



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO  
Commission de la concurrence COMCO  
Commissione della concorrenza COMCO  
Competition Commission COMCO

# **Fair-Preis Initiative und Gegenvorschlag – Wohin führt die Reise, welche Fragen stellen sich?**

Prof. Dr. Patrik Ducrey  
26. Juni 2020



# Übersicht

	Relative Marktmacht	auch auf Nachfrageseite und auch im Inland	Reimportklausel	Geo-blocking	Sanktion
Initiative	✓	✓	✓	✓	✗
Gegenvorschlag BR	✓	nur Marktmacht auf Angebotsseite; nur Bezug im Ausland	✗	✗	✗
Gegenvorschlag NR	✓	✓	✓	✓	✗

**Roundtable Fair-Preis-Initiative  
Operationalisierung des Begriffs des  
Missbrauchs relativer Marktmacht**

**Arbeitssitzung**

Center for the Law of Innovation and Competition, Bern

26. Juni 2020

Mani Reinert



# INHALT



Implikationen der relativen Marktmacht  
Relative Marktmacht  
Konkretisierung Missbrauch  
Verhaltensauflagen  
Verfahrensmässige Operationalisierung

# IMPLIKATIONEN DER RELATIVEN MARKTMACHT

- Ausdehnung des Kreises der von Art. 7 KG betroffenen Unternehmen.
- Die meisten Unternehmen werden sich nicht bewusst sein, dass sie selbst relativ marktmächtig sind (wird auch vom Parlament anerkannt).
- Da relative Marktmacht auf interne Verhältnisse des Anspruchstellers abstellt, ist eine Präventiv-Compliance für das relativ marktmächtige Unternehmen schwierig/nicht praktikabel.
- Die aus dem Missbrauchskatalog von Art. 7 KG von der Praxis abgeleiteten Verhaltensnormen entsprechen z.T. normalem Leistungswettbewerb (z.B. Preisdifferenzierung, Preisunterbietung unter Kosten, Bündelangebote).
- Gefahr des Missbrauchs der WEKO als Verhandlungsinstrument.
- Die Kategorie des Missbrauchs der relativen Marktmacht muss operabel bleiben. Sie darf keine Willkürregulierung werden, die nur durch Opportunitätsprinzip begrenzt wird.

# RELATIVE MARKTMACHT ALLGEMEINES

- Erfordernis der Marktabgrenzung bleibt.
- Relative Marktmacht besteht **nur gegenüber einzelnen Unternehmen**. Wenn ein Anbieter gegenüber Unternehmen B relativ marktmächtig ist, ist er es nicht ohne Weiteres auch gegenüber C.
- Zwei Voraussetzungen für relative Marktmacht:
  - **Keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten:** Diese fehlen, wenn keine alternative Angebote zur Verfügung stehen, die Bedürfnisse objektiv in gleicher Weise befriedigen, so dass mit dem Ausweichen **gewichtige/erhebliche Wettbewerbsnachteile** verbunden sind.
  - **Keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten:** Diese fehlen, wenn Inanspruchnahme der Ausweichmöglichkeiten unverhältnismässig belastend ist **bzw. Wettbewerbsfähigkeit gefährdet**. Keine Unzumutbarkeit bei selbst herbei geführter Abhängigkeit.

# RELATIVE MARKTMACHT GRENZEN

- Nur **vertikale Verhältnisse** erfasst (keine Übernahme des Konzepts des überlegenen Marktmacht).
- **Wettbewerbsbehinderung** des Anspruchstellers muss **gewichtig** sein. Nicht jeder noch so kleine Nachteil reicht aus.
- "Von juristischen Personen ist im Markt eine gewisse Flexibilität zu verlangen." (*HGer BE, HG 18 19, 12.5.4*). Fehlt diese, stellt sich die Frage einer unbeachtlichen selbstverschuldeten Abhängigkeit.
- Unternehmensbedingte Abhängigkeit: Nicht gegeben bei De-novo-Belieferungsanspruch.

# KONKRETISIERUNG MISSBRAUCH VORBEMERKUNGEN

- §20 Abs. 1 GWB beschränkt den Missbrauchskatalog im Wesentlichen auf Behinderung und Diskriminierung von abhängigen Unternehmen
- Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> i.V.m. Art. 7 KG weitet indessen den gesamten Missbrauchskatalog von Art. 7 KG auf relativ marktmächtige Unternehmen aus. Folgen:
  - Ausserhalb der Hochpreisinsel-Schweiz-Thematik ist unklar, welches Problem mit dieser Ausweitung bekämpft werden soll.
  - Die Befürworter des nationalrätlichen Entwurfs beschwerten sich primär über die im Vergleich zum Ausland höheren Preise, welches Problem aber schon vom indirekten Gegenvorschlag des Bundesrats adressiert wird.
  - Gewisse Tatbestände wie das Predatory Pricing passen konzeptionell nicht zur relativen Marktmacht, die vertikal konzipiert ist.

# KONKRETISIERUNG MISSBRAUCH VORBEMERKUNGEN

- Die Ausweitung des Missbrauchstatbestands muss praktisch operabel bleiben.
- Missbrauchsverbot relativer Marktmacht hat **nicht** die Funktion eines **einseitigen Sozialschutzes** (*Opel Blitz, Jaguar I*). **Kein Strukturschutz**.
- Bei den meisten Missbrauchstatbeständen verlangt die Schweizer Praxis nunmehr eine Wettbewerbsbeschränkung. Der Fokus muss deshalb darauf liegen, ob die untersuchte Verhaltensweise den **Wettbewerb gewichtig/erheblich** beschränkt.
- **Kausalität** des Missbrauchs für die Wettbewerbsbeschränkung erforderlich.
- "Von juristischen Personen ist im Markt eine gewisse Flexibilität zu verlangen." (*HGer BE, HG 18 19, 12.5.4*). → **Fokus auf Übergangsfristen** zur **Umstellung**, keine Perpetuierung von Verträgen
- Bei den sachlichen Rechtfertigungsgründen sind die Interessen aller Beteiligten und v.a. auch des Wettbewerbs gegeneinander abzuwägen.

# KONKRETISIERUNG MISSBRAUCH LIEFERVERWEIGERUNG

- Beispiele:
  - Hersteller will Vertriebssystem an veränderte Bedingungen anpassen:
    - Sinkendes Marktvolumen erfordert weniger Händler.
    - Entwicklung des Angebots in Richtung Premium. Die notwendigen Investitionen der Händler rechnen sich aber nur, wenn weniger Händler im Vertriebssystem tätig sind.
    - Beobachtung, dass mit weniger Händlern mehr Umsatz erzielt werden kann.
    - Feststellung, dass mit einem Händler drei Gebiete besser bearbeitet werden können als mit je einem Händler pro Gebiet.
    - Einführung einer quantitativen qualitativen Selektion.
  - Bauunternehmen hat neues Produkt entwickelt, welches von einzelnen Bauherren nun in Ausschreibung verlangt wird: Muss das Bauunternehmen nun für jeden Submittenten eine Subunternehmerofferte anbieten?
  - Hersteller erbringt Reparaturleistungen nur intern. Muss er nun neu unabhängige Reparaturdienstleister mit Ersatzteilen beliefern?

# KONKRETISIERUNG MISSBRAUCH LIEFERVERWEIGERUNG

- Beurteilung der Missbräuchlichkeit aufbauend auf den von der WEKO-Praxis aufgestellten Kriterien.
- Objektiv notwendiger Input:
  - Nicht gegeben, wenn der Anspruchsteller mittelfristig den Input aus anderer Quelle beschaffen oder seine Tätigkeit umstellen kann:
    - Z.B. Tätigwerden einer gekündigten autorisierten Werkstatt als unabhängige Werkstatt (*OLG Düsseldorf, 27.3.2019*)
    - Ersetzung bestimmter Markenartikel durch Eigenmarken bei Detailhändlern
  - Lieferverweigerung ist grundsätzlich nur während Übergangsfrist missbräuchlich (*Botschaft*): Je länger Kündigungsdauer ist, desto weniger ist Input objektiv notwendig (vgl. *Jaguar I*).
  - Die meisten De-novo-Lieferansprüche dürften aufgrund fehlender Abhängigkeit nicht gegeben sein (ausser bei Spitzenstellungsabhängigkeit).
- Gewichtige Wettbewerbsbeschränkung
  - Lieferverweigerung muss den Wettbewerb gewichtig beschränken.
  - Blosser Umstand, dass Anspruchsteller auf Input angewiesen ist, reicht grundsätzlich nicht aus.

# KONKRETISIERUNG MISSBRAUCH LIEFERVERWEIGERUNG

- Sachliche Rechtfertigungsgründe:
  - Anpassung des Vertriebs an niedrigeres Volumen oder Premiumanspruch (Hersteller muss frei sein, sein Vertriebsnetz anzupassen und Vertriebsstrategie zu ändern).
  - Vorwärtsintegration des Anbieters.
  - Lieferzwang darf Innovationsanreize nicht zerstören (vgl. Bauunternehmer-Beispiel).
  - Zulässigkeit der quantitativen Selektion bis 30% Marktanteil unter der Vertikal-Bekanntmachung.
  - Persönliche Zerwürfnisse zwischen Parteien (vgl. Praxis bei Autovertriebssystemen).

# KONKRETISIERUNG MISSBRAUCH TREUERABATTE/PREISDIFFERENZIERUNG

- Beispiele für "Treuerabatte"/personelle Preisdifferenzierung:
  - Exponentielles, retroaktives Rabattsystem, um Absatz anzukurbeln.
  - Rabatte über das gesamte Sortiment.
  - Anbieter gewährt aggressiv verhandelnden Abnehmern bessere Rabatte.
- Schwierigkeit der jetzigen Praxis zu Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG (v.a. *Post*):
  - Sehr grosses Gewicht auf Gleichbehandlung und Kostenrechtfertigung (*Post* Rz. 906)
  - Aspekt der Wettbewerbsbehinderung wird zu wenig gewichtet.
  - Einzelverhandlungslösungen sind mit dem Anschein der Willkür behaftet.
- Verbot der Preisdifferenzierung wäre problematisch:
  - Führt zu Preisstarrheit/Nivellierung der Preise nach oben (vgl. auch Online-Buchungsplattformen für Hotels, Rz. 156).
  - Vergrössert in Oligopolen Transparenz.
  - Erleichtert Verweigerung von besseren Konditionen durch marktmächtige Unternehmen.
  - Preisdifferenzierung ist Ausdruck von Wettbewerb.

# KONKRETISIERUNG MISSBRAUCH TREUERABATTE/PREISDIFFERENZIERUNG

- Beurteilung der Missbräuchlichkeit ausgehend von folgenden Kriterien:
- Ungleichbehandlung:
  - Keine absolute Gleichbehandlungspflicht.
  - Einzelverhandlungslösungen müssen grundsätzlich möglich bleiben ohne Pflicht zur Weitergabe der verbesserten Konditionen an alle.
- Gewichtige Wettbewerbsbeschränkung, z.B.
  - Foreclosure des Marktes durch De facto Alleinbezugspflicht.
  - Gezielte Verdrängungsabsicht mit Folge der Wettbewerbsbeschränkung.
- Sachliche Rechtfertigungsgründe
  - Gezielte Rabatte, um in bestimmten Segmenten Marktanteile zu gewinnen.
  - Bei einer Kostenrechtfertigung sind auch Skaleneffekte grosser Abnehmer zu berücksichtigen.
  - Gleichbehandlung von Händlern mit Blick auf das Marktpotenzial (urbane Zentren versus Randregionen).

# KONKRETISIERUNG MISSBRAUCH ART. 7 ABS. 2 BST. G E-KG

- Voraussetzung der Missbräuchlichkeit nach Art. 7 Abs. 2 Bst. g E-KG:
- Dortige Marktpreise:
  - Beim Preisvergleich sind Faktoren wie Bezugsmengen etc. zu beachten.
  - Unbeachtlichkeit von Abweichungen aufgrund von Individualverhandlungen (Migros kann nicht auf harten Verhandlungen von Aldi einen Free-Ride nehmen).
- Dortige branchenübliche Bedingungen: Es müssen nur die Bedingungen gewährt werden, die den lokalen Abnehmern gewährt werden:
  - Also z.B. keine Anschrift der Produkte nach den Schweizer Vorschriften, wenn diese von den lokalen abweichen.
  - Keine Direktbelieferung durch den Hersteller, wenn dieser lokal niemanden direkt beliefert.
- Gewichtige Wettbewerbsbeschränkung
  - Diskriminierung muss zu gewichtiger Wettbewerbsbeschränkung führen (Wettbewerbsnachteil gegenüber direkten Wettbewerbern)

# KONKRETISIERUNG MISSBRAUCH ART. 7 ABS. 2 BST. G E-KG

- Sachliche Rechtfertigungsgründe:
  - Höhere Schweizer Kosten.
  - Notwendigkeit, mit Schweizer Niederlassung Skaleneffekte zu erzielen (siehe *Botschaft*).
  - Notwendigkeit Investitionen zu amortisieren.
  - Tiefpreisigere Positionierung des Produkts im Ausland v. Premium-Positionierung in der Schweiz?
  - Höhere Schweizer Kaufkraft?

# VERHALTENS AUFLAGEN

- Keine direkten Sanktionen bei Missbrauch einer relativen Marktmacht.
- WEKO auferlegt bei Unzulässigkeit aber Verhaltensauflagen.
- Diese Verhaltensauflagen der WEKO unterliegen indirekten Sanktionen.
- Heutige Praxis der WEKO, weit formulierte Verhaltensauflagen zu machen, muss überdacht werden.
- Notwendigkeit der Begrenzung der Verhaltensauflagen:
  - Zeitlich (z.B. 5 Jahre): Intervention infolge relativer Marktmacht als Übergangslösung, innert der abhängiges Unternehmen Umstellung versuchen muss (*Botschaft*).
  - Persönlich (auf abhängiges Unternehmen)
  - Sachlich (auf den Streitgegenstand)

# VERFAHRENSMÄSSIGE OPERATIONALISIERUNG

- Potenziell grosse Anzahl von Fällen, die bei der WEKO angezeigt werden.
- Anzeige an WEKO ist fast immer billiger/attraktiver als Klage vor Gericht.
- Ressourcenproblem. Durchsetzung des übrigen Kartellrechts durch WEKO sollte nicht in den Hintergrund rücken.
- WEKO sollte nur Fälle aufgreifen, wo das Interesse am wirksamen Wettbewerb im Vordergrund steht und es um Leitfälle geht.
- WEKO-Verfahren sollten auf Anfangszeit beschränkt sein.
- Rechtsvereinheitlichung kann durch Gutachten der WEKO (KG 15 I) und Weiterzug ans BGer erfolgen.
- Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung vor Zivilgerichten müssen separat adressiert werden.



# STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT

**Mani Reinert**

mani.reinert@baerkarrer.ch



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

---

# Relative Marktmacht und Geoblocking – komparative Schlaglichter

Prof. Dr. Peter Georg Picht, LL.M. (Yale)



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

**Rechtswissenschaftliches Institut**

# I. Aktuelle Rechtsprechungslage in Deutschland



## Schwerpunkte BRD-Rspr. zur relativen Marktmacht 2015-2020

- Fortführender Kontrahierungszwang mit Autowerkstätten, -händlern, -tunern, -zulieferern insbes. infolge **autonomer Bezugskonzentration** (BGH 2015 Porsche-Tuning; 2016 Jaguar I; 2018 Jaguar II; OLG FFM 2019 Jaguar II; OLG Düsseldorf 2019 Kfz-Ersatzteile; LG Dortmund 2019 MQB-Hintersitzlehnen)
- **Spitzenstellungsabhängigkeit** im Koffersektor (BGH 2017 Rimowa)
- **Anzapfverbot** i.R.e. Unternehmensübernahme (BGH 2018 Hochzeitsrabatte)
- **Anwendbarkeit** neben **energierechtlichen Spezialnormen** bzgl. Tarifgestaltung (BGH 2017 Preisspaltung)
- **Bestpreisklauseln** in Hotelplattformverträgen (OLG Düsseldorf 2019 Enge Bestpreisklauseln II)
- **Kartellrechtlicher Zwangslizenzseinwand** bzgl. Designrecht (OLG Düsseldorf 2019 Kfz-Ersatzteile; BGH 2015 Porsche-Tuning)



## Eckpunkte Kontrahierungszwang

- **Fortführung** bestehender, vertikaler Geschäftsbeziehung
- Vorgelagerter **Fortführungsanspruch infolge Marktbeherrschung**: Knackpunkt markenspezifische Marktabgrenzung des Ressourcenmarktes
- Konnex zum **Vertriebskartellrecht**: Rechtsregeln z.B. über qualitativen Selektivvertrieb, Ersatzteil-Weiterverkaufsbeschränkungen als **Wertung** in der Interessenabwägung
- I.Erg. **Kontrahierungszwang** teils bejaht, teils verneint; Belieferungszwang ≠ Direktbelieferungszwang
- **Übertragbarkeit** der «Autofälle» auf andere Konstellationen?



## Eckpunkte Kontrahierungszwang

- Kriterien: **Vorliegen** einer unternehmensbedingten **Abhängigkeit**
  - Auch bei **autonomer Bezugskonzentration** möglich, nicht nur bei Vertragshändlern. Relevante autonome Bezugskonzentration aber nur, wenn Ausrichtung Geschäftsmodell **erheblich über eine bloss einseitige Spezialisierung hinausgeht**, etwa Erwerb besonderen, markenspezifischen Know-hows. Umstand, dass Abhängigkeit auf einseitigem, **autonomen Entschluss** des Abnehmers beruht, im Rahmen **Interessenabwägung** bei Billigkeitsprüfung zu **berücksichtigen**
  - Test: Anbieterwechsel nur unter **erheblichen Wettbewerbsnachteilen, Existenzmöglichkeit/Marktanteil** Anbieter **ausserhalb Vertriebsnetz** des Herstellers (z.B. «freie Werkstätten»)
  - Indikatoren: **Mehrmarkenvertrieb** vor Kündigung, erfolgreiche **Geschäftsfortführung** nach Kündigung (str.), spezifische **Investitionen, Goodwill**
  - **Beweislast** beim Unternehmen, das Abhängigkeit behauptet <> aber sekundäre Darlegungslast, wenn (i) Verfügbarkeit der relevanten Informationen und (ii) Darlegung zumutbar



## Eckpunkte Kontrahierungszwang

- **Interessenabwägung**
  - Grds. Recht, Geschäftsbeziehung zu beenden, insbes. **ordentliche Kündigung mit Umstellungsfrist**
  - **Quantitative Selektion** zur Ausdünnung des Vertriebsnetzes «im Regelfall» kein schutzwürdiges Interesse
  - Im **qualitativen Selektivvertrieb** zentral:
    - erfüllt abhängiges Unternehmen die **Qualitätskriterien**? Dann grds. Aufnahmezwang,
    - sofern nicht sachlicher Rechtfertigungsgrund ≈ **Kündigungsgrund** (aber wichtiger Grund i.S.e. ausserordentlichen Kündigung nicht erforderlich), etwa vertragswidriges Vorverhalten, aber nach BGH nicht vorgängige IPR-Verletzungen (zw.)
  - Bei **vertikaler Integration** des relativ Marktmächtigen: Grundsatz, dass Wettbewerber nicht zum eigenen Schaden gefördert werden müssen, gilt nicht absolut, jdf. nicht wenn Existenz etablierter Wettbewerber gefährdet (Monopolisierungstendenz)
  - Mit stärkerer **Abhängigkeit steigen** auch die **Anforderungen** an ein Beendigungsrecht
  - Bei **klar überwiegendem Interesse** des abhängigen Unternehmens genügt geringerer wirtschaftlicher Nachteil aus Beendigung der Geschäftsbeziehung



**Universität  
Zürich** UZH

**Rechtswissenschaftliches Institut**

## II. Relative Marktmacht als Instrument für Pionierkonstellationen?



## Pionierkonstellationen

- «**Datenabhängigkeit**» → Zugangsanspruch bzw. Einschränkungen in der Datenverwendung des Marktmächtigen
- «**Intermediationsmacht**» als Unterfall der relativen Nachfragemacht → verschärfte Kontrolle des Verhaltens von (digitalen) Plattformen (vgl. auch § 18 Abs. 3b E-GWB)
- «**Tipping**» → schärfere Kontrolle von Monopolisierungsverhalten auf Tipping-geneigten Märkten, z.B. bei starken Netzwerkeffekten (vgl. auch § 20 Abs. 3a E-GWB)
- Tendenz Berücksichtigung relMM-Faktoren als Marktbeherrschungsfaktoren i.S.d. **EU-Kartellrechts**



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

**Rechtswissenschaftliches Institut**

## III. Gehalt eines Geoblocking-Verbots

## Kerngehalte EU-GeoblockingVO – Zuschnitt Schweizer Recht

- Keine Erfassung reiner **Inlandssachverhalte**
- Nur **Endverbraucher** geschützt, diese aber keine (zwingende) **Aktivlegitimation** zur Durchsetzung
- **Urheberrechtsgüter** ausgeklammert, ebenso verschiedene **Marktsektoren** (z.B. Finanz, Gesundheit)
- Keine Sperrung von / einwilligungslose Umleitung auf **Online-Benutzeroberflächen** wegen StAG/Wohnsitz/Niederlassung
- Keine zwingend unterschiedlichen AGB für den **physischen Bezug** (aber auch per Online-Vertrieb) von **Waren/Dienstleistungen** an einem vom Anbieter bedienten MS-Ort wegen StAG/Wohnsitz/Niederlassung
  - Aber nicht-zwingende regionsspezifische AGB & Individualabreden (schwer realisierbar!) zulässig
- Keine zwingend unterschiedlichen **Zahlungsbedingungen** für die Nutzung angebotener elektronischer Zahlungsmethoden wegen StAG/Wohnsitz/Niederlassung/Ort Zahlungskonto etc.
- Hinsichtlich **passiver Verkaufsbeschränkungen** Vorrang ggü. VertikalGVO
- MS-basierter, unklarer **Durchsetzungsmechanismus**
  - *Der diskriminierungsfreie Einkauf im Online-Handel ist grundsätzlich zu gewährleisten, insbes. durch eine Bestimmung gegen unlauteren Wettbewerb.*
  - *Nach Verständnis des Bundesrates sieht die Initiative [...] die Einführung des grundsätzlichen Verbots des privaten Geoblockings nach Vorbild der Regelungen in der EU vor.*

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

**Prof. Dr. Peter Georg Picht, LL.M. (Yale)**

Center for Intellectual Property  
&  
Competition Law (CIPCO)



**Universität  
Zürich**<sup>UZH</sup>

**SCHELLENBERG**<sup>®</sup>  
WITTMER

[peter.picht@swlegal.ch](mailto:peter.picht@swlegal.ch)