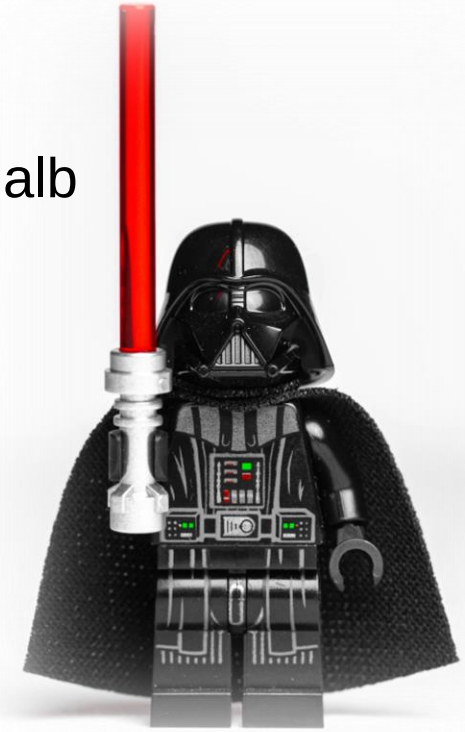
- Verweigerung muss **wettbewerbsbehindernde Wirkung** haben (E.10.2); keine explizite Auseinandersetzung mit Nachweis Wettbewerbsschädigung, in casu **negative Effekte nachgewiesen**; Schlussfolgerung: **Verhalten geeignet**, die Konkurrentinnen im Wettbewerb zu behindern (E.10.6)

KEMI

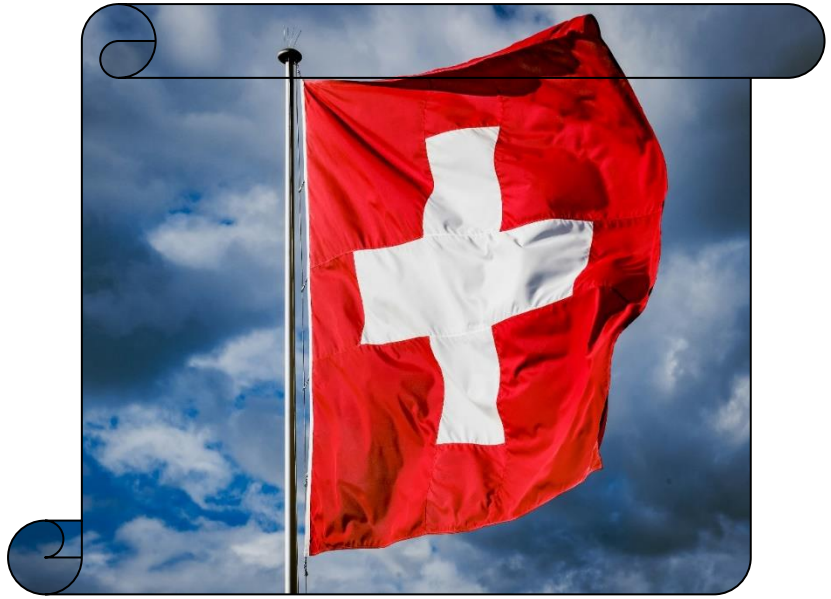
- bei allen Verhaltensweisen (nicht nur lit. f): auswirkungsbezogene Analyse nicht erforderlich, **effektive potenzielle Eignung** zur Wettbewerbsbeschränkung ist nachzuweisen

Schadenstheorie

- **Bedeutung**
  - **Brücke** zwischen abstraktem Gesetzestext («Missbrauch») und konkretem Fall
  - verständliche, solide und nachvollziehbare Erklärung/«**Story**», weshalb das untersuchte Verhalten den Wettbewerb beschränkt
  - **relevante Faktoren**: Ziele und Gründe für das Verhalten, Marktbedingungen, Marktstruktur, wie zeigt sich Beschränkung
  - Anwendung auf den konkreten **Sachverhalt/Kontext**
- **Formulierung**
  - Frage: wer ist geschädigt und wie?
  - Anforderungen: logisch konsistent, fallspezifisch, berücksichtigt Anreize der Parteien, entspricht verfügbarer empirischer Evidenz und ökonomischer Theorie
  - Benchmark: Vergleich Situation mit und ohne Wettbewerbsbeschränkung – wo ist Minus?



EU- Kompatibilität



- Nachweis der tatsächlichen, auf den Umständen des konkreten Falls beruhende Eignung der Wettbewerbsschädigung genügt in beiden Jurisdiktionen – **kein swiss finish!**
- KG 7 kennt keine «naked restrictions» mit ausschliesslichem Ziel, den Wettbewerb zu beschränken oder auszuschalten

KG-Revision – Fahne NR zu Art. 7 Abs. 3 KG

Mehrheit	**Minderheit I** (Burgherr, Aeschi, Buffat, Hess Erich, Hübscher, Nicolet, Tuena)	**Minderheit II** (Bregy, Kamerzin, Müller Leo)	**Minderheit III** (Michaud Gigon, Amoos, Bendahan, Bertschy, Grossen Jürg, Hübscher, Ritter, Ryser, Wermuth, Widmer Céline)
[3] Die Missbräuchlichkeit der Verhaltensweisen ist einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung anhand von Erfahrungswerten und den konkreten Umständen auf dem Markt zu prüfen.	[3] Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Absatz 1 und 2 liegt nur dann vor, wenn seine Schädlichkeit für den wirksamen Wettbewerb im konkreten Fall dargelegt ist.	[3] Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Absatz 1 und 2 Buchstabe a bis f liegt nur dann vor, wenn seine Schädlichkeit im konkreten Fall dargelegt ist.	[3] *Streichen*

Differenzenbereinigung

Version NR

Version SR

Take Aways

- auswirkungsbezogene Analyse nicht erforderlich, aber blosse hypothetische Gefahr der Wettbewerbsschädigung genügt nicht
- effektive potenzielle Eignung der Wettbewerbsbeschränkung / konkretes Schädigungspotenzial (theory of harm) ist nachzuweisen – bei allen Verhaltensweisen (nicht nur lit. f)
- EU-Kompatibilität gegeben
- KG-Revision auf Linie Rechtsprechung BGer und WEKO-Praxis

Wohin mit Art. 7 KG?

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 <u>den</u> 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.
- **Preise** sind auch im Ausland **teilweise stark unterschiedlich**, d.h. **weit gestreut**. Es gibt eine **Bandbreite**.

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 – 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** substanziell 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

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 <u>den</u> 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.
- **Preise** sind auch im Ausland **teilweise stark unterschiedlich**, d.h. **weit gestreut**. Es gibt eine **Bandbreite**.
- Siehe zum Preisvergleich auch oben in der Präsentation.

NKF

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

Gleiss Lutz

WOHIN MIT ART. 7 KG?

Aktuelle Praxis und Einwicklungen betreffend Art. 102 AEUV

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

Dr. Petra Linsmeier | 20. Juni 2025

Art. 102 AEUV

Leitlinien-Entwurf der KOM: Überblick

- **Prioritätenpapier von 2008:** Erläuterungen zu den Prioritäten bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags für Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen

- März 2023: Aufforderung zu Rückmeldungen zur Annahme von Leitlinien zum Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen und **Änderung des Prioritätenpapiers von 2008** sowie **Themenpapier „A dynamic and workable effects based approach to abuse of dominance"**

- August-Oktober 2024: Konsultation mit Veröffentlichung des Entwurfs der Leitlinien zum Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen **(„Leitlinien-Entwurf der KOM")**

- Bis Ende 2025: (geplante) Veröffentlichung der finalen Version der Leitlinien

- Aber:
  - Wesentliche Urteile seit August 2024 ergangen und noch im Leitlinien-Entwurf der KOM zu berücksichtigen
  - (Überwiegend kritischer) Input aus Konsultation noch zu berücksichtigen

Art. 102 AEUV

Leitlinien-Entwurf der KOM: Wesenticher Inhalt

- **Kernstück: „Spezifisch rechtliche Tests“ (Rz. 47 mit Verweis auf Superleague-Urteil)**

  „Wenn also eine bestimmte Verhaltensweise die Voraussetzungen eines spezifischen rechtlichen Tests erfüllt, kann davon ausgegangen werden, dass sie missbräuchlich sein könnte, da sie nicht unter den Leistungswettbewerb fällt und geeignet ist, Verdrängungswirkungen zu entfalten.“

- **Zweistufigkeit (?)**
  - Abweichung vom „Leistungswettbewerb“ (Rz. 49ff.): Definition?
  - **Eignung, Verdrängungswirkungen zu entfalten (Rz. 59ff.)**
    - Kategorisierung für Beweislast (Rz. 60 mit vielen Unterpunkten)
      - Verhaltensweisen, bei denen Nachweis für die Eignung zu Verdrängungswirkungen erforderlich ist
      - Verhaltensweisen, bei denen vermutet wird, dass sie die Eignung zu Verdrängungswirkungen haben (mit Widerlegbarkeit)
      - „reine Beschränkungen“ (mit geringen Chancen auf Widerlegbarkeit)
    - Maßstab für Eignung, Verdrängungswirkungen zu entfalten: nicht nur hypothetisch, aber auch nicht tatsächlich (Rz. 61-67)
    - Elemente für Beurteilung der Eignung, Verdrängungswirkungen zu entfalten (Rz. 68-75)

Art. 102 AEUV

Leitlinien-Entwurf der KOM: Wesentlicher Inhalt

- **„Spezifisch rechtliche Tests“ sollen gelten für folgende Verhaltensweisen (Rz. 76ff.)**
  - Ausschließlichkeitsbindungen (Rz. 78ff.)
  - Koppelung und Bündelung (Rz. 84ff.)
  - Lieferverweigerung („essential facility“) (Rz. 96ff.)
  - Kampfpreise (Rz. 107ff.)
  - Kosten-Preis-Schere (Rz. 121ff.)

  → Beweiswürdigung soll der Beweiskraft einer Vermutung gebührend Rechnung tragen und den Umstand widerspiegeln, dass das fragliche Verhalten ein hohes Potenzial hat, Verdrängungswirkungen zu entfalten (vgl. Rz. 60 lit. b (ii)).

- **„Spezifisch rechtliche Tests“ sollen <u>nicht</u> gelten für folgende Verhaltensweisen (Rz. 137ff.)**
  - Bedingte Rabatte (Rz. 138ff.)
  - Bündel- oder Paketrabatte (Rz. 152ff.)
  - Selbstbevorzugung (Rz. 156ff.)
  - Zugangsbeschränkungen im Unterschied zur Lieferverweigerung (Rz. 163ff.)

Art. 102 AEUV

Leitlinien-Entwurf der KOM: Bewertung

- **Rechtsprechung gibt Vermutungsregelungen nicht her**
  - Verweis in Leitlinien-Entwurf der KOM zur Begründung der Vermutungsregelungen ist „dünn“ (Superleague-Urteil):
  - Rückkehr zum „form-based approach“ oder auch nur zum „workable effects-based approach“ über die Einführung von Leitlinien darf nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung stehen
- **Kategorisierung für Beweislast führt zu Problemen**
  - Abgrenzung der verschiedenen missbräuchlichen Verhaltensweisen oftmals nicht eindeutig
  - Unterschiedliche Bewertung nicht immer nachvollziehbar
  - Missbräuchliche Verhaltensweisen erfüllen häufig mehr als eine Kategorie
  - Keine Lösung für neuartige Missbräuche
- **Ergebnis**
  - Leitlinien-Entwurf der KOM in dieser Form ungeeignet, Ziele der KOM zu erreichen
  - Vermutungsregelungen besser wegzulassen

Art. 102 AEUV und deutsches Recht

Vermutungen

- **Leitlinien-Entwurf der KOM: Vermutungen sollen Nachweis von Auswirkungen erleichtern**

- **Vergleich mit BRD:**
  - Vermutungen für Marktbeherrschung bei Erreichen bestimmter Marktanteilsschwellen
  - Keine Vermutungen zum Nachweis von Auswirkungen
  - BGH: AEC-Test nicht standardmäßig erforderlich, insbesondere nicht bei Ausschließlichkeitsbindungen (vgl. BGH, 3. Juni 2020, KVZ 44/19 – Eventim, Rz. 6): „Denn anders als bei einem Rabatt folgt die Verdrängungswirkung bei einer Ausschließlichkeitsbindung bereits aus Bindungsgrad (Gesamt- oder Teilbedarf) und Laufzeit der vertraglichen Verpflichtung selbst sowie der Marktstärke des bindenden Unternehmens gegebenenfalls im Zusammenhang mit der Verbreitung solcher oder auch vergleichbarer Vereinbarungen auf dem Markt.“

- **Bewertung: Ansatz im Leitlinien-Entwurf der KOM zu weitgehend**
  - Für Regelung von Vermutungen bräuchte es Gesetzgebungsmaßnahmen
  - Allerdings generell nicht sinnvoll, für einen Marktmachtmissbrauch Vermutungen zum Nachweis von Auswirkungen gesetzgeberisch festzulegen; es sollten immer die Umstände des Einzelfalls relevant sein

Art. 102 AEUV

Fazit

- Art. 102 AEUV muss praktikabel angewendet werden können, wenn effektive Missbrauchskontrolle gewünscht ist
- Bisherige Erfahrungen mit Verfahren auf EU-Ebene bestätigen Anwendungsdefizite und erklären Wunsch der KOM nach praktikablerer Anwendung
- Verfahren auf nationaler Ebene häufig etwas „einfacher“ und kürzer, allerdings auch Beispiele für sehr lange Verfahren („Facebook-Saga“; Lufthansa/Condor und Deutsche Bahn-Verfahren)
- Leitlinien-Entwurf der KOM ist Versuch, ohne gesetzliche Änderung Verfahren wieder „in den Griff zu bekommen“
- Aber: Kritik an Leitlinien-Entwurf der KOM ist berechtigt, insbesondere mit Blick auf das Kernstück, nämlich die neuen Vermutungsregelungen („spezifisch rechtliche Tests“)

RECHTSPRECHUNG

Art. 102 AEUV

Wichtige Urteile mit Aussagen zu den Nachweisanforderungen zur Auswirkung vor Veröffentlichung des Leitlinien-Entwurfs der KOM

Intel (Treuerabatte): EuGH (Große Kammer), 6. Sept. 2017, C-413/14 P), Rz. 142-144*:

„142 Im vorliegenden Fall hat die **Kommission** in der streitigen Entscheidung, obgleich sie hervorgehoben hat, dass die fraglichen Rabatte bereits aufgrund ihres Wesens geeignet gewesen seien, den Wettbewerb zu beschränken, so dass eine Analyse sämtlicher Umstände des Einzelfalls und insbesondere ein AEC-Test nicht erforderlich seien, um einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung festzustellen […], eine eingehende Prüfung dieser Umstände vorgenommen, bei der sie […] **sehr detaillierte Ausführungen zu der von ihr im Rahmen des AEC-Tests vorgenommenen Analyse gemacht hat**, die sie zu der […] Schlussfolgerung veranlasste, dass ein ebenso leistungsfähiger Wettbewerber Preise hätte anwenden müssen, die nicht rentabel gewesen wären, und sich infolgedessen die streitige Rabattpraxis dahin hätte auswirken können, dass der Wettbewerber verdrängt werde.

143 Daraus folgt, dass dem AEC-Test in der streitigen Entscheidung eine tatsächliche Bedeutung für die von der Kommission vorgenommene Beurteilung der Frage zukam, ob die in Rede stehenden Rabatte geeignet waren, sich dahin auszuwirken, dass ebenso leistungsfähige Wettbewerber verdrängt werden.

144 Unter diesen Umständen war das **Gericht verpflichtet, das gesamte Vorbringen von Intel zu diesem Test zu prüfen**.“

→ Wenn KOM AEC-Test anwendet, muss Gericht prüfen, ob AEC-Test richtig angewandt wurde.

*Hervorhebungen nicht im Original.

Art. 102 AEUV

Wichtige Urteile mit Aussagen zu den Nachweisanforderungen zur Auswirkung vor Veröffentlichung des Leitlinien-Entwurfs der KOM

Servizio Elettrico Nazionale (Atypischer Missbrauch): EuGH (5. Kammer), 12. Mai 2022, C-377/20, Rz. 50-52*:

„50 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in Bezug auf die Verdrängungspraktiken, zu denen die in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten behaupteten Verhaltensweisen gehören, aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervorgeht, dass solche Praktiken namentlich nur dann als missbräuchlich eingestuft werden können, **wenn sie geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen** (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 154 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51 Macht ein beherrschendes Unternehmen im Verwaltungsverfahren, gestützt auf Beweise, geltend, dass sein Verhalten nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken, hat die betreffende Wettbewerbsbehörde folglich **zu prüfen, ob das fragliche Verhalten unter den Umständen des konkreten Falles tatsächlich geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken** (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. September 2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 138 und 140).

52 In diesem Zusammenhang sind die Wettbewerbsbehörden gemäß dem **Anspruch auf rechtliches Gehör**, der nach ständiger Rechtsprechung einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstellt, der anwendbar ist, wann immer eine Verwaltung beabsichtigt, gegenüber einer Person eine sie beschwerende Maßnahme zu erlassen, insbesondere **verpflichtet, das betroffene Unternehmen anzuhören, was bedeutet, dass sie mit aller gebotenen Sorgfalt die Erklärungen des betroffenen Unternehmens zur Kenntnis nehmen und sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls, insbesondere die von dem Unternehmen vorgelegten Beweise, untersuchen** (vgl. entsprechend Urteil vom 16. Oktober 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, Rn. 39 bis 42).

69 Wie in Rn. 50 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, setzt die Missbräuchlichkeit der Praktiken, die Gegenstand der Ausgangsrechtsstreitigkeiten sind, voraus, dass sie geeignet waren, die Verdrängungswirkungen zu entfalten, auf deren Grundlage die streitige Entscheidung beruht.“

→ Wenn Unternehmen Beweise vorlegt, muss Behörde diese prüfen.

*Hervorhebungen nicht im Original

Art. 102 AEUV

Wichtige Urteile mit Aussagen zu den Nachweisanforderungen zur Auswirkung vor Veröffentlichung des Leitlinien-Entwurfs der KOM

Unilever (Ausschließlichkeitsbindungen): EuGH (5. Kammer), 19. Jan. 2023, C-680/20, Rz. 42, 57, 62*:

„42 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 […].

57 Ein derartiger Test kann aber insbesondere bei bestimmten nicht tarifären Praktiken wie z.B. einer Lieferverweigerung unangemessen sein oder wenn der fragliche Markt durch hohe Zugangsschranken geschützt ist. **Im Übrigen ist ein solcher Test nur eine von mehreren Methoden, mit der beurteilt werden kann, ob eine Praxis geeignet ist, Verdrängungswirkungen zu entfalten**, wobei diese Methode zudem nur den Preiswettbewerb berücksichtigt. Insbesondere kann die Verwendung anderer Ressourcen als derjenigen, die den Leistungswettbewerb regeln, durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung unter bestimmten Umständen ausreichen, um das Vorliegen eines solchen Missbrauchs festzustellen (vgl. auch in diesem Sinne Urteil vom 12. Mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale u. a., C-377/20, EU:C:2022:379, Rn. 78).

62 Nach alledem ist auf die zweite Frage zu antworten, dass Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass eine Wettbewerbsbehörde bei Vorliegen von Ausschließlichkeitsklauseln in Vertriebsverträgen verpflichtet ist, für die Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung **unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände** und **insbesondere unter Berücksichtigung der gegebenenfalls von dem Unternehmen in beherrschender Stellung vorgelegten wirtschaftlichen Analysen** in Bezug auf die fehlende Eignung der in Rede stehenden Verhaltensweisen, Wettbewerber, die ebenso leistungsfähig sind wie es selbst, vom Markt zu verdrängen, nachzuweisen, dass diese Klauseln den Wettbewerb beschränken können. **Die Anwendung des Tests des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers ist fakultativ. Werden die Ergebnisse eines solchen Tests jedoch von dem betreffenden Unternehmen im Verwaltungsverfahren vorgelegt, so ist die Wettbewerbsbehörde verpflichtet, deren Beweiswert zu prüfen.**“

→ Wenn Unternehmen AEC-Test vorlegt, muss Behörde auf diesen eingehen.

*Hervorhebungen nicht im Original

Art. 102 AEUV

Wichtige Urteile mit Aussagen zu den Nachweisanforderungen zur Auswirkung vor Veröffentlichung des Leitlinien-Entwurfs der KOM

Superleague (missbräuchl. Zugangsregeln): EuGH (Große Kammer), 21. Dez. 2023, C-333/21, Rz. 129, 130*:

129 Damit in einem konkreten Fall angenommen werden kann, dass ein Verhalten als „missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ einzustufen ist, bedarf es in der Regel des **Nachweises**, dass dieses **Verhalten** durch den Einsatz anderer Mittel als derjenigen eines Leistungswettbewerbs zwischen Unternehmen **tatsächlich oder potenziell eine Einschränkung dieses Wettbewerbs bewirkt**, indem ebenso leistungsfähige Wettbewerber von dem oder den betroffenen Märkten verdrängt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. März 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, Rn. 25) oder indem ihre Entwicklung auf diesen Märkten verhindert wird, […].

130 Dieser Nachweis, **der je nach der Art des Verhaltens, um das es in einem konkreten Fall geht, verschiedene Prüfungsschemata umfassen kann,** muss jedoch **stets unter Würdigung aller relevanten tatsächlichen Umstände** geführt werden (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. April 2012, Tomra Systems u. a./Kommission, C-549/10 P, EU:C:2012:221, Rn. 18, und vom 19. Januar 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, Rn. 40), […]. **Außerdem muss**, gestützt auf genaue und konkrete Analyse- und Beweiselemente, **der Nachweis dafür erbracht werden, dass das Verhalten zumindest geeignet ist, Verdrängungswirkungen zu erzeugen** (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. Januar 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, Rn. 42, 51 und 52 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

→ KOM leitet hieraus Prüfungsschema für Vermutungswirkungen ab; EuGH betont aber auch, dass es auf alle relevanten Umstände ankommt und KOM nachweisen muss, dass Eignung zu Verdrängungswirkung vorliegt.

*Hervorhebungen nicht im Original

Art. 102 AEUV

Wichtige Urteile mit Aussagen zu den Nachweisanforderungen zur Auswirkung nach Veröffentlichung des Leitlinien-Entwurfs der KOM

Google Shopping (Selbstbevorzugung): EuGH (Große Kammer), 10. Sept. 2024, C-48/22, Rz. 165, 266*:

„165 Damit in einem konkreten Fall angenommen werden kann, dass ein Verhalten als „missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ im Sinne von Art. 102 AEUV einzustufen ist, **bedarf es in der Regel des Nachweises, dass dieses Verhalten** durch den Einsatz anderer Mittel als derjenigen eines Leistungswettbewerbs zwischen Unternehmen **tatsächlich oder potenziell eine Einschränkung dieses Wettbewerbs bewirkt**, indem ebenso leistungsfähige Wettbewerber von dem oder den betroffenen Märkten **verdrängt** werden oder indem ihre Entwicklung auf diesen Märkten verhindert wird, […] (Urteil vom 21. Dezember 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, Rn. 129 und die dort angeführte Rechtsprechung). […]

266 Im Übrigen hat die Kommission, da sie die Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV nachweisen muss, **den Missbrauch einer beherrschenden Stellung anhand verschiedener Kriterien zu beweisen**, indem sie u.a. den „As-Efficient-Competitor-Test“ anwendet, sofern dieser relevant ist, wobei ihre Beurteilung seiner Relevanz gegebenenfalls der Kontrolle durch den Unionsrichter unterliegt.“

→ KOM muss nachweisen, dass Verhalten tatsächlich oder potenziell Auswirkungen hat; As-Efficient-Competitor-Test kann (aber muss nicht) Kriterium für Nachweis sein.

*Hervorhebungen nicht im Original

Art. 102 AEUV

Wichtige Urteile mit Aussagen zu den Nachweisanforderungen zur Auswirkung nach Veröffentlichung des Leitlinien-Entwurfs der KOM

Intel II (Treuerabatte): EuGH (5. Kammer), 24. Okt. 2024, C-240/22 P, Rz. 176, 179, 328*:

176 Consequently, in order to find, in a given case, that conduct must be categorised as ‘abuse of a dominant position’, it is necessary, as a rule, to demonstrate, through the use of methods other than those which are part of competition on the merits between undertakings, **that that conduct has the actual or potential effect of restricting that competition by excluding equally efficient competing undertakings from the market or markets concerned or by hindering their growth on those markets** (judgment of 21 December 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011, paragraph 129 and the case-law cited). […]

179 That being so, the demonstration that conduct has the actual or potential effect of restricting competition, which may entail the use of different analytical templates depending on the type of conduct at issue in a given case, must be made, in all cases, in the light of all the relevant factual circumstances, irrespective of whether they concern the conduct itself, the market or markets in question or the functioning of competition on that market or those markets. **That demonstration must, moreover, be aimed at establishing, on the basis of specific, tangible points of analysis and evidence, that that conduct, at the very least, is capable of producing exclusionary effects (judgment of 21 December 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011, paragraphs 129 and 130 and the case-law cited).**

328 In the first place, it must be borne in mind that **it is for the Commission to prove the infringements of the competition rules** which it has found and to adduce evidence capable of demonstrating to the requisite legal standard the existence of the constituent elements of an infringement (see, to that effect, judgments of 6 January 2004, *BAI and Commission* v *Bayer*, C-2/01 P and C-3/01 P, EU:C:2004:2, paragraph 62, and of 16 February 2017, *Hansen & Rosenthal and H&R Wax Company Vertrieb* v *Commission*, C-90/15 P, EU:C:2017:123, paragraph 26).

→ Verhalten muss tatsächlich oder potenziell Auswirkungen haben; Nachweis obliegt KOM.

*Hervorhebungen nicht im Original

Art. 102 AEUV

Wichtige Urteile mit Aussagen zu den Nachweisanforderungen zur Auswirkung nach Veröffentlichung des Leitlinien-Entwurfs der KOM

„Android-Auto“ (Lieferverweigerung): EuGH (Große Kammer), 25. Feb. 2025, C-233/23, Rz. 54-57*:

54 Damit in einem konkreten Fall angenommen werden kann, dass ein Verhalten als „missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ im Sinne von Art. 102 AEUV einzustufen ist, **bedarf es in der Regel des Nachweises, dass dieses Verhalten durch den Einsatz anderer Mittel als derjenigen eines Leistungswettbewerbs zwischen Unternehmen tatsächlich oder potenziell eine Einschränkung dieses Wettbewerbs bewirkt, indem ebenso leistungsfähige Wettbewerber von dem oder den betroffenen Märkten verdrängt werden oder indem ihre Entwicklung auf diesen Märkten verhindert wird**, […].

55 **Die Einstufung der Verhaltensweise eines Unternehmens in beherrschender Stellung als missbräuchlich hängt nicht von dem Nachweis ab, dass, wenn die Verhaltensweise eines solchen Unternehmens auf die Verdrängung seiner Wettbewerber vom betreffenden Markt angelegt ist, dies auch erreicht worden ist und es folglich auf dem Markt zu einer konkreten Verdrängungswirkung gekommen ist.** Art. 102 AEUV soll nämlich die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen ahnden, **unabhängig davon, ob sich eine solche Ausnutzung als erfolgreich erwiesen hat oder nicht** (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale u. a., C-377/20, EU:C:2022:379, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung). […].

57 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 (vgl. Urteil vom 19. Januar 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

→ Nachweis des Erfolgs des Missbrauchs ist nicht erforderlich; aber mehr als bloße Annahme ist erforderlich.

*Hervorhebungen nicht im Original

ANHANG

Partnerin, Kartellrecht/Compliance

Gleiss Lutz

Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München
T +49 89 21667-220
M +49 172 7103868
E petra.linsmeier@gleisslutz.com

Einer der führenden Berater im Kartellrecht (über 50 Jahre)“
JUVE Handbuch 2024/2025

„One of the Leading Individuals in Competition/European Law“
Chambers Global 2024

„Empfohlen für Kartell- und Wettbewerbsrecht“
Handelsblatt / Best Lawyers in Germany 2024/2025

„Antitrust Lawyer of the Year“
Legal 500 2025

KOMPETENZEN

Petra Linsmeier ist Leiterin der Fachgebietsgruppe Kartellrecht von Gleiss Lutz. Sie berät regelmäßig nationale und internationale Mandanten im deutschen und europäischen Kartellrecht. Ihre Schwerpunkte liegen in der Beratung zum Kartellverbot und Marktmachtmissbrauch sowie in der Fusionskontrolle. Petra Linsmeier verfügt außerdem über langjährige Erfahrung bei internen Ermittlungen sowie in der Compliance-Beratung.

AUSGEWÄHLTE REFERENZMANDATE

- **Deutsche Bahn** in Ermittlungsverfahren des Bundeskartellamtes wegen angeblichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Plattformvertrieb (Verteidung gegenüber Bundeskartellamt, Vertretung vor den Gerichten).
- **Europäischer Konsumgüterhersteller** in zwei Bußgeldverfahren vor der französischen Kartellbehörde (betreffend Informationsaustausch und Preisbindung) sowie internen Ermittlungen in 20 Jurisdiktionen
- **Europäischer Spielwarenhersteller, europäischer Sportartikelhersteller sowie Elektronikgerätehersteller** in allen kartellrechtlichen Fragen, insbesondere vertriebs- und kartellrechtlichen Fragen (u.a. zu Brand Bidding, selektivem Vertrieb, Importbeschränkungen, Onlinevertrieb, Plattformvertrieb, internen Sicherungsmechanismen zum Informationsaustausch, Preisbindungsthemen, Handelsvertretermodellen sowie hybriden Vertriebsmodellen)
- **Europäischer Chiphersteller** in Bußgeldverfahren der Europäischen Kommission betreffend Smart Card Chips (interne Ermittlungen sowie Vertretung vor Europäischer Kommission)
- **Japanischer Hersteller optodigitaler Produkte** in internen Ermittlungen in mehreren europäischen Ländern wegen vertikaler Preisbindung, Informationsaustausch und Digitalthemen
- **Medienkonzern** in allen kartellrechtlichen Fragen (u.a. Beiladung zu Google-Android-Verfahren vor der Europäischen Kommission; Vertretung vor Bundeskartellamt zu mehreren Zusammenschlüssen im Medienbereich, Compliance-Schulungen)
- **Medizintechnikhersteller** in Ermittlungsverfahren der Europäischen Kommission wegen angeblichen kartellrechtswidrigen Abkaufs von Wettbewerb (Unterstützung bei Durchsuchung, internen Ermittlungen sowie erfolgreiche Verteidigung)
- **Slowakischer Chemiehersteller** in Bußgeldverfahren der Europäischen Kommission betreffend Rubber Chemicals (interne Ermittlungen nach Durchsuchung, erfolgreiche Verteidigung)
- **Internationaler Autobatteriehersteller** in Bußgeldverfahren der Europäischen Kommission betreffend Automotive Starter Batteries (interne Ermittlungen sowie Vertretung vor Europäischer Kommission)

Standorte

Gleiss Lutz

Berlin

Washingtonplatz 3
10557 Berlin
Deutschland

T +49 30 800979-0
F +49 30 800979-979

Frankfurt

Taunusanlage 11
60329 Frankfurt
Deutschland

T +49 69 95514-0
F +49 69 95514-198

München

Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München
Deutschland

T +49 89 21667-0
F +49 89 21667-111

Brüssel

Rue de Loxum 25
1000 Brüssel
Belgien

T +32 2 551-1020
F +32 2 551-1039

Metaverse

Gleiss Lutz
42,-55 Decentraland

Düsseldorf

Dreischeibenhaus 1
40211 Düsseldorf
Deutschland

T +49 211 54061-0
F +49 211 54061-111

Hamburg

Görtz-Palais
Neuer Wall 86
20354 Hamburg
Deutschland

T +49 40 460017-0
F +49 40 460017-28

Stuttgart

Lautenschlagerstraße 21
70173 Stuttgart
Deutschland

T +49 711 8997-0
F +49 711 855096

London

125 Old Broad Street
London EC2N 1AR
Vereinigtes Königreich

T +44 20 71709-800

www.gleisslutz.com

Disclaimer | Die Inhalte in dieser Präsentation sind vertraulich und ausschließlich für den internen Gebrauch bestimmt. Sie dienen lediglich zu Informationszwecken. Wir übernehmen keine Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität der dargestellten Inhalte. Die Verwendung der Inhalte erfolgt auf eigene Verantwortung des Nutzers. Die Darstellung der Inhalte in der Präsentation zu Seminarzwecken erfolgt nicht öffentlich. Gleiss Lutz behält sich sämtliche Nutzungsrechte an den Inhalten vor. Die Vervielfältigung, Verbreitung und/oder öffentliche Wiedergabe der Inhalte ist untersagt.