

7 Wettbewerbspolitik

7.1 Ausgangslage

Auch vor dem Hintergrund der Digitalisierung ist es eine Aufgabe der Wettbewerbsbehörden, schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Das diesbezüglich im Fokus stehende Kartellgesetz (KG) wird in der Schweiz von der Wettbewerbskommission (WEKO) und ihrem Sekretariat vollzogen. Zu den Kernaufgaben der WEKO gehören die Bekämpfung von unzulässigen Wettbewerbsabreden, die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen sowie die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen. Demgegenüber ist es Aufgabe des Preisüberwachers, missbräuchliche Preise zu verhindern.

Durch die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft entstehen neue Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik.³⁷⁹ So weisen etwa digitale Plattformen und die mit ihnen verfolgten Geschäftsmodelle gewisse Besonderheiten im Unterschied zu traditionellen Angeboten auf (z.B. unentgeltliche Angebote, Netzwerkeffekte, Konzentrationstendenzen etc.). Diesbezüglich sind neue Herausforderungen in der Analyse von Wettbewerbs-Sachverhalten entstanden, vor allem bei der Marktabgrenzung sowie bei der Überprüfung von möglichen Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung. Letzteres kann etwa der Fall sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktmacht auf andere Märkte überträgt und dadurch Wettbewerber behindert. Schliesslich ist im Zuge der Digitalisierung auch ein Augenmerk auf die Zusammenschlusskontrolle sowie den Online-Handel und das sog. Geoblocking zu legen.

7.2 Digitale Plattformen

Bei der Digitalisierung der Wirtschaft spielen internetbasierte Plattformen wie Suchdienste, Handels- und Vermittlungsplattformen oder soziale Netzwerke eine entscheidende Rolle. Viele der jungen Unternehmen der digitalen Ökonomie, die in den vergangenen Jahren ins Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit gerückt sind, weisen eine Gemeinsamkeit auf: Ihr Geschäftsmodell besteht darin, zwei unterschiedliche Gruppen von Kunden (Nachfragergruppen) zur Teilnahme an einer Plattform zu bewegen und den beiden Gruppen über diese Plattform eine Transaktion mit der jeweils anderen Gruppe zu ermöglichen. Dabei generieren die Unternehmen ökonomischen Mehrwert, den sie mittels einer geeigneten Preisgestaltung monetarisieren.

Dies trifft für Auktions- und Verkaufsportale wie Ebay oder Amazon, die Käufer und Verkäufer zusammenführen, ebenso zu wie für Dating-Portale wie beispielsweise Tinder, die zwischen Interessierten neue Bekanntschaften vermitteln. Gleiches gilt für Online-Bezahlsysteme in der Art von Paypal, über die eine Zahlung zwischen Sender und Empfänger durchgeführt werden kann, und für Facebook, das Werbetreibenden oder Datenverwertern den Zugriff auf die Nutzer des von ihm betriebenen sozialen Netzwerks ermöglicht. Das Unternehmen Uber ist ein weiteres Beispiel für ein solches Geschäftsmodell, führt es doch Fahrgäste und Fahrer zusammen, um in der Folge die Erbringung einer Fahrdienstleistung zu ermöglichen. Airbnb als Vermittler zwischen Vermietern und Mietern schliesst die Reihe der Beispiele bei weitem nicht ab. Natürlich existieren auch in der klassischen Ökonomie Unternehmen, deren Tätigkeit darin

³⁷⁹ Für einen Überblick vgl. HAUCAP/STÜHMEIER, Competition and Antitrust in Internet Markets, in: BAUER/LATZER (Hrsg.), Handbook on the Economics of the Internet, 2016, S. 183-210; DEUTSCHE MONOPOLKOMMISSION, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, BT-Drucksache 17/5080 vom 01.06.2015; BLATTER, Digitalisierung – Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, in: sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2016, S. 378; EUROPEAN PARLIAMENT, Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, 2015.

besteht, zwei Gruppen zusammenzuführen und eine Transaktion zwischen beiden zu ermöglichen.³⁸⁰ Jedoch ist gerade das Internet prädestiniert zur Umsetzung einer solchen Geschäftsstrategie, da es zu geringen und entfernungsunabhängigen Kosten Interaktionen zwischen Individuen zulässt.

Die ökonomische Literatur setzt sich in etwa seit dem Jahr 2000 mit diesem Geschäftsmodell auseinander. Sie hat dafür den Begriff der zweiseitigen Märkte geprägt. Häufig wird auch von zweiseitigen Plattformen statt von zweiseitigen Märkten gesprochen.³⁸¹ Ein Charakteristikum zweiseitiger Märkte ist, dass der Nutzen einer Gruppe von Kunden, die eine bestimmte Plattform nutzen, mit der Grösse der anderen Gruppe von Kunden auf dieser Plattform steigt (oder auch fällt). In der Literatur wird dies mit dem Begriff der indirekten Netzwerkeffekte bezeichnet.³⁸² In der Tat ist davon auszugehen, dass potentielle Käufer auf einem Online-Shopping-Portal ein Interesse an einer höheren Zahl von Verkäufern haben, da sie so mit höherer Wahrscheinlichkeit das von ihnen gewünschte Produkt erwerben können. Umgekehrt haben die Verkäufer ein Interesse an einer höheren Zahl von Kunden, da sie ihre Produkte so mit höherer Wahrscheinlichkeit verkaufen können. Analog dazu ist der Nutzer eines Bezahlendienstes daran interessiert, diesen bei möglichst vielen Händlern zur Bezahlung einsetzen zu können, und vice versa. Bei den anderen oben genannten Beispielen gelangt man zu ähnlichen Einsichten.

Als unmittelbare Konsequenz der indirekten Netzwerkeffekte übt die eine Seite des Marktes eine Externalität auf die andere Seite des Marktes aus. So wirkt sich die Entscheidung eines Verkäufers, auf einem bestimmten Online-Shopping-Portal aktiv zu sein, auf den erwarteten Nutzen eines Käufers aus. Damit wirkt sich die Teilnahmeentscheidung des Verkäufers auch auf die Teilnahmeentscheidung des Käufers aus. Diese Externalität wird von den jeweiligen Marktseiten in ihrem Entscheidungskalkül jedoch nicht berücksichtigt und führt zu einer Ineffizienz, welche nur durch die Plattform beseitigt werden kann. Mittels ihrer Preisgestaltung, die die Teilnahmeentscheidung beider Seiten beeinflusst, kann die Plattform nämlich die externen Effekte internalisieren, die Ineffizienz beseitigen und so Handelsgewinne erzeugen. Die zentrale Herausforderung für die Plattform ist hierbei, einerseits die beiden Gruppen zu einer Teilnahme an der Plattform zu bewegen und andererseits beide Nachfragen optimal aufeinander abzustimmen.

Es sind wiederum die indirekten Netzwerkeffekte, die dazu führen, dass zentrale Einsichten, die für klassische Märkte gelten, und in der Folge als Leitlinie für die Wettbewerbspolitik gedient haben, bei zweiseitigen Märkten nicht mehr unmittelbar anwendbar sind. Als Beispiel sei die Beziehung zwischen Preis und Grenzkosten genannt. Während bei klassischen Märkten in der Situation vollkommener Konkurrenz Gleichheit zwischen beiden Grössen herrscht, sodass Abweichungen von dieser Beziehung als Zeichen einer Wettbewerbsverzerrung gewertet werden können, ist dies bei zweiseitigen Märkten nicht notwendigerweise der Fall. Da Plattformen in vielen Fällen von beiden Nachfragergruppen unterschiedliche Preise verlangen, ist es sinnvoll, eine Unterscheidung zwischen Preisniveau und Preisstruktur vorzunehmen. Das

³⁸⁰ Man denke etwa an Zeitungen (Leser und Werbetreibende), Makler (Käufer und Verkäufer) oder Kreditkarten (Händler und Kunden).

³⁸¹ Gemäss der ökonomischen Literatur kann unter folgenden Bedingungen eine für Wettbewerbsbehörden relevante Zweiseitigkeit eines Marktes auftreten: (1) es existiert eine Firma, die zwei Arten von Gütern oder Dienstleistungen anbietet, (2) es existieren zwei unterschiedliche Gruppen von Nachfragern, die unterschiedliche Güter oder Dienstleistungen erwerben, (3) es liegen indirekte Netzwerkeffekte bei mindestens einer Gruppe vor, die die Nachfragen der beiden Gruppen miteinander verbinden und (4) der Markt ist so strukturiert, dass keine direkten Verhandlungen zwischen den beiden Nachfragergruppen stattfinden können, vgl. dazu FILISTRUCCHI/GERARDIN/VAN DAMME, Identifying two-sided markets, in: World Competition, 36(1), 2013, S. 33–59.

³⁸² Vgl. BELLEFLAMME/PEITZ, Industrial Organization, 2010, S. 628. Bei *direkten* Netzwerkeffekten steigt im Unterschied dazu der Nutzen eines Kunden mit der Grösse der Nutzergruppe auf derselben Seite des Marktes.

Preisniveau entspricht der Summe der von beiden Nachfragergruppen (beispielsweise pro Transaktion) bezahlten Preise. Die *Preisstruktur* macht eine Aussage darüber, welche Nachfragergruppe davon wieviel zahlt. Ein wesentliches Merkmal zweiseitiger Märkte ist, dass die Teilnahmeentscheidungen und das Transaktionsvolumen bei konstantem Preisniveau von der Preisstruktur abhängen. Dies impliziert, dass auch die allokativen Effizienz der Plattform – also der Grad der Internalisierung der Netzwerkeffekte – bei fixem Preisniveau mit der Preisstruktur variiert.³⁸³

Das Verständnis des Kalküls bei der Preissetzung in zweiseitigen Märkten ist zentral. So kann beispielsweise gezeigt werden, dass ein Plattformmonopolist das *Preisniveau* gemäss einer Formel setzt, die analog zur Lerner-Formel für Monopole bei klassischen Märkten interpretiert werden kann.³⁸⁴ Weiter hängt die *Preisstruktur* von der Grösse der indirekten Netzwerkeffekte ab.³⁸⁵ Je grösser der indirekte Netzwerkeffekt, den beispielsweise Gruppe A auf Gruppe B ausübt, desto geringer wird der Preis sein, den Gruppe A zu zahlen hat. Dies erklärt die bereits erwähnte Beobachtung, dass die beiden Nachfragergruppen häufig unterschiedliche Preise zahlen. Ein Beispiel ist Facebook, das von Werbetreibenden Gebühren verlangt, während die Nutzer kostenlos Profile auf Facebook eröffnen können. Hier üben offensichtlich die Nutzer hohe indirekte Netzwerkeffekte auf die Werbetreibenden aus. Hingegen ist davon auszugehen, dass die Werbetreibenden im Vergleich dazu niedrige, wenn nicht sogar negative Netzwerkeffekte bei den Nutzern bewirken. Je nach Verhältnis der Netzwerkeffekte kann die Preisstrategie sogar so sein, dass eine Marktseite subventioniert wird, während die andere einen Preis bezahlen muss.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Preisstruktur der Plattform von den Preiselastizitäten beider Nachfragegruppen, von der Stärke und dem Verhältnis der indirekten Netzwerkeffekte, sowie von dem Ausmass an Wettbewerb zwischen den Plattformen abhängt.³⁸⁶ Im Ergebnis entsprechen die Preise, die eine Marktseite zahlt, selbst bei Wettbewerb nicht den Grenzkosten, die diese Seite bei der Plattform verursacht. Da die Preissetzung auf beiden Seiten aber voneinander abhängt, kann die Preissetzung der beiden Seiten nicht separat betrachtet werden.³⁸⁷ Deshalb besteht bei der Analyse von Wettbewerbsproblemen bei einer Abstützung auf die in klassischen Märkten gewonnenen Erkenntnisse das Risiko von Fehleinschätzungen. Was heisst dies nun für den Vollzug des Wettbewerbsrechts?

7.2.1 Marktabgrenzung

Zunächst können die beschriebenen Besonderheiten von zweiseitigen Märkten die Marktabgrenzung³⁸⁸ beeinflussen. Dies ist in der Regel der Ausgangspunkt einer Analyse der Wettbe-

³⁸³ ROCHET/TIROLE, Two-sided markets: A progress report, in: The RAND Journal of Economics, 37(3), S. 645–667, 2006.

³⁸⁴ Vgl. FN 383.

³⁸⁵ ROCHET/TIROLE, Platform competition in two-sided markets, in: Journal of the European Economic Association, 1(4), S. 990–1029, 2003.

³⁸⁶ Vgl. FN 383.

³⁸⁷ Vgl. EVANS, The antitrust economics of multi-sided platform markets, in: Yale Journal on Regulation, 20(2), S. 325–81, 2003.

³⁸⁸ Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden, vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4).

werbssituation. Nach der Identifikation eines zwei- oder mehrseitigen Marktes ist zunächst abzuwägen, ob *ein* relevanter Markt, der den gesamten zweiseitigen Markt umfasst, definiert wird oder ob dieser auf *zwei oder mehr* miteinander verbundene Märkte aufzuteilen ist.³⁸⁹

Die Tatsache, dass eine Nachfrageseite für die Nutzung einer Plattform unter Umständen nichts bezahlt, ist kein Grund, diese nicht als Marktbeziehung anzusehen und bei der Definition des relevanten Marktes ausser Acht zu lassen. Erstens zahlt diese Marktseite häufig implizit doch einen Preis, beispielsweise in Form von Nutzungsdaten oder der Zurverfügungstellung privater Daten, die die andere Nachfragegruppe für Werbezwecke verwenden kann. Zweitens ist die Tatsache, dass eine Marktseite nichts zahlen muss, gerade Ausdruck einer bestimmten, für die Plattform optimalen Preisstruktur. Sie spielt im Optimierungsproblem der Plattform offensichtlich eine so wertvolle Rolle, dass die Plattform diese Seite mit möglichst niedrigen Kosten anziehen will. Konsistent dazu werden in der Praxis der WEKO unentgeltliche Leistungen einer Plattform grundsätzlich als Marktaktivität angesehen.

Weiter kann der für die Abgrenzung relevanter Märkte häufig herangezogene preisbezogene Marktangrenztest «Small but significant and nontransitory increase in price» Test (SSNIP-Test)³⁹⁰ in Fällen von zweiseitigen Märkten nicht ohne weiteres angewandt werden.³⁹¹ Dies einerseits deshalb, weil eine Nutzergruppe häufig gar keinen (monetären) Preis für die Nutzung einer Plattform bezahlt. Da Plattformen zudem in der Regel (unterschiedliche) Preise für die unterschiedlichen Nachfragergruppen setzen, ist bei der Anwendung des SSNIP-Tests unklar, welche(r) Preis(e) betrachtet werden soll(en). Schliesslich wird die Anwendung des SSNIP-Tests auch dadurch erschwert, dass die Preissetzung auf beiden Seiten eines Marktes voneinander abhängt und nicht separat betrachtet werden kann. Der Einsatz des SSNIP-Tests stellt die Wettbewerbsbehörden in Bezug auf zweiseitige Märkte deshalb vor verschiedene Herausforderungen, die bei der Marktangrenztest berücksichtigt werden müssen.

7.2.2 Marktmacht

Überlegungen im Zusammenhang mit Marktmacht spielen eine grosse Rolle bei der wettbewerbsrechtlichen Betrachtung von zweiseitigen Märkten. Dies resultiert einerseits daraus, dass zweiseitige Märkte aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte zu einer hohen Marktkonzentration tendieren und die Möglichkeit besteht, dass Märkte «kippen» bzw. sich eine einzige Plattform als dominierender Anbieter durchsetzt.³⁹² Hier bestehen gewisse Parallelen zu natürlichen Monopolen.³⁹³ Die Position von Google oder Facebook kann als Resultat solcher

³⁸⁹ Vgl. dazu FILISTRUCCHI/GERARDIN/VAN DAMME/AFFELDT, Market definition in two-sided markets: Theory and practice, in: Journal of Competition Law & Economics, 10(2), S. 293-339, 2014.

³⁹⁰ Beim SSNIP-Test wird die Frage gestellt, ob die Nachfrager als Reaktion auf eine angenommene kleine, aber signifikante, dauerhafte Erhöhung der relativen Preise (im Bereich zwischen 5 % und 10 %) für die betreffenden Produkte auf verfügbare Substitute ausweichen würden. Vgl. dazu MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, S. 102ff., 2004.

³⁹¹ Vgl. FILISTRUCCHI/GERARDIN/VAN DAMME/AFFELDT, Market definition in two-sided markets: Theory and practice, in: Journal of Competition Law & Economics, 10(2), S. 293-339, 2014; HAUCAP/STÜHMEIER, Competition and Antitrust in Internet Markets, in: BAUER/LATZER (Hrsg.), Handbook on the Economics of the Internet, S. 183-210, 2016.

³⁹² Die Ökonomen Evans und Schmalensee haben verschiedene Determinanten für die Konzentration in zweiseitigen Märkten vorgeschlagen, vgl. EVANS/SCHMALENSEE, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, in: Competition Policy International, (3) 1, S. 151-179, 2007. Vgl. dazu auch HAUCAP/STÜHMEIER, Competition and Antitrust in Internet Markets, in: BAUER/LATZER (Hrsg.), Handbook on the Economics of the Internet, S. 183-210, 2016.

³⁹³ Von einem natürlichen Monopol spricht man, wenn ein einziges Unternehmen einen ganzen Markt (aufgrund von hohen Fixkosten) zu tieferen Gesamtkosten bedienen kann als zwei oder mehr Unternehmen dies könnten. Als Beispiele für natürliche Monopole können Versorgungsunternehmen, bei denen sehr hohe Fixkosten für den Aufbau eines Netzes anfallen, genannt werden (z. B. Energie- und Wasserversorgungsnetze).

Geschehnisse interpretiert werden. Zum anderen dürfte die – zumindest aus klassischer Perspektive Anlass zur Besorgnis gebende – teilweise vorkommende Divergenz zwischen Preis und Grenzkosten Anlass für eine kritische Betrachtung sein.

Weitere Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik liegen im Umgang mit dem stetig und schnell wachsenden Datenvolumen, der Heterogenität der Datenformate und der Komplexität und Verlinkung der Daten (*Big Data*). In vielen Fällen wird befürchtet, dass sich Unternehmen durch die Akquisition und die Verarbeitung von Nutzerdaten eine marktbeherrschende Stellung verschaffen und damit den Wettbewerb beeinträchtigen können.³⁹⁴

Bei der Beurteilung von Marktmacht ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Dominanz einer einzelnen Plattform aus ökonomischer Sicht eine effiziente Lösung sein kann, da so die Netzwerkeffekte maximiert werden.³⁹⁵ So profitieren die beiden Nachfragergruppen potentiell davon, wenn die jeweilige Gegenseite sich ausnahmslos auf der gleichen Plattform aufhält. Dies kann die Auswirkungen einer Dominanz aus ökonomischer Sicht relativieren.

Zudem kann eine vordergründig dominante Stellung einer Plattform durchaus anfechtbar sein, etwa aufgrund tiefer Markteintrittsbarrieren oder wechselnder Nutzerpräferenzen. Digitale Märkte sind teilweise auch durch eine hohe Dynamik gekennzeichnet und heute dominante Anbieter können ihre Stellung unter Umständen rasch zu Gunsten von neuen, innovativen Anbietern einbüßen. Schliesslich können auch tiefe Wechselkosten für Nutzer bzw. die Möglichkeit des sog. Multi-Homing – d.h. eine Nachfragergruppe ist parallel auf mehr als einer Plattform aktiv – Konzentrationstendenzen relativieren.³⁹⁶ Diese und ähnliche Aspekte müssen bei der Beurteilung der Marktstellung von dominanten Plattformen im Einzelfall berücksichtigt werden und können die aktuelle Marktmacht einer Plattform aus wettbewerbspolitischer Sicht relativieren. Die Europäische Kommission (EU-Kommission) hat etwa im Fall Microsoft/Skype den durch den Zusammenschluss entstehenden Marktanteil von ungefähr 90% im Bereich Videotelefonie als *nicht* kritisch angesehen, weil dieser Markt aufgrund niedriger Markteintrittsschranken und wechselnder Nutzerpräferenzen als weiterhin angreifbar charakterisiert wurde.³⁹⁷

Datenschutz und Wettbewerbsrecht

Welches sind die Berührungspunkte zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Datenschutz? Das deutsche Bundeskartellamt (BKartA) etwa hat am 2. März 2016 ein Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstoss eröffnet. Die Verwendung rechtswidriger Nutzungsbedingungen durch Facebook könne gemäss BKartA einen sogenannten Konditionenmissbrauch gegenüber den Nutzerinnen und Nutzern darstellen.³⁹⁸ Mit dem Aufbau von Big Data entstehen Befürchtungen, dass der Daten- und Persönlichkeitsschutz zunehmend unterminiert wird. Es

³⁹⁴ Vgl. Z.B. BUNDESKARTELLAMT/AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, Competition Law and Data, 2016; DENOTH SERAINA/KAUFMANN OLIVER, Kartellrechtliche Erfassung von Wettbewerbswirkungen grosser Datenbestände (Big Data), in: sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2016, S. 501-516; OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, DAF/COMP(2016)14, 2016.

³⁹⁵ Vgl. dazu CAILLARD/JULLIEN, Chicken & Egg: Competition among intermediation service providers, in: RAND Journal of Economics, 34(2), S. 309-28, 2003; JULLIEN, Two-sided markets and electronic intermediaries, in: ILLING/PEITZ (Hrsg.), Industrial Organization and the Digital Economy, S. 272-303, 2006.

³⁹⁶ Vgl. FN 392.

³⁹⁷ Case No Comp/M.6281, Zusammenschlussvorhaben Microsoft/Skype, 2011.

³⁹⁸ Vgl. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemittteilung/2016/02_03_2016_Facebook.html. In der Schweiz könnte man sich vorstellen, diesen Sachverhalt unter Art. 7 Abs. 2 Bst. c des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) bzw. unter Art. 6ff. Preisüberwachungsgesetz (PüG; SR 942.20) zu subsumieren.

stellt sich dann die Frage, ob das Wettbewerbsrecht diesbezüglich als mögliches Korrektiv wirken kann und soll.³⁹⁹

Datenschutz und Wettbewerbsrecht sind jedoch keine Substitute.⁴⁰⁰ Der Zweck des Datenschutzes liegt darin, die Persönlichkeit und die Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden, zu schützen und dazu die Richtlinien der Datenbearbeitung zu definieren. Das Wettbewerbsrecht bezweckt in erster Linie den Schutz des funktionierenden Wettbewerbs. Der Datenschutz wird höchstens dann wettbewerbsrechtlich relevant, wenn seine Missachtung den funktionierenden Wettbewerb beeinträchtigt bzw. beeinträchtigen könnte; etwa dann, wenn die Nutzungsbedingungen eines marktbeherrschenden Onlinedienstes nicht datenschutzkonform sind und die Marktstellung dadurch gegenüber der Nutzerseite und/oder der Konkurrenz missbraucht wird. Datenschutz wird insofern dann wettbewerbsrechtlich relevant, wenn das Missachten der Datenschutznormen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb entfaltet. Ein übergeordnetes Problem ist dabei, dass alle Marktteilnehmer vollständig bzgl. dieser Normen (in Form von Rechten und Pflichten) informiert sind und dass in diesem Zusammenhang keine asymmetrische Informationsverteilung resultiert.

7.2.3 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

In Bezug auf möglichen preisbezogenen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung⁴⁰¹ ist bei zweiseitigen Märkten zu berücksichtigen, dass der übliche Zusammenhang zwischen Preisen und Grenzkosten nicht existiert (vgl. 7.2). Auch bei Wettbewerb kann ein Marktergebnis resultieren, bei dem die Preise, die die jeweiligen Marktseiten zahlen, über oder unter den jeweiligen Grenzkosten liegen. Insofern ist in der wettbewerbsrechtlichen Analyse beispielsweise schwer festzustellen, ob bei Preisen unter Grenzkosten ein sog. «predatory pricing»⁴⁰²

³⁹⁹ Einen guten Überblick über diese Debatte in Bezug auf die USA bietet OHLHAUSEN/OKULIAR, Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy, in: Antitrust Law Journal, No. 1. 2015; in Bezug auf Europa: Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor: «Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy», 2014, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_EDPS-14-6_en.htm, 17. April 2016.

⁴⁰⁰ Beispiele für Rechtssprechungen, die diese Aussage stützen sind etwa: EuGH in Asnef-Equifax (2006): In diesem Fall geht es um Auslegungsfragen zu Artikel 81 des EG-Vertrages (Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen Mitgliedstaaten, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes) durch eine zur Diskussion stehende Einführung eines Systems zum Austausch von Kreditinformationen. Der EuGH hat dabei in Rz 63 bemerkt (im Sinne des Generalanwalts in Nummer 56 seiner Schlussanträge), dass «[...] etwaige Fragen im Zusammenhang mit der Sensibilität personenbezogener Daten, die als solche nicht wettbewerbsrechtlicher Natur sind, nach den einschlägigen Bestimmungen zum Schutz solcher Daten zu beantworten [sind] ». Europäische Kommission, Facebook/Whatsapp (2014): Im Rahmen der Fusionskontrolle hat die Europäische Kommission in Rz. 764 bemerkt: «For the purposes of this decision, the Commission has analysed potential data concentration only to the extent that it is likely to strengthen Facebook's position in the online advertising market or in any sub-segments thereof. Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules».

⁴⁰¹ Nach Art. 7 Abs. 2 Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251), z.B. die Erzwingung unangemessener Preise oder die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen («predatory pricing»).

⁴⁰² Unter «predatory pricing» versteht man eine Preisstrategie, bei der eine Firma sehr tiefe Preise setzt, um Konkurrenten aus dem Markt zu verdrängen oder Marktzutrittschranken für Mitbewerber zu schaffen, vgl. auch FN 401.

vorliegt oder nur einer legitimen Geschäftsstrategie zur optimalen Balancierung der Nachfragen zweier Gruppen gefolgt wird. Ebenso schwierig ist es, unangemessene hohe Preise von angemessenen zu unterscheiden. Die Bestimmung der «angemessenen» Preise als Referenzpunkt ist daher im Vergleich zu klassischen Märkten mit zusätzlichen Herausforderungen verbunden: Die Analyse einer möglicherweise missbräuchlichen Preissetzung muss sich an der *Preisstruktur* und dem *Preisniveau* einer Plattform unter Berücksichtigung beider Marktseiten orientieren.

Fallpraxis: Google

Im Jahr 2013 reichte ein Online-Werbevermittler bei mehreren europäischen Kartellämtern sowie der EU-Kommission eine Beschwerde gegen Google wegen diverser mutmasslicher Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht, vorwiegend im Sinne des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ein. Im April 2015 hat die EU-Kommission im Verfahren 39740 *Google Search* Google die Beschwerdepunkte zu seinem Preisvergleichsdienst übermittelt. Google wird vorgeworfen, dass es seine beherrschende Stellung auf den Märkten für allgemeine Internet-Suchdienste im EWR missbräuchlich ausnutzt, indem es seinen eigenen Preisvergleichsdienst auf seinen allgemeinen Suchergebnisseiten systematisch bevorzugt, wobei dieses Verhalten, nach vorläufiger Auffassung der EU-Kommission, gegen EU-Kartellrecht verstosse, da es den Wettbewerb behindere und Verbrauchern schade. Am 14. Juli 2016 hat die EU-Kommission Google mitgeteilt, dass zusätzliche Beweismittel und Daten die vorläufige Schlussfolgerung der Kommission untermauern.

Die EU-Kommission hat Google zudem im April 2016 die Beschwerdepunkte in einem weiteren Verfahren bezüglich seinem Android-Betriebssystem zugestellt. Die EU-Kommission ist der vorläufigen Auffassung, Google nutze seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich aus, indem es Herstellern von Android-Geräten und Mobilfunknetzbetreibern Beschränkungen auferlege. Google verfolge damit eine Strategie für Mobilgeräte, um seine beherrschende Stellung bei der allgemeinen Internetsuche zu wahren und auszubauen. Erstens werde so erreicht, dass die Google-Suche auf den meisten in Europa verkauften Android-Geräten vorinstalliert und als Standardsuchdienst bzw. einziger Suchdienst festgelegt werde. Zweitens würden Konkurrenten auf dem Suchmaschinenmarkt auf diese Weise der Marktzugang über konkurrierende mobile Browser und Betriebssysteme versperrt. Ausserdem würde den Verbrauchern durch diese Strategie geschadet, weil der Wettbewerb beschränkt und Innovationen bei Mobilgeräten gebremst würden. Auch dieses Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

Vgl. folgende Pressemitteilungen der EU-Kommission:
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_de.htm;
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_de.htm;
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_de.htm.

7.2.4 Zusammenschlusskontrolle

Die Prüfung von Zusammenschlussvorhaben von Internet-Plattformen ist ähnlich anspruchsvoll wie die Beurteilung der Marktmacht.⁴⁰³ Hierbei müssen wiederum beide Marktseiten betrachtet werden. Die Betrachtung von Marktanteilen ist dabei in der Regel wenig hilfreich. Die Marktanteile können bspw. für beide Plattformseiten sehr unterschiedlich sein. Ohne detaillierte Analyse der indirekten Netzwerkeffekte kann von solchen Marktanteilen kaum auf die effektive Marktmacht einer Plattform geschlossen werden. Zudem ist die Berechnung von umsatzbasierten Marktanteilen oft gar nicht möglich, weil eine Nutzerseite eine Plattform unentgeltlich in Anspruch nehmen kann. Insgesamt gilt es in der Zusammenschlusskontrolle, die sich in zweiseitigen Märkten ergebenden strategischen Effekte – auch im Zusammenhang mit Big Data – jeweils sorgfältig zu analysieren (vgl. 7.2.2).

Die Besonderheiten zweiseitiger Märkte stellen zudem die angestammten Prüfkriterien bei der Fusionskontrolle infrage. So wurde bereits erläutert, dass Zusammenschlüsse von Plattformen aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte Effizienzverbesserungen bewirken können (vgl. Abschnitt 7.2.1). Beim derzeit in der schweizerischen Fusionskontrolle angewandten Marktbeherrschungstest fliessen jedoch keinerlei Effizienzbetrachtungen ein. Um allfällige Effizienzverbesserungen angemessen berücksichtigen zu können, wäre die Umstellung auf den «significant impediment of effective competition»-Test (SIEC-Test) geeignet, dessen Einführung bereits in anderen Zusammenhängen diskutiert wurde.⁴⁰⁴ Der Bundesrat möchte die Einführung des SIEC-Tests dem Parlament zu gegebener Zeit (erneut) vorschlagen.

Im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle von Unternehmen wird teilweise das Risiko diskutiert, dass die für den Wettbewerb eigentlich relevanten Zusammenschlüsse von Internet-Plattformen nicht auf dem Radar der Wettbewerbsbehörden erscheinen, da die Umsätze der beteiligten Unternehmen unter den Aufgreifschwelen des Kartellgesetzes liegen.⁴⁰⁵ Dieses Risiko besteht insbesondere bei Start-ups bzw. neuen Wettbewerbern, die (noch) geringe Umsätze generieren, aber ein erhebliches Wettbewerbspotenzial aufweisen, das sich bspw. durch einen hohen Börsenwert der/s betroffenen Unternehmen/s manifestiert. Vor diesem Hintergrund könnte eine Anpassung der Aufgreifkriterien bei Unternehmenszusammenschlüssen geprüft werden. Dabei wäre zu beachten, dass diese, im Sinne der Rechtssicherheit und der Umsetzbarkeit der Rechtsetzung, eindeutig messbar und regelbasiert bleiben sollten. Eine sol-

⁴⁰³ Vgl. AFFELDT/FILISTRUCCHI/KLEIN, Upward pricing pressure in two-sided markets, in: *The Economic Journal*, 123, S. 505-523, 2013; EVANS, *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, Working Paper, 2002.

⁴⁰⁴ Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, *Evaluation gemäss Art 59a Kartellgesetz*, Synthesebericht, 2009, Rz. 244; Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22.02.2012; Bericht des Bundesrats über die Behinderung von Parallelimporten, Juni 2016, abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/konsum-und-preise/Preisunterschiede.html.

⁴⁰⁵ Vgl. Deutsche Monopolkommission, *Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte*, BT-Drucksache 17/5080 vom 01.06.2015; Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Grünbuch Digitale Plattformen*, Mai 2016, S. 45ff; OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, DAF/COMP(2016)14, 2016; DENOTH SERAINA/KAUFMANN OLIVER, *Kartellrechtliche Erfassung von Wettbewerbswirkungen grosser Datenbestände (Big Data)*, in: *sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht*, 2016, S. 501-516. Artikel 9 KG lautet: Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss: (a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und (b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

che Anpassung könnte sich etwa auf den Transaktionswert eines Zusammenschlusses beziehen.⁴⁰⁶ Allerdings wäre eine Anpassung der Aufgreifkriterien nur dann sinnvoll, wenn gleichzeitig die Prüfkriterien modernisiert würden (Einführung SIEC-Test).

Fallpraxis: Zusammenschlussvorhaben Swisscom/SRG/Ringier

Ein Joint Venture zwischen Swisscom, SRG und Ringier zur gemeinsamen Vermarktung und Vermittlung von Werbung im Online-, TV-, Print- und Radiobereich wurde durch die WEKO Ende 2015 ohne Auflagen und Bedingungen zugelassen. Schwerpunkt der Untersuchung bildete die zielgruppenspezifische TV-Werbung, welche durch das Joint Venture neu in der Schweiz eingeführt werden soll. Die WEKO entschied, dass durch das Joint Venture keine marktbeherrschende Stellung, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, entsteht. Dabei wurden neben der aktuellen Konkurrenz insbesondere folgende dynamischen Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt:

- Substituierbarkeit zwischen anderen Werbekanälen und der neuen Möglichkeit der zielgruppenspezifischen TV-Werbung;
- Starkes Wachstum von Over-the-top-Angeboten wie Zattoo, Wilmaa oder Teleboy;
- Unsicherheiten bzgl. der Verbund- und Synergieeffekte ausgehend von der zielgruppenspezifischen Werbung.

Der Entscheid ist abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>.

7.3 Onlinehandel

7.3.1 Ausgangslage

Die Rolle des Internets als Verkaufskanal hat in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen: 67 % der Schweizer Internetnutzerinnen und -nutzer haben 2014 online Waren oder Dienstleistungen gekauft oder bestellt (2010: 55 %).⁴⁰⁷ Laut der Studie «Retail Outlook» der Credit Suisse gaben Schweizer Konsumenten im Jahr 2014 knapp 7 Mrd. Franken im Internet aus:

- Ca. 5 Mrd. Franken an Schweizer Onlineanbieter und Versandhändler;
- Ca. 900 Mio. Franken an ausländische Onlineanbieter;
- Ca. 1 Mrd. Franken in Tauschbörsen und für Waren bei ausländischen Pickup-Stationen.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ In Deutschland sieht der Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) einen Transaktionswert von 350 Millionen Euro als zusätzlichen Schwellenwert vor.

⁴⁰⁷ BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Internetzugang der Haushalte und Internetnutzung der Bevölkerung in der Schweiz, Erhebung zu den Informations- und Kommunikationstechnologien 2014 in Privathaushalten, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/22/publ.html?publicationID=6793>.

⁴⁰⁸ CREDIT SUISSE, Retail Outlook 2016 – Wieviel Schweiz steckt im Schweizer Detailhandel, abrufbar unter: <https://www.credit-suisse.com/media/production/pb/docs/unternehmen/kmugrossunternehmen/retail-outlook-2016-de.pdf>.

Der Online-Handel oder E-Commerce stimuliert grundsätzlich den Wettbewerb, etwa durch eine Senkung der Such-⁴⁰⁹ und Distributionskosten, durch eine erhöhte Markttransparenz oder durch eine grössere geographische Reichweite der Händler.⁴¹⁰ Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht stellt sich dabei die Frage, inwiefern das Internet als neuer Vertriebskanal die Beurteilung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen⁴¹¹ beeinflusst.

Vertikale Beschränkungen können die volkswirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Vertriebskette erhöhen, indem Koordinierungsprobleme zwischen den Unternehmen dieser Vertriebskette gelöst werden. Andererseits können vertikale Beschränkungen auch antikompetitive Wirkungen zeitigen, indem sie zu Marktverschliessungen führen, Kollusion erleichtern oder den Wettbewerb dämpfen können.⁴¹²

Im Online-Handel werden unterschiedliche Formen von vertikalen Beschränkungen eingesetzt, wie beispielsweise:⁴¹³

- Verbote bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen (vgl. dazu die Fallpraxis unten zur Behinderung des Online-Handels);
- Verbote der Verwendung von Preisvergleichsportalen;⁴¹⁴
- Drittplattformverbote (z.B. Online-Marktplätze);⁴¹⁵
- Sog. Preisparitätsklauseln (vgl. dazu die Fallpraxis unten zu Online-Buchungsplattformen für Hotels).

Die WEKO hat sich mehrmals mit vertikalen Beschränkungen im Bereich Online-Handel auseinandergesetzt. Dazu sei auf die beiden nachfolgenden WEKO-Entscheide verwiesen.

⁴⁰⁹ Suchkosten sind Kosten, welche für einen Käufer anfallen, um einen geeigneten Verkäufer ausfindig zu machen und ein Gut zu erwerben. Mit Kosten müssen dabei nicht unbedingt monetäre Kosten gemeint sein. Bei der Informationssuche von Konsumenten werden in erster Linie «Zeitkosten» anfallen.

⁴¹⁰ Vgl. BUCCIROSSI, Background Note, in: OECD, Vertical Restraints for Online Sales, DAF/COMP(2013)13, 12. September 2013, S. 17 ff.

⁴¹¹ Für eine Übersicht zur ökonomischen Literatur über vertikale Beschränkungen vgl. REY/VERGÉ, Economics of Vertical Restraints, in: BUCCIROSSI (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, S. 353 ff., 2008.

⁴¹² Vgl. FN 410, S. 13 f.

⁴¹³ Vgl. HAUCAP/STÜHMEIER, Competition and Antitrust in Internet Markets, in: BAUER/LATZER (Hrsg.), Handbook on the Economics of the Internet, S. 183-210, 2016; DEUTSCHE MONOPOLKOMMISSION, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, BT-Drucksache 17/5080 vom 01.06.2015. Vgl. auch Pressemitteilung der EU-KOMMISSION zum Zwischenbericht der Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3017_en.htm?newsletter_id=221&utm_source=comp_newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=Competition%20weekly%20e-news&utm_content=Commission%20publishes%20initial%20findings%20of%20e-commerce%20sector%20inquiry%20&lang=en.

⁴¹⁴ Vgl. dazu den Entscheid B2-98/11 des deutschen Bundeskartellamts vom 26.08.2015 i.S. Asics.

⁴¹⁵ Vgl. dazu den Entscheid B3-137/12 des deutschen Bundeskartellamts vom 27.06.2014 i.S. Adidas.

Fallpraxis: Behinderung des Online-Handels

Die WEKO erklärte in diesem Entscheid die in Frage stehenden Behinderungen des Online-Handels der Electrolux AG und der V-Zug AG als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Die WEKO äusserte sich in diesem Entscheid erstmals zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Internetverkäufe eingeschränkt werden dürfen. Sie hielt fest, dass Internetverkäufe grundsätzlich zulässig sein müssen und nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen beschränkt werden dürfen. Darüber hinaus betonte die WEKO, dass Konstellationen, in denen Beschränkungen von Internetverkäufen mit Preisbindungen zweiter Hand oder absoluten Gebietsschutzklauseln einhergehen, als besonders schädlich zu betrachten sind und nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG betreffend vertikaler Wettbewerbsabreden beurteilt werden. Als zulässig erachtete es die WEKO, dass die Electrolux AG bzw. die V-Zug AG im Rahmen ihrer selektiven Vertriebssysteme von ihren Händlern verlangt, neben dem Produkteverkauf über das Internet auch ein stationäres Fachgeschäft zu führen. Mit beiden Unternehmen wurden einvernehmliche Regelungen abgeschlossen.

Vgl. RPW 2011/3, 372, *Behinderung des Online-Handels*.

Fallpraxis: Online-Buchungsplattformen für Hotels

Im Vordergrund der Untersuchung standen von den Plattformen wie Booking.com, Expedia und HRS verlangte Vertragsklauseln, wonach Hotels auf keinem anderen Vertriebskanal tiefere Preise festlegen oder eine grössere Anzahl Zimmer anbieten dürfen. Die WEKO kam mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 zum Schluss, dass diese weiten Paritätsklauseln eine unzulässige Wettbewerbsabreden darstellen. Dabei wurde berücksichtigt, dass Endkunden aufgrund der weiten Preisparitätsklauseln kein Preissignal bezüglich unterschiedlichen Kommissionen erhalten können wie auch Hotels aufgrund von Verfügbarkeitsparitätsklauseln günstigere Vertriebskanäle hinsichtlich Verfügbarkeiten nicht bevorzugt behandeln können. Während der entsprechende Entscheid der WEKO rechtskräftig ist, wurde die Frage der Zulässigkeit von weniger weitreichenden vertraglichen Einschränkungen offengelassen: So haben Booking.com sowie Expedia noch während des Verfahrens der WEKO sogenannte enge Paritätsklauseln eingeführt, welche unterschiedliche Preise und Verfügbarkeiten zwischen verschiedenen Online-Buchungsplattformen erlauben, wohingegen tiefere (öffentlich zugängliche) Preise auf der hoteleigenen Homepage nach wie vor verboten sind.⁴¹⁶

Vgl. *Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2016/1, S. 67ff.*

7.3.2 Geoblocking

Geoblocking ist eine von Online-Händlern angewendete Praxis, den Zugang zu Websites in anderen Ländern zu sperren. In manchen Fällen hat der Verbraucher zwar Zugang zu der

⁴¹⁶ Die Wettbewerbsbehörden verschiedener EU-Länder sind in ähnlichen Fällen zu teilweise unterschiedlichen Ergebnissen gekommen. In Bezug auf Hotelbuchungsplattformen ist auf die in der Herbstsession 2016 eingereichte Motion 16.3902 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie» hinzuweisen. Diese verlangt, auch enge Preisparitätsklauseln im Vertragsverhältnis zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels zu verbieten. Die Motion wurde im Ständerat noch nicht behandelt.

Website, aber er kann auf dieser Website keine Waren oder Dienstleistungen kaufen. Eine andere Variante ist die Umleitung des Verbrauchers auf eine inländische Website des betreffenden Unternehmens mit anderen Preisen oder anderen Waren oder Dienstleistungen.

Schweizer Abnehmer, welche im Ausland Onlinekäufe tätigen, können von Geoblocking durch Online-Händlern betroffen sein. Dies äussert sich etwa dadurch, dass Schweizer Konsumenten auf die schweizerische Internetseite eines internationalen Händlers umgeleitet werden. Auf der schweizerischen Seite werden von solchen Händlern teilweise höhere Preise verlangt als in den ausländischen Onlineshops. Insofern trägt Geoblocking zur internationalen Segmentierung der Märkte bei und kann Händlern erlauben, die Preise zu differenzieren bzw. in der Schweiz höhere Preise zu verlangen.

Gemäss den Ergebnissen einer Untersuchung der EU-Kommission ist Geoblocking sowohl beim Verkauf von Verbrauchsgütern wie auch beim Zugang von digitalen Inhalten in der EU weit verbreitet. 38% der sich an der Untersuchung beteiligten Einzelhändler von Gebrauchsgüter gaben an, Verbraucher aus anderen Mitgliedstaaten der EU durch Geoblocking auszuschliessen (68% der Anbieter digitaler Online-Inhalte). Der Grossteil des Geoblockings resultiert aus unilateralen Entscheidungen der Einzelhändler; 12 % der Einzelhändler gaben jedoch an, dass das Geoblocking auf vertraglichen Beschränkungen des grenzüberschreitenden Verkaufs von Produkten beruht (59% der Anbieter von digitalen Online-Inhalten),⁴¹⁷ d.h. auf vertikalen Beschränkungen. Deren wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach Kartellgesetz muss im Einzelfall betrachtet werden. Geoblocking, das auf einer vertikalen Vereinbarung beruht, wäre dabei ähnlich zu analysieren wie eine Vereinbarung über die Behinderung von Parallelimporten.⁴¹⁸

Die EU-Kommission hat am 25. Mai 2016 einen Vorschlag für eine Verordnung über Massnahmen gegen Geoblocking vorgelegt.⁴¹⁹ Die EU-Kommission will damit dafür sorgen, dass Verbraucher, die Dienstleistungen oder Waren in einem anderen Mitgliedstaat online oder vor Ort erwerben wollen, nicht durch unterschiedliche Preise, Verkaufs- oder Zahlungsbedingungen diskriminiert werden, sofern dies nicht aus objektiven und nachprüfbaren Gründen, wie dem Mehrwertsteuerrecht oder Vorschriften zum Schutz des Gemeinwohls, gerechtfertigt ist. Zu beachten ist, dass es aus Sicht der EU-Kommission für Online-Händler gute Gründe gibt, sich gegen den grenzüberschreitenden Verkauf zu entscheiden (z.B. unterschiedliche Verbraucherschutzvorschriften, Mehrwertsteuer, Engpässe in den grenzüberschreitenden Lieferkanälen etc.).⁴²⁰ Weiter sind verschiedene Produktbereiche von der vorgeschlagenen Verordnung ausgenommen (z.B. audiovisuelle Dienste wie etwa Netflix). Die von der EU vorgeschlagene Verordnung sieht zudem keine Lieferpflicht für physische Produkte vor. Letzteres dürfte die Wirksamkeit einer möglichen EU-Verordnung einschränken. Die Bestrebungen der EU zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Online-Handels im Binnenmarkt befinden sich noch in einem frühen Stadium. Es bleibt zum heutigen Zeitpunkt offen, ob und mit welchem Inhalt diese nicht unumstrittenen Bestimmungen in der EU letztendlich verabschiedet werden.

Die Mission der Schweiz bei der EU in Brüssel und die zuständigen Stellen der Bundesverwaltung verfolgen die Entwicklungen in der EU genau und informieren den Bundesrat laufend

⁴¹⁷ Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 18.3.2016, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-922_en.htm, (20.4.2016). Für Details vgl. Commission Staff Working Document, Geo-blocking practices in e-commerce, 18.3.2016, SWD (2016) 70 final, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/ecommerce_swd_en.pdf, (20.4.2016).

⁴¹⁸ Vgl. dazu den Entscheid der WEKO i.S. BMW, RPW 2012/3, S. 540 ff.

⁴¹⁹ Abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-289-DE-F1-1.PDF>.

⁴²⁰ Vgl. Executive summary of the impact assessment accompanying the proposed regulation on geo-blocking, aufrufbar unter http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=15954.

darüber. Im Rahmen der Strategie «Digitale Schweiz» verfolgt und analysiert eine interdepartementale Koordinationsgruppe bestehend aus Mitarbeitern der Mission der Schweiz bei der EU in Brüssel sowie den zuständigen Stellen der Bundesverwaltung (BAKOM, DEA, ISB, SECO) die Entwicklungen in der EU sowie die Folgen für die Schweiz laufend. Zudem hat der Ständerat am 6. Juni 2016 das Postulat 16.3080 *Auswirkungen des digitalen EU-Binnenmarkts auf die Schweiz* überwiesen. Damit wird der Bundesrat beauftragt, in einem Bericht die Auswirkungen der Schaffung des digitalen Binnenmarkts der EU auf die Schweiz zu analysieren.

Vor dem Hintergrund der laufenden Arbeiten in der EU wäre es verfrüht und nicht zielführend, in der Schweiz bereits Massnahmen im Bereich des grenzüberschreitenden Online-Handels an die Hand zu nehmen. Da es sich hierbei in der Regel um grenzüberschreitende Sachverhalte handelt (z.B. Einkauf eines Schweizer Konsumenten bei einem deutschen Online-Shop), dürften unkoordinierte unilaterale Massnahmen ihr Ziel verfehlen. Würde die Schweiz im Alleingang entsprechende Regelungen erlassen, würde es sich bei diesen um Schweizer Recht handeln. Allerdings ist nationales Recht nur in ganz bestimmten Situationen im Ausland anwendbar (z.B. im Kartellrecht bei Auswirkungen in der Schweiz, vgl. Art. 2 Abs. 2 KG). Darüber hinaus sagt eine allfällige extraterritoriale Anwendbarkeit nationalen Rechts noch nichts über dessen Durchsetzung im Ausland aus. Während eine behördliche Durchsetzung regelmässig ausgeschlossen ist, ist eine zivilrechtliche Durchsetzung in den Mitgliedsstaaten der EU sowie Norwegen und Island durch das Lugano-Übereinkommen (LugÜ)⁴²¹ zumindest theoretisch möglich.⁴²² Eine internationale Rechtsdurchsetzung von Schweizer Recht ist daher mit erheblichen Herausforderungen juristischer sowie politischer Art verbunden.

7.4 Fazit Wettbewerbspolitik

Die zunehmende Digitalisierung stellt die Wettbewerbspolitik vor neue Herausforderungen. Zweiseitige Märkte mit digitalen Plattformen weisen gewisse Besonderheiten auf und haben oft eine Tendenz zur Konzentration. Die Besonderheiten solcher Märkte müssen bei der Untersuchung von Wettbewerbssituationen durch die Vollzugsbehörden berücksichtigt werden. Zudem können einige existierende Analyseinstrumente nicht mehr angewendet werden oder deren Anwendung muss angepasst werden. In Bezug auf Konzentrationstendenzen müssen zudem die dynamischen Effekte des Wettbewerbs in «digitalen Märkten» sorgfältig analysiert werden.

Es drängt sich aus heutiger Sicht jedoch keine Änderung der wesentlichen Grundsätze des Wettbewerbsrechts auf, um auf Phänomene und Verhaltensweisen in einer zunehmend digitalen Welt reagieren zu können. Die entsprechenden Bestimmungen des Kartellgesetzes und des Preisüberwachungsgesetzes sind relativ offen formuliert und vermögen die laufenden Veränderungen voraussichtlich aufzunehmen. Allerdings ist zu prüfen, ob eine Anpassung der Aufgreifkriterien bei Unternehmenszusammenschlüssen sinnvoll wäre, damit wettbewerbspolitisch relevante Fusionen bzw. Akquisitionen von noch «jungen» Internet-Plattformen von den Behörden geprüft werden könnten. Auch ist die Einführung des SIEC-Tests sinnvoll, um in Zukunft allfällige Effizienzverbesserungen bei Zusammenschlüssen von Plattformen angemessen berücksichtigen zu können.

Die internationale Reichweite vieler digitaler Plattformen stellt eine weitere wichtige Herausforderung für die Wettbewerbsbehörden dar. Wie sich gezeigt hat, können daraus parallele Verfahren in unterschiedlichen Ländern zu demselben Sachverhalt entstehen. Diesbezüglich dürfte eine verstärkte internationale Koordination sinnvoll sein. Dasselbe gilt auch in Bezug

⁴²¹ Dies gilt übrigens zwischen den Mitgliedsstaaten der EU entsprechend, für die jedoch die Rom-II-Verordnung (EuGVVO) Geltung beansprucht.

⁴²² Vgl. für kartell- und lauterkeitsrechtliche Verstösse auch Art. 136 f. Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

auf mögliche Massnahmen gegen Geoblocking. Da es sich hierbei in der Regel um grenzüberschreitende Sachverhalte handelt, dürfte ein Alleingang der Schweiz in Bezug auf regulatorische Massnahmen nicht zielführend sein. Bevor entsprechende Massnahmen in der Schweiz angegangen werden, sollten daher die entsprechenden Gesetzgebungsarbeiten in der EU abgewartet und der Dialog mit der EU gesucht werden.