
Case Study aus Sicht der Schweiz

DGRI, 26. Drei-Länder-Treffen, Universität Krems, 28. Juni 2019

Dr. Monique Sturny

walderwyss rechtsanwälte

Agenda

- Schweizer Kartellrecht – Überblick
- Digitale Plattformen
- Einsatz von Preisalgorithmen
- Schweizer Besonderheiten im Vertrieb
- Fazit

Schweizer Kartellrecht – Überblick

Schweizer Kartellrecht – Überblick

- **Drei Säulen**, analog zu EU-Recht, aber mit Besonderheiten:

- **Wettbewerbsabreden**

- Abredebegriff in Art. 4 Abs. 1 KG
- Unzulässige Abreden in Art. 5 KG

- **Missbrauch Marktbeherrschung**

- Marktbeherrschung in Art. 4 Abs. 2 KG
- Missbrauchstatbestände in Art. 7 KG

- **Zusammenschlusskontrolle**

- Zusammenschluss in Art. 4 Abs. 3 KG
- Aufgreifschwelle in Art. 9 KG und Eingriffschwelle in Art. 10 Abs. 2 KG

Schweizer Kartellrecht – Überblick

- **Direkte Sanktionen (Art. 49a KG):**
 - bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes
 - Adressat: Konzerngesellschaft in CH, z.B. bei Verstoss ausländischer Muttergesellschaft (z.B. BVGer i.S. Nikon)
 - bei horizontalen Abreden über Preise, Mengen, Gebiete, Geschäftspartner (Vermutungstatbestände nach Art. 5 Abs. 3 KG)
 - bei vertikalen Abreden über Preisbindung und absoluten Gebietsschutz (Art. 5 Abs. 4 KG)
 - bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG)

Schweizer Kartellrecht – Überblick

- Schweizer Kartellrecht – seit jeher ein «Late Adopter»
- Europakompatibilität, sofern keine sachlichen Gründe oder systembedingten Gründe für eine Abweichung bestehen
 - Gründe? z.B. Grösse der Volkswirtschaft, Systemunterschied
 - Aber keine konsistente Praxis, z.B. Rechtsunsicherheit hinsichtlich Anlehnung an F&E GVO und TT GVO
- Letzte Revision gescheitert 2012
- Neue Anläufe:
 - «Fair-Preis-Initiative»
 - Revision einzelner Punkte, u.a. Zusammenschlusskontrolle
 - «Digitale Themen» noch nicht im Vordergrund, «Wait and see-Strategie»

Digitale Plattformen

Marktmacht digitaler Plattformen

- Trend zu stärkerer Regulierung
 - Argument: Marktmacht digitaler Plattformen schwer zu brechen, starke Anreize zu wettbewerbswidrigem Verhalten
- Gründe? Eigenschaften digitaler Plattformen:
 - Extreme Skaleneffekte wegen Fixkostendegression
 - Direkte u. indirekte Netzwerkeffekte führen zu «market-tipping»
 - Zugang zu Daten als zentraler Faktor und damit als Marktzutrittsschranke
- Aber auch: disruptive Märkte durch Innovationswettbewerb

Marktmacht digitaler Plattformen

- Auswahl international diskutierter Vorschläge:
 - sektorspezifische Regulierung
 - Entwicklung eines «**Code of competitive conduct**» für Unternehmen mit «**strategic market status**» (Furman Report)
 - EU-Vorschlag für «**platform-to-business regulation**»
 - **Datenportabilität** ermöglichen
 - **Interoperabilität** fördern
 - **Datenzugang** ermöglichen (künftig GVO für Data sharing und pooling)
 - Marktbeherrschende Plattformen, welche Marktplätze schaffen, müssen ein «**level playing field**» schaffen

Marktmacht digitaler Plattformen

- **Würdigung aus Sicht der Schweiz**
 - Art. 7 KG offen formuliert, ergänzend greift oft auch Art. 5 KG
 - Z.B.: BVGer i.S. *SIX / DCC*: Missbrauch Marktbeherrschung durch:
 - Verweigerung der Offenlegung von Schnittstelleninformationen
 - Koppelung von Dienstleistungen
 - Aber: sehr lange und ressourcenbindende Verfahren
 - Datenportabilität fehlt in der Schweiz (aber auch Art. 20 DSGVO bisher ohne Wirkung)
 - Sektorspezifische Regulierungen und «codes of conduct» vielversprechend, aber für die Schweiz verfrüht

Zusammenschlusskontrolle im Bereich digitaler Plattformen

Problemstellung : Digitale Plattform kauft Unternehmen ...

- welches **potentiell ein wichtiger Konkurrenten** hätte werden können
Bsp.: Kauf KMU durch digitale Plattform
- welches der Plattform eine **starke Position in einem benachbarten Markt verschafft**
Bsp.: Kauf Werbetechnologieunternehmen durch digitale Plattform
- in benachbartem Markt, welches Marktposition der Plattform in **beiden Märkten festigt**
Bsp.: Privater Taxi-Vermittlungsdienst kauft Airport-Limousinen-Portal

Zusammenschlusskontrolle im Bereich digitaler Plattformen

Aufgreifkriterien: Massnahmen und Vorschläge in anderen Ländern:

- **Transaktionsschwellenwerte (DE, ÖR):** Gemischte Erfahrungen?
- **Meldepflicht bei «Strategic market status»:** Meldepflicht für sämtliche Akquisitionen durch marktbeherrschende Unternehmen mit strategischer Marktstellung (Furman Report)
 - Gewisse Ähnlichkeit mit Art. 9 Abs. 4 KG
 - Aber: Meldepflicht für alle Märkte, auch beim Kauf von Unternehmen auf benachbarten, nicht überlappenden Märkten

Zusammenschlusskontrolle im Bereich digitaler Plattformen

Aufgreifkriterien: Würdigung aus Sicht der Schweiz?

- **Umsatzbasierte Meldeschwellen** sehr hoch
- Art. 9 Abs. 4 KG kein wirksames Korrektiv
- Aber: **Marktstrukturmissbrauch** (Art. 7 KG)
- Senkung Meldeschwelle wird diskutiert
 - Zunächst Nachweis, in welchen Fällen der traditionelle Umsatzschwellenwert ungenügend war
 - Transaktionsschwellenwert: Erfahrungen im Ausland werden beobachtet

Zusammenschlusskontrolle im Bereich digitaler Plattformen

Eingreifkriterien: Vorschläge im Ausland

- Erfassung **konglomerater Effekte** (Verbund- oder Portfolioeffekte):
 - Vorschlag «Competition Policy for the Digital Era»:
 - Prüfungsschema ähnlich wie bei horizontalen Zusammenschlüssen
 - Befinden sich Käufer und Zielgesellschaft im gleichen «technologischen Ökosystem»?
 - Vorschlag Furman Report:
 - «Balance of harms test»
 - mehr vorausschauend
 - technologische Entwicklung berücksichtigend

Zusammenschlusskontrolle im Bereich digitaler Plattformen

Eingreifkriterien: Würdigung aus Sicht der Schweiz?

- Konglomerate Effekte werden im Rahmen des Marktbeherrschungstests geprüft (z.B. RPW 2016/1, S. 319, Rz 186, S. 331, Rz 258 ff., *SRF/Swisscom/Ringier*)
- Untersagung aufgrund konglomerater Effekte kaum je möglich; müssten zur Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen
- Wechsel zu SIEC-Test wird derzeit diskutiert
- Anpassung Prüfschema für Erfassung konglomerater Effekte?

Zusammenschlusskontrolle im Bereich digitaler Plattformen

Eingreifkriterien: Würdigung aus Sicht der Schweiz?

- Berücksichtigung technologischer Entwicklungen in der gegenwärtigen Praxis, z.B.:
 - RPW 2015/3, 526 ff. Rz. 144 ff., *JobCloud/JobScout24*
 - RPW 2016/1, S. 319, Rz 186, S. 331, Rz 258 ff., *SRF/Swisscom/Ringier*
 - RPW 2018/3, S. 663, Rz 358 ff., *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*
- Vorausschauende Beurteilung mit Zeithorizont von ca. 3 Jahren

Einsatz von Preisalgorithmen

Einsatz von Preisalgorithmen im vertikalen Bereich

- **Risiko unzulässiger Preisbindung zweiter Hand** bei Algorithmen-gestütztem Monitoring der Verkaufspreise der Vertriebspartner (Vermutung in Art. 5 Abs. 4 KG)
- Voraussetzungen für **Preisempfehlungen (UVP)**:
 - klare Kennzeichnung als **unverbindlich**
 - keinerlei **Druck** ausüben oder **Anreize** (z.B. wirtschaftliche Vorteile) setzen, damit UVP befolgt werden.

Einsatz von Preisalgorithmen im vertikalen Bereich

- Folgende Umstände können dazu führen, dass die WEKO UVP untersucht (Aufgreifkriterien):
 - UVP für Endkunden nicht allgemein zugänglich
 - Preisniveau deutlich höher als im benachbarten Ausland
 - Befolgung der UVP durch einen bedeutenden Teil der Händler
- Keine neuartigen Probleme durch den Einsatz von Algorithmen, sondern lediglich effizientere Durchsetzung einer ohnehin unzulässigen Abrede

Einsatz von Preisalgorithmen als horizontale Abrede

- Art. 4 Abs. 1 KG
 - **Wettbewerbsabrede**
 - **Abgestimmte Verhaltensweise**
- Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken
- **Konsens:** explizites oder konkludent (nach OR)
- **Informationsaustausch** erfasst (ASCOPA)
- Abgrenzung: **Zulässig:**
 - Stillschweigende Kollusion («tacit collusion»)
 - Blosses Parallelverhalten

Einsatz von Preisalgorithmen als horizontale Abrede

1. Zwecks Umsetzung einer getroffenen Wettbewerbsabrede

- klare Qualifikation als Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG

2. In Form eines Hub-and-Spoke-Kartells (z.B. EuGH i.S. *Eturas*)

- Frage der **Kenntnis** der bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung
- Vermutung des Vorliegens einer Abrede bei Kenntnis
- Abrede liegt vor, wenn der Einsatz der Software verabredet wurde oder eine gemeinsame Konditionensetzung erfolgte

Einsatz von Preisalgorithmen als horizontale Abrede

3. Unternehmen setzen unabhängig voneinander Preisalgorithmen ein

- Es kommt zu **Parallelverhalten** ohne ausdrückliche oder konkludente Einigung
- Stillschweigende Kollusion («**tacit collusion**»)
- Es liegt keine Abrede oder abgestimmte Verhaltensweise vor i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG

4. M2M, selbstlernende Algorithmen

- Selbstlernender Algorithmus lernt, konstant suprakompetitive Preise zu verlangen, ohne miteinander zu kommunizieren.
- Ist bereit, auch ungünstige Strategien auszutesten
- Resultiert oftmals in einer Kollusion

Einsatz von Preisalgorithmen als horizontale Abrede

- Erweiterung des Abredebegriffs auf «tacit collusion»?
 - Würde in der Schweiz eine Gesetzesänderung bedingen
 - Nach hier vertretener Ansicht abzulehnen:
 - Stillschweigen genügt nicht
 - Schluss von blossem Marktverhalten auf Abrede geht zu weit
 - Gleichförmiges Verhalten allein kann nicht ausreichen

Einsatz von Preisalgorithmen als horizontale Abrede

- Volle Haftung für Handlungen selbstlernender Algorithmen?
 - Software ersetzt menschliches Verhalten
 - Vorschläge in der Schweizer Lehre:
 - **Monitoring- und Eingriffspflichten** (so insbes. Prof. A. Heinemann)
 - **Einführung einer Vermutung einer abgestimmten Verhaltensweise** beim Einsatz eines selbstlernenden Algorithmus, welcher eine koordinierte Preisänderung vornimmt mit dem Algorithmus eines Wettbewerbers

Schweizer Besonderheiten beim Vertrieb

Relevante Schweizer Erlasse zum Vertrieb

- **Vertikalbekanntmachung der WEKO (VertBek) vom 28. Juni 2010** (Stand: 22. Mai 2017), ersetzte die VertBek vom 2. Juli 2007
 - Lehnt sich an EU Vertikal-GVO (VO 330/2010, ABl 2010 L 102/1) und EU Vertikalleitlinien (ABl 2010 C 130/1) an
 - Stellt sicher, dass «möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen» wie in der EU => aber: Verwirrung durch Gaba/Elmex: GVOs nicht anwendbar
 - Aber: Systemunterschied zum EU-Recht; dadurch weniger Rechtssicherheit
- **Erläuterungen zur VertBek vom 12. Juni 2017**
- **KFZ-Bekanntmachung vom 29. Juni 2015**: revidierte KFZ-Bekanntmachung; Divergenzen zum EU-Recht
- **Erläuterungen zur KFZ-Bekanntmachung vom 29. Juni 2015**

Gebietsschutz und Parallelimporte

Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG)

«Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.»

- Sehr weit: Entscheid i.S. **BMW** (BGE 144 II 194), bestätigt Entscheid i.S: **Gaba/Elmex** (BGE 143 II 297):
 - «auswirken kann» genügt (tatsächliche Wirkung irrelevant)!
 - Intensität wird erst bei der materiellen Prüfung geprüft

Gebietsschutz und Parallelimporte


- Grundsatz: **Beschränkung des Gebiets**, in welches der Abnehmer die Produkte verkaufen darf, ist unzulässig
- Ausnahmen:
 - **Aktivverkäufe** in ein Exklusivgebiet dürfen untersagt werden
 - Ein Exklusivgebiet ist ein Gebiet, das sich der Lieferant selbst vorbehalten oder exklusiv einem anderen Abnehmer zugewiesen hat.
- **ABER: Passivverkäufe** dürfen niemals untersagt werden (Art. 5 Abs. 4 KG)
- **Behinderung von Parallelimporten in die Schweiz: per se Erheblichkeit** (BGer i.S. *Gaba/Elmex, BMW*)

Gebietsschutz und Parallelimporte: Importverbote / Bezugspflichten

Analog zu BVGer i.S. Nikon (B-581/2012)



Gebietsschutz und Parallelimporte: Importverbote / Bezugspflichten

- **Importverbot** in Form einer **Bezugspflicht**, die den Vertriebspartner verpflichtet, **die Produkte nur im Inland zu beziehen**:
 - Indirekte Form der Gebietszuweisung
 - Beschränkt Parallelimporte aus dem Ausland
-  **Unzulässiger Gebietsschutz (Art. 5 Abs. 4 KG)**
- Ungeklärte Fragen:
 - Muss der Bezug tatsächlich **weltweit** möglich sein?
 - Welche Bezugspflichten sind **noch zulässig**?

Dr. Monique Sturny, Rechtsanwältin, LL.M.
monique.sturny@walderwyss.com
Direkt: +41 58 658 56 56

walderwyss rechtsanwälte