

---

# Revisionsbedarf des Schweizer Kartellrechts aufgrund digitaler Herausforderungen

Studienvereinigung Kartellrecht, Arbeitsgruppe Schweiz, Arbeitssitzung  
mit CLIC, Universität Bern, 21. Juni 2019, Bern

Dr. Monique Sturny

---

**walderwyss** rechtsanwälte

# Schwerpunkte

---

- Internationale Entwicklungen
- Besteht ein Revisionsbedarf in der Schweiz?  
Ausgewählte Aspekte
  - Verhaltenskontrolle und Regulierung von Plattformen
  - Zusammenschlusskontrolle
  - Abredebegriff beim Einsatz von Preisalgorithmen
- Fazit

# Internationale Entwicklungen



# Internationale Entwicklungen

---

- **Competition policy for the digital era**, Report Crémer / de Montjoye / Schweitzer, April 2019
- **Unlocking digital competition**, Report of the Digital Competition Expert Panel, März 2019 (Furman Report)
- **Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen**, Schweitzer / Haucap / Kerber / Welker, August 2018 (BMW i Endbericht)

# Internationale Entwicklungen

---

- Trend zu stärkerer Regulierung
  - Argument: Marktmacht digitaler Plattformen schwer zu brechen, starke Anreize zu wettbewerbswidrigem Verhalten
- Gründe?
  - 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

# Besteht ein Revisionsbedarf in der Schweiz?



# Besteht ein Revisionsbedarf?

---

- Polarisierende und divergierende Haltungen:
    - Forderung nach Regulierung analog zu Infrastrukturmärkten
    - Forderung nach «laisser-faire», «competition for the market» genügt
    - Vermittelnde Haltung, z.B. Furman Report: Forderung nach ...
      - erweiterten Regeln für marktbeherrschende Plattformen gegen missbräuchliche Verhaltensweisen und zwecks Erleichterung von Markteintritten
      - einfacheren Wechsellmöglichkeiten für Konsumenten, offenen Standards, einfacherem Zugang zu Daten
      - mehr Flexibilität, mehr Vorhersehbarkeit und schnelleren Verfahren
      - weiter vorausschauender Zusammenschlusskontrolle, mehr auf Innovation fokussierend
- ➡ Frage: Widersprüchliche Zielsetzungen? Sind diese Ziele realistisch?

# Revisionsbedarf – Verhaltenskontrolle und Regulierung von Plattformen

---

- Diskutierte Vorschläge für 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



# Revisionsbedarf – Verhaltenskontrolle und Regulierung von Plattformen

---

- Diskutierte Vorschläge für Ausdehnung oder Neuinterpretation des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung:
  - **Vorschlag Einführung neuer Kategorie Intermediationsmacht**
  - Ausdehnung des Marktbeherrschungsbegriffs auf **relative Marktmacht** (BMWi Endbericht), u.a.
    - Abhängigkeit von Transaktionsplattform als Vertriebsweg kann erfasst werden wo Marktbeherrschung nur mit grossem Aufwand nachgewiesen werden könnte
    - Behinderung des Multi-Homing bei Tipping-geneigten Märkten lässt sich früher erfassen

# Revisionsbedarf – Verhaltenskontrolle und Regulierung von Plattformen

---

- Würdigung aus Sicht der Schweiz
  - Erfassung durch Art. 7 KG meist möglich (s. z.B. BVGer i.S. *SIX / DCC*), ergänzend teils auch durch Art. 5 KG
  - Umkehrung der Prüfreihefolge (Art. 7 KG / Art. 4 Abs. 2 KG) abzulehnen
  - Nachweis von Fällen, bei denen Art. 7 KG zu spät eingreift?
  - Datenportabilität fehlt in der Schweiz (aber auch Art. 20 DSGVO bisher ohne Wirkung)
  - Sektorspezifische Regulierung z.B. für Datenzugang sinnvoll, aber zunächst Entwicklungen abwarten

# Revisionsbedarf – Zusammenschlusskontrolle

---

Problemstellung : Marktbeherrschende Plattform kauft Unternehmen ...

- welches **potentiell ein wichtiger Konkurrenten** hätte werden können  
Bsp.: Kauf *Instagram* durch *Facebook*; Kauf innovativer KMUs («Killer acquisitions»)
- welches der Plattform eine **starke Position in einem benachbarten Markt verschafft**  
Bsp.: Kauf Werbetechnologieunternehmen *DoubleClick* durch *Google*
- in benachbartem Markt, welches Marktposition der Plattform in **beiden Märkten festigt**  
Bsp.: Kauf *Youtube* durch *Google*, Kauf *WhatsApp* durch *Facebook*

# Revisionsbedarf – Zusammenschlusskontrolle

---

**Aufgreifkriterien:** Massnahmen und Vorschläge in anderen Ländern:

- **Transaktionsschwellenwerte (DE, ÖR):** Aber gemischte Erfahrungen:
  - Fehlende Rechtssicherheit
  - Viel Aufwand durch Meldung unproblematischer Zusammenschlüsse
- **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

# Revisionsbedarf – Zusammenschlusskontrolle

---

## **Aufgreifkriterien:** Würdigung aus Sicht der Schweiz?

- **Umsatzbasierte Meldeschwellen** sehr hoch
- Art. 9 Abs. 4 KG kein wirksames Korrektiv
- Aber: **Marktstrukturmissbrauch** (Art. 7 KG)
- Besteht ein Revisionsbedarf?
  - Senkung Schwellenwerte?
    - Zunächst Nachweis, in welchen Fällen der traditionelle Umsatzschwellenwert ungenügend war
    - Transaktionsschwellenwert: gemischte Erfahrungen im Ausland
  - Viele offene Fragen zu einer generellen Meldepflicht für Unternehmen mit «strategischem Marktstatus»

# Revisionsbedarf – Zusammenschlusskontrolle

---

## Eingreifkriterien:

- 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

# Revisionsbedarf – Zusammenschlusskontrolle

---

## 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 und Anpassung Prüfschema für konglomerate Effekte sinnvoll
  - «Balance of harms test» mangels Prognostizierbarkeit kritisch einzustufen

# Revisionsbedarf – Zusammenschlusskontrolle

---

## 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*
  - Weiter vorausschauende Beurteilung nicht sinnvoll, da Zeithorizont von > 3 Jahren wohl nicht prognostizierbar



# Revisionsbedarf – Abredebegriff

---

## Einsatz von Preisalgorithmen

### 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

# Revisionsbedarf – Abredebegriff

---

## 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

# Revisionsbedarf – Abredebegriff

---

- Erweiterung des Abredebegriffs auf «tacit collusion»?
  - Würde 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

# Revisionsbedarf – Abredebegriff

---

- Volle Haftung für Handlungen selbstlernender Algorithmen?
  - Software ersetzt menschliches Verhalten
  - Vorschläge:
    - **«Compliance by design»** (so insbes. M. Vestager)
    - **Monitoring- und Eingriffspflichten** (so z.B. Prof. A. Heinemann)
    - **Einführung einer Vermutung einer abgestimmten Verhaltensweise** beim Einsatz eines selbstlernenden Algorithmus, welcher eine koordinierte Preisänderung vornimmt mit dem Algorithmus eines Wettbewerbers

# Fazit zu den ausgewählten Aspekten

# Fazit zu den ausgewählten Aspekten

---

- «Market-tipping» in Plattformmärkten nicht bloss ein Scheinproblem
  - Ringen nach angemessener Reaktion
  - Keine grundsätzliche Änderung des Instrumentariums im Bereich Art. 7 KG
  - Ergänzung des Kartellrechts durch sektorspezifische Regulierung (u.a. betr. Data sharing, Interoperabilität, Datenportabilität) vielversprechend, aber Gefahr der innovationshemmenden Überregulierung
- Bereich Zusammenschlussmeldung:
  - Notwendigkeit einer Senkung der Meldeschwellen ist eingehend zu prüfen
  - Wechsel zu SIEC-Test und modernisierte Erfassung konglomerater Effekte sinnvoll
- Keine Ausweitung des Abredebegriffs auf «tacit collusion», aber Verantwortlichkeit für Handlungen selbstlernender Algorithmen sinnvoll (Monitoring- und Eingriffspflichten)

---

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

---

walderwyss rechtsanwälte